REVISTA ELETRÔNICA DE JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

REVISTA OFICIAL DO TRIBUNAL DE
JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOLUME 9 – ANO 2

MAIO E JUNHO 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 27

2- Jurisprudência Cível:

Seção de Direito Privado:

a) Ações Rescisórias 46
b) Agravos de Instrumento 48
c) Agravos Regimentais 136
d) Apelações 139
e) Embargos de Declaração 378
f) Embargos Infringentes 385
g) Mandados de Segurança 389

Seção de Direito Público

a) Agravos de Instrumento 393
b) Apelações 440
c) Apelações/Reexames Necessários 546
d) Conflitos de Competência 572
e) Embargos de Declaração 579

3- Jurisprudência Criminal:

a) Agravos em Execução Penal 583
b) Apelações 590
c) Embargos Infringentes 660
d) *Habeas Corpus* 663
e) Recursos em Sentido Estrito 702
f) Revisões Criminais 716

4- Jurisprudência do Órgão Especial:

a) Ações Diretas de Inconstitucionalidade (Adin's) 722
b) Agravos Regimentais 783
c) Arguições de Inconstitucionalidade 794
d) Conflitos de Competência 807
e) *Habeas Corpus* 836
f) Mandados de Injunção 838
g) Revisões Criminais 847

5- Jurisprudência da Câmara Especial:

a) Agravos de Instrumento 852
b) Apelações 858
c) Conflitos de Competência 882
d) Conflitos de Jurisdição 900

6- Conselho Superior da Magistratura 917

7- Noticiário 931

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. 9, mai./jun. 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
LUIZ Antonio AMBRA
FRANCISCO Antonio CASCONI
José RENATO NALINI

PAULO DIMAS de Bellis MASCARETTI
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
Sérgio RUI DA FONSECA

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 ROBERTO MAIA FILHO**
Desembargador WALTER ROCHA BARONE**
Desembargadora LÍDIA MARIA ANDRADE CONCEIÇÃO**
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 LUIZ ANTONIO DE GODOY***
Desembargador RUI CASCALDI
Desembargador FRANCISCO Eduardo LOUREIRO
Desembargadora CHRISTINE SANTINI
Desembargador CLAUDIO Luiz Bueno de GODOY
Desembargador ALCIDES LEOPOLDO E SILVA JÚNIOR**
Dr. DURVAL AUGUSTO REZENDE FILHO**

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 HAMID CHARAF BDINE JÚNIOR**

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 EDUARDO SÁ PINTO SANDEVILLE
Desembargador JOSÉ ROBERTO FURQUIM CABELLA
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**
Desembargador RAMON MATEO JÚNIOR**
Desembargador JOSÉ RUBENS QUEIRÓZ GOMES**

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 ALEXANDRE COELHO**

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 — 3ª feira — 9:30 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**
Desembargador AIRTON PINHEIRO DE CASTRO*

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 — 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
Desembargadora MARIA CLAUDIA BEDOTTI*

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

Desembargador Luiz Antonio CERQUEIRA LEITE
Desembargador JOSÉ JACOB VALENTE***
Desembargador TASSO DUARTE DE MELO
Desembargadora SANDRA MARIA GALHARDO ESTEVES
Desembargador Antonio Mário de CASTRO FIGLIOLIA
Desembargadora MÁRCIA CARDOSO*

7º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — QUARTA-FEIRA — PJ — (SALAS 618/620)

13ª Câmara de Direito Privado (salas 618/620 — 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 NELSON JORGE JÚNIOR
Desembargadora CLAUDIA SARMENTO MONTELEONE*

14ª Câmara de Direito Privado (sala 211 — 4ª feira — 9:15 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

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 Hamilton ELLIOT AKEL
Desembargador EDISON VICENTINI BARROSO
Desembargador Luiz Antonio COLEHO MENDES***
Desembargador JOSÉ WAGNER DE OLIVEIRA MELATTO PEIXOTO
Desembargadora DENISE ANDRÉA MARTINS RETAMERO**
Desembargador JAIRO OLIVEIRA JÚNIOR**
Desembargador LUIZ FERNANDO PINTO ARCURI*

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

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

9º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — QUARTA-FEIRA — PJ — (SALA 622)

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

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

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 618/620 — 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
Desembargador MARCOS GOZZO**

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
Desembargadora CLAUDIA GRIECO TABOSA PESSOA
Desembargador JOÃO BATISTA AMORIM DE VILHENA NUNES**
Desembargadora SILVIA MARIA FACCHINA ESPÓSITO MARTINEZ**
Desembargador GUILHERME FERREIRA DA CRUZ*

13º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — QUARTA-FEIRA — PJ — (SALA 618/620)

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
Desembargadora CARMEN LUCIA DA SILVA**

26ª Câmara de Direito Privado (sala 407/425 — 5ª 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 618/620)

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 618/620 — 3ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador CELSO José PIMENTEL
Desembargadora BERENICE MARCONDES CESAR
Desembargador CESAR LACERDA
Desembargador DIMAS RUBENS FONSECA***
Desembargador CÉSAR LUIZ DE ALMEIDA
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 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 ADILSON DE ARAUJO
Desembargador CARLOS NUNES Neto

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 MARIO ANTONIO SILVEIRA
Desembargador João Carlos SÁ MOREIRA DE OLIVEIRA
Desembargadora MARIA CLAUDIA BEDOTTI*

34ª Câmara de Direito Privado (sala 232/236 — 4ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador Luiz Augusto GOMES VARJÃO***
Desembargador NESTOR DUARTE
Desembargadora Maria CRISTINA ZUCCHI
Desembargador Cláudio Antonio SOARES LEVADA
Desembargador ANTONIO TADEU OTTONI

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 MILTON Paulo de CARVALHO Filho
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 ACHILE Mario ALESINA Júnior
Desembargador CÉSAR SANTOS PEIXOTO**

GRUPO DE CÂMARAS RESERVADAS DE DIREITO EMPRESARIAL

1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial (salas 509 — 4ª feira — quinzenal — 13:30 horas — PJ)

Desembargador Manoel de Queiroz PEREIRA CALÇAS
Desembargador ENIO Santarelli ZULIANI
Desembargador Fernando Antonio MAIA DA CUNHA
Desembargador Carlos TEIXEIRA LEITE Filho
Desembargador FRANCISCO Eduardo LOUREIRO***
Desembargador CLÁUDIO Luiz Bueno de GODOY
Desembargador MARCELO FORTES BARBOSA FILHO**

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

Desembargador Gastão Toledo de CAMPOS MELLO Filho
Desembargador RICARDO José NEGRÃO Nogueira
Desembargador CARLOS ALBERTO GARBI
Desembargador CAIO MARCELO MENDES DE OLIVEIRA
Desembargador FÁBIO Guidi TABOSA Pessoa
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***

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 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***
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***
Desembargadora DENISE ANDRÉA MARTINS RETAMERO**
Desembargadora KENARIK BOUJIKIAN**
Desembargador TERCIO PIRES**
Desembargador ALFREDO ATTIÉ JÚNIOR**

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

14ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

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

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
Desembaragador MARCOS PIMENTEL TAMASSIA**

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 RUBENS RIHL Pires Corrêa
Desembargador LEONEL Carlos da COSTA
Desembargadora Maria CRISTINA COTROFE Biasi
Desembargador ANTONIO CELSO Campos de Oliveira FARIA
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 LUIS Antonio GANZERLA
Desembargador José JARBAS de Aguiar GOMES
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 Sérgio Jacintho GUERRIERI REZENDE
Desembargador OSVALDO José de OLIVEIRA
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 Augusto Francisco Mota FERRAZ DE ARRUDA
Desembargador RICARDO Mair ANAFE
Desembargador Dimas BORELLI THOMAZ Júnior
Desembargador José Roberto de SOUZA MEIRELLES***
Desembargadora FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA
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*

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 FEDERIGHI
Desembargador Luiz BURZA NETO
Desembargador FRANCISCO OLAVO Guimarães Peret Filho
Desembargador ROBERTO MARTINS DE SOUZA
Desembargadora Maria BEATRIZ Dantas BRAGA***
Desembargador RICARDO CUNHA CHIMENTI**

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 NAZIR DAVID MILANO FILHO**
Desembargador JOÃO ANTUNES DOS SANTOS NETO**
Desembargador MARCOS DE LIMA PORTA*
Desembargador LUÍS GUSTAVO DA SILVA PIRES*
Desembargador BENJAMIM SIMÃO JÚNIOR*
Desembargador ANTÔNIO LUIZ TAVARES DE ALMEIDA*
Desembargador JOSÉ MARCELO TOSSI SILVA*
Desembargador JAIR DE SOUZA*
Desembargador OLAVO SÁ PEREIRA DA SILVA*

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 NUNCIO THEOPHILO NETO**
Desembargador AFONSO CELSO DA SILVA**
Desembargador MARCOS DE LIMA PORTA*
Desembargador LUÍS GUSTAVO DA SILVA PIRES*
Desembargador CARLOS FONSECA MONNERAT*
Desembargador AFONSO DE BARROS FARO JÚNIOR*
Desembargadora DANIELA IDA MENEGATTI MILANO*
Desembargador FRANCISCO CARLOS INOUYE SHINTATE*
Dsembargador ROGÉRIO MARRONE DE CASTRO SAMPAIO*

CÂMARAS EXTRAORDINÁRIAS DE DIREITO PÚBLICO (Resolução nº 683/2015)

1ª Câmara Extraordinária de Direito Público

Desembargador RICARDO Henry Marques DIP
Desembargador LUIS Antonio GANZERLA
Desembargador Dimas BORELLI THOMAZ Júnior
Desembargador OSCILD DE LIMA JÚNIOR
Desembargadora LUCIANA Almeida Prado BRESCIANI

2ª Câmara Extraordinária de Direito Público

Desembargador Sérgio Godoy RODRIGUES DE AGUIAR
Desembargador PAULO Dimas de Bellis MASCARETTI
Desembargadora VERA Lucia ANGRISANI
Desembargador José Helton NOGUEIRA DIEFENTHÄLER Júnior
Desembargador LEONEL Carlos da COSTA

3ª Câmara Extraordinária de Direito Público

Desembargador EUTÁLIO José PORTO Oliveira
Desembargador ROBERTO MARTINS DE SOUZA
Desembargadora Maria BEATRIZ Dantas BRAGA
Desembargador MARCELO Martins BERTHE
Desembargadora MARIA LAURA de Assis Moura TAVARES

4ª Câmara Extraordinária de Direito Público

Desembargador ALDEMAR José Ferreira da SILVA
Desembargador JOÃO NEGRINI Filho
Desembargador DANILO PANIZZA Filho
Desembargador LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ
Desembargador Luís Paulo ALIENDE RIBEIRO

5ª Câmara Extraordinária de Direito Público

Desembargador OSWALDO LUIZ PALU
Desembargador JEFERSON MOREIRA DE CARVALHO
Desembargador RUBENS RIHL Pires Corrêa
Desembargador CARLOS EDUARDO PACHI
Desembargador João Batista Morato REBOUÇAS DE CARVALHO
Desembargador ALDEMAR José Ferreira 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 MARCELO Martins BERTHE
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 Antonio de ALMEIDA SAMPAIO
Desembargador JAIR MARTINS
Desembargador FRANCISCO ORLANDO de Souza
Desembargador ALEX Tadeu Monteiro ZILENOVSKI***
Desembargador Carlos Otávio BANDEIRA LINS
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 AMARO José THOMÉ Filho***
Desembargador FERNANDO Geraldo SIMÃO
Desembargador ALBERTO ANDERSON FILHO
Desembargador AGUINALDO DE FREITAS FILHO
Desembargador Luiz OTAVIO de Oliveira ROCHA

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

Desembargador MARCO ANTONIO Pinheiro Machado COGAN
Desembargador LOURI Geraldo BARBIERO
Desembargador ROBERTO GRASSI NETO***
Desembargador ALCIDES MALOSSI JÚNIOR
Desembargador LAURO MENS DE MELLO**
Desembargadora ELY AMIOKA**

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
Desembargadora IVANA DAVID**

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**
Desembargador SÉRGIO MAZINA MARTINS**

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 Nilo CARDOSO PERPÉTUO
Desembargador Luiz AUGUSTO DE SIQUEIRA
Desembargador Ronaldo Sérgio MOREIRA DA SILVA
Desembagador José Antonio DE PAULA SANTOS Neto***
Desembargador MARCELO COUTINHO GORDO**

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 Adalberto José Queiroz Telles de CAMARGO ARANHA FILHO

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 Gilberto LEME Marcos GARCIA
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
Desembargadora CLAUDIA LÚCIA FONSECA FANUCCHI**
Desembargador EDUARDO CRESCENTI ABDALLA**
Desembargador LAERTE MARRONE DE CASTRO SAMPAIO**

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

Desembargador LUIS SOARES DE MELLO Neto***
Desembargador LUIZ ANTONIO CARDOSO
Desembargador SILMAR FERNANDES**
Desembargador CASSIANO RICARDO ZORZI ROCHA**
Desembargador JULIO CAIO FARTO SALLES**

4ª Câmara Criminal Extraordinária (sala 504/506 — 4ª feira — 14:00 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 Antonio de ALMEIDA SAMPAIO
Desembargador OTÁVIO Augusto DE ALMEIDA TOLEDO
Desembargador FRANCISCO José Galvão BRUNO
Desembargador Waldir Sebastião de NUEVO CAMPOS Júnior

6ª Câmara Criminal Extraordinária (sala 511 — 6ª feira — 09:30 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

JUÍZES DE DIREITO SUBSTITUTOS DE SEGUNDO GRAU

(em ordem de antiguidade)

Silmar Fernandes
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
Marcelo Fortes Barbosa Filho
Lucila Toledo Pedroso de Barros
Kenarik Boujikian Felippe
João Batista Amorim de Vilhena Nunes
Alcides Leopoldo e Silva Júnior
José Maria Câmara Júnior
Amable Lopez Soto
Ramon Mateo Júnior
Carlos Vieira Von Adamek
Cláudio Antonio Marques da Silva
Márcia Regina Dalla Déa Barone
Maurício Valala
Hamid Charaf Bdine Júnior
Júlio Caio Farto Salles
Maurício Fiorito
Cláudia Lúcia Fonseca Fanucchi
Cesar Santos Peixoto
Maria Isabel Caponero Cogan
Alexandre Carvalho e Silva de Almeida
Marcelo Coutinho Gordo
Gilson Delgado Miranda
Fábio Henrique Podestá
Luís Augusto de Sampaio Arruda
Eduardo Crescenti Abdalla
César Augusto Andrade de Castro
Alexandre Augusto Pinto Moreira Marcondes
Aloisio Sérgio Rezende Silveira
Nuncio Theophilo Neto
Luis Fernando Camargo de Barros Vidal
Monica Salles Penna Machado

Lauro Mens de Mello
Ana Lucia Romanhole Martucci
Ricardo Cunha Chimenti
José Henrique Fortes Muniz Júnior
Ivana David
Silvia Maria Meirelles Novaes de Andrade
Lidia Maria Andrade Conceição
Maria de Lourdes Lopez Gil Cimino
Hélio Nogueira
Tercio Pires
José Aparício Coelho Prado Neto
Carlos Dias Motta
Marcelo Semer
Djalma Rubens Lofrano Filho
Afonso Celso da Silva
Nelson Fonseca Júnior
Airton Vieira
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
Marcos Gozzo
Carmen Lucia da Silva
Marcos Pimentel Tamassia
Durval Augusto Rezende Filho
Silvia Maria Facchina Esposito Martinez
Ely Amioka
Alexandre Coelho
José Rubens Queiroz Gomes

DOUTRINA

CENTENÁRIO DO MINISTRO RODRIGUES DE ALCKMIN

CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ

Desembargador Federal do TRF da 4ª Região

> "Como é do conhecimento da Casa, faleceu o nosso eminente e já tão saudoso Ministro Rodrigues Alckmin, que há um ano também desempenhava as funções de Presidente do Tribunal Superior Eleitoral.
>
> Recentemente completara seis anos de exercício entre nós, marcando sua atuação pcla independência, inteligência, dedicação, alto preparo jurídico e profundo senso das elevadas funções de juiz, notadamente, desta Suprema Corte. Afável, compreensivo, carinhoso por vezes, era o amigo de todas as horas. Conviver com Alckmin era um privilégio e um prazer.
>
> Foi, em tudo, um dos maiores entre os que por aqui passaram."

Ministro Carlos Thompson Flores

(*in* Relatório da Presidência Thompson Flores – 1978. p. 257)

Parafraseando ilustre diplomata brasileiro, a partida do Ministro Rodrigues de Alckmin, nas primeiras horas do dia sete de novembro de 1978, no apogeu da produtividade, pareceu um cruel desperdício, privando a Suprema Corte de um dos juízes mais notáveis de sua História.[1]

Nos seis anos de sua fecunda judicatura no Supremo Tribunal Federal, legou-nos uma rica obra composta de primorosos julgados, muitos convertidos

1 Merquir, José G. O Liberalismo Antigo e Moderno. 3ª ed. São Paulo: É Realizações Editora, 2014, p. 19.

em súmulas, somada à sua enorme qualificação intelectual.

Já foi dito, e não constitui originalidade, que se há setor em que os brasileiros não tenham por que se sentir inferiorizados a quaisquer outros povos é a Magistratura, bastando mirar no passado e veremos desfilar uma galeria de juízes notáveis que, honrando a toga, dignificaram a Justiça Brasileira.

Entre eles, avulta a figura do Ministro Rodrigues de Alckmin, cujo centenário de nascimento é comemorado no corrente ano.

Paulistano de nascimento, descendente dos velhos troncos do Brasil que remontam a Baltazar de Godoy, aristocrata castelhano que veio a São Paulo no final do século XVI, e cujo nome abre o título dos "Godoys" na já clássica Genealogia Paulistana, de autoria do historiador Silva Leme.

O Ministro Rodrigues de Alckmin era filho do Professor André Rodrigues de Alckmin, educador emérito, até hoje reverenciado pelas suas altas qualidades morais e intelectuais.

Os homens deste país, disse-o Oswaldo Aranha, têm o traço da sua geografia natal.[2]

Esse torrão abençoado deu ao país, no Império e na República, figuras eminentes que, na política, na diplomacia, na magistratura e no clero tanto o enalteceram e honraram.

Obedecendo a esta destinação, o retraído e discreto José Geraldo Rodrigues de Alckmin, após realizados os seus primeiros estudos em sua terra natal, Guaratinguetá, em 1933, foi para a Capital do Estado, cursar Direito na tradicional Faculdade de Direito do Largo do São Francisco, onde começou a dar mostras de seus dotes de inteligência e cultura.

Colou grau como bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais na turma de 1937, da velha Academia.

Após breve período dedicado à advocacia, ingressa mediante concurso na Magistratura Paulista, iniciando em 1940, a sua notável trajetória que culminaria, em 1972, com a cátedra de Ministro do Supremo Tribunal Federal.

O critério do merecimento, que sempre o distinguiu, levou Rodrigues de Alckmin a percorrer todos os degraus da carreira como, na Capital, a Vara Privativa dos Feitos da Fazenda Nacional, os cargos de Juiz Substituto de Segunda Instância, Juiz e Presidente do Tribunal de Alçada, Desembargador do Tribunal de Justiça e Corregedor-Geral da Justiça.

Ao mesmo tempo, com a mesma maestria que dignificou a Magistratura, seguiu o exemplo paterno, dedicando-se ao magistério, lecionando as cadeiras de Direito Civil e Processo Civil nas Faculdades de Direito de Taubaté, de São Bernardo do Campo e da Universidade Mackenzie.

2 Prefácio de Oswaldo Aranha à obra de Virgílio A. de Melo Franco. Outubro, 1930. 4ª ed., Rio de Janeiro: Schmidt Editor, 1931, p. 13.

Acesso ao Sumário

Ademais, em 1956, anota a edição brasileira dos volumes VIII, tomo, I e II, e XIII, tomo II, do "Tratado de Direito Civil", do consagrado civilista português Cunha Gonçalves.

Em 1957, vêm à luz as suas anotações à obra "A Destinação do Imóvel", do Ministro Philadelpho Azevedo, onde são revelados os seus profundos conhecimentos de Direito Civil e Registros Públicos, aproveitados pelo legislador. pois colaborou ativamente na elaboração do anteprojeto da nova Lei do Registros Públicos, a Lei 6015, promulgado em 31 de dezembro de 1973.

Com a aposentadoria do Ministro Moacyr Amaral Santos, é nomeado Rodrigues de Alckmin, em 03 de outubro de 1972, ministro do Supremo Tribunal Federal, em vaga que desde 1927 vinha sendo preenchida por consagrados juristas paulistas.

Chegou ao Supremo Tribunal Federal com larga experiência na arte de julgar, sempre coroada do maior êxito, revelando alto valor intelectual e moral e que, na Suprema Corte, se consolidaria esplendidamente, impondo-se ao respeito e à admiração de seus pares e jurisdicionados.

Ao responder às homenagens que lhe foram prestadas quando de sua posse, disse Rodrigues de Alckmin estas palavras verdadeira profissão de fé como Magistrado e que resumem o credo de sua vida:

> "Da profunda introspecção com que procuro descobrir quais as razões que sensibilizaram e me fizeram largamente beneficiário de vossa bondade, nada colho senão dois pequenos méritos.
>
> Levado à magistratura paulista, atendendo ao apelo irresistível em que se consolidou a minha vocação, a ela dediquei o profundo respeito às funções e à devoção ao trabalho que só e exigir aos seus juízes.
>
> Acabei por compreender, como o velho Ransson, que é o quotidiano que forma, pouco a pouco, a alma do juiz. É no contato das realidades profissionais que o magistrado aprende a vencer as tendências do temperamento, para que as decisões não pequem pela falta de serenidade; que o ânimo se enrijece, salvaguardando-lhe a independência, para que haja imparcialidade nos julgamentos; que o magistrado apreende e examina os vários matizes da realidade social, que não cabe, totalmente estruturada, nas leis.
>
> Procurei, sempre, viver essas lições do quotidiano, e amar o trabalho, porque na frase de Soler. o trabalho que e faz sem amor tem todos os caracteres de uma vil escravidão.
>
> É esse respeito, é esse amor pelas funções do Poder Judiciário que renovam o ânimo com que, já na altura da vida em que os marcos do caminho projetam sombras do poente, inicio a

Acesso ao Sumário

derradeira caminhada."[3]

No Pretório Excelso, o insigne juiz ratificou o alto conceito que desfrutava em seu Estado, ali permanecendo cerca de seis anos, com intensa dedicação à nobre causa da Justiça sendo as suas decisões impregnadas de estudo, imparcialidade, experiência, guardando a fidelidade à Lei, atento à célebre advertência de Lord Devlin: *"the discretion of the judge is the first engine of tyranny"*.[4]

Com efeito, na judicatura do Ministro Rodrigues de Alckmin o intérprete não cria prescrições, nem posterga as existentes, mas deduz a nova regra para o exame de um caso concreto do conjunto das disposições vigentes, consentâneas com o progresso geral da civilização, obedecendo ao preceito de Paulo no Digesto: *non ex regula jus sumatur, sede ex jure, quod est, regula fiat.*

Longo seria, nesse momento, arrolar os votos e intervenções mais importantes proferidas pelo Ministro Rodrigues de Alckmin, todos revelando a sua cultura, a larga experiência e o descortino do magistrado exemplar.

Permito-me, aqui, reproduzir o depoimento do eminente Ministro Moreira Alves, quando da homenagem prestada pela Corte Suprema a Rodrigues de Alckmin, *verbis*:

> "Chegava Rodrigues de Alckmin a este Tribunal precedido da fama de Magistrado notável que, em São Paulo, ao longo dos anos, conquistara por suas raras qualidades de inteligência, cultura, honradez e trabalho.
>
> Aqui, desde logo, impôs-se à admiração de seus Colegas.
>
> Inteligência lúcida e lógica, aliada a sólidos conhecimentos dos diferentes ramos de Direito e a ampla cultura humanística, possuía Rodrigues de Alckmin os dois atributos que distinguem o verdadeiro jurista: a capacidade de discernir, ainda nas questões mais intrincadas, os acidentes e o essencial, e a de, adstringindo-se a este, encontrar, no ordenamento jurídico, a norma adequada à justa composição da lide".[5]

Acesso ao Sumário

Os votos que proferiu ao longo de seus anos no Pretório Excelso, pela riqueza de seu conteúdo, constituem uma antologia de lições esplêndidas, tanto na forma como no conteúdo.

Alguns poucos exemplos bastam para confirmar a verdade da asserção.

Desde o inicio de sua magistratura em São Paulo, Rodrigues de Alckmin já afirmava a tese da necessidade de o Poder Judiciário, ao proceder ao controle

3 Homenagens prestadas aos Ministros que deixaram a Corte no período de 1977 a 2002. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2002, p. 50.

4 Devlin, Patrick. The Judge. Chicago. University of Chicago Press, 1979, p. 201.

5 Op. cit., p. 50.

da legalidade dos atos administrativos, perquirir os motivos desses atos.

A propósito, ao relatar o Recurso Extraordinário nº 82.355-PR, discorreu, *verbis*:

> "Eu diria, apenas, que, no caso, verificar se houve, ou não, o fato que constitui pressuposto da punição não é verificar se esta foi justa ou injusta: é verificar se foi, ou não, legal, porque a lei exige a existência do fato para a aplicação de sanção.
>
> Tenho, assim, como de absoluta legitimidade o exame, pelo Poder Judiciário, da prova dos fatos imputados ao funcionário, com a conclusão de que a punição disciplinar, em face dessa prova, é legal, ou não. O exame da legalidade não se confunde com a apreciação das mera formalidades do processo administrativo. E no ato demissório, não há mérito excluído de apreciação judicial".[6]

De outra feita, discutia-se a legitimidade do § único do art. 187 do Código Tributário Nacional diante do art. 9º, I, da Emenda Constitucional nº 1/69.

Eis como propugnou, nesse particular, o desfecho dessa intrincada questão constitucional, *verbis*:

> "Este texto constitucional tem raízes no art. 1º, seção 9ª, da Constituição Norte-Americana, em que estipulava que *'no preference shall be given by any Regulation of Commerce or Revenue to the Ports of one State over those of another: no shall Vessels bound to, or from, one State, be obliged to enter, clear or pay Duties in another"*.
>
> O texto constitucional brasileiro, de 1891, proposto, vedava ao governo federal criar, de qualquer modo, distinções e preferências em favor dos portos de uns contra os de outros Estados, mediante regulamentos comerciais ou fiscais. Eliminou-se esta última cláusula. E os comentadores, no geral (Aristides Milton, A Constituição do Brasil. P. 43; Ruy Barbosa, Comentários à. Constituição Federal Brasileira, ao art. 8º; Barbalho, Constituição Federal Brasileira: 2ª ed., p. 49) acentuaram que a proibição visava a assegurar a igualdade entre os Estados.
>
> A Constituição de 1934 proibiu que se criassem preferências em favor de uns contra outros Estados. A Carta de 1937 proibiu que se criassem desigualdades entre os Estados e Municípios e a decretação, pela União, de impostos que importassem discriminação em favor dos portos de uns contra os de outros Estados.
>
> Em 1946 e em 1967, as Constituições se referiram à vedação de serem criadas preferências em favor de uns contra

6 *In* RTJ 81, p. 163.

Acesso ao Sumário

outros Estados ou Municípios.

Mas a EC nº 1/1969 deu outra redação ao preceito. Dispôs:

À União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios é vedado:

I - criar distinções entre brasileiros ou preferências em favor de uma dessas pessoas de direito público interno contra outra.

Daí a pretensão a que, já agora, proibidas preferências, os créditos da União, Estados e Municípios se satisfaçam igualmente, *pro rata*, no insuficiente patrimônio dos devedores.

Parece-me, com a devida vênia, que essa substancial mudança de rumo na tradição de nosso direito (que não parificava tais créditos fiscais). não decorre da redação do art. 9º, inciso I, que foi tecnicamente menos preciso mas não visou a dilargar a área da igualdade dos Estados e dos :Municípios. em tema de créditos fiscais, estendendo-a a todos e à União.

Aliás, proibindo se criem preferências entre essas pessoas de direito público, a lei, em sua letra, não abrangeria, como no caso, prioridade a favor de créditos de autarquia federal, a que não se refere.

Creio, pois, que o exato sentido da norma é o de impedir que se criem desigualdades entre o Distrito Federal e os Estados, ou desigualdade entre Municípios, favorecendo a alguns, em detrimento de outros, colocados no mesmo plano em face da Constituição.

Dar-lhes, porém. prioridade em concurso creditório, dado os diferentes níveis em que se situam, no sistema constitucional, a União, os Estados e os Municípios, não põe em risco a igualdade na Federação, que o texto visa preservar".[7]

Por outro lado, quando do julgamento da Representação nº 961-RJ, firmou importante precedente quanto aos pressupostos do controle de constitucionalidade em abstrato, *verbis*:

Acesso ao Sumário

"Quando o texto constitucional permite a Representação ou ação direta de inconstitucionalidade de ato normativo ou lei federal ou estadual estabelece a competência, tendo em vista o órgão (Poder Legislativo, Governador) que editou o ato, não a sede ou âmbito espacial de eficácia das normas. A não ser assim, quando se impugnasse ato praticado pelo próprio Poder Executivo, ou pelo Poder Legislativo do Estado, com eficácia restrita a um município, o Poder Judiciário do Estado seria o competente para apreciar-lhe

7 *In* RTJ 80, p. 815-6.

> a constitucionalidade. Mas é evidente que a Constituição não quis conceder ao Poder Judiciário do Estado apreciar a impugnação feita a leis e a atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo do mesmo Estado, por óbvias razões entre as quais figuram possíveis influências locais. Preferiu entregar essa apreciação ao Supremo Tribunal Federal. Assim, não é pela extensão da aplicação da norma, mas pelo órgão de que emana, que se estabelece a competência do Supremo Tribunal Federal.".[8]

Modelo de síntese e elegância encontra-se no voto que proferiu na Representação nº 927-SP, oportunidade em que o Supremo Tribunal Federal fixou a exata exegese da regra da paridade de vencimentos prevista nos artigos 98 e 108, § 1º, da Constituição de 1967, na redação da Emenda Constitucional nº 1/69.

Nessa ocasião, afirmou, *verbis*:

> "A regra da paridade, inserta na Constituição é, sem dúvida, inspirada em alto sentido de Justiça. Era de todo desarrazoado que numerosos funcionários públicos, exercentes de funções de escriturário nos quadro do Executivo porque numerosos e mais afastados das fontes do Poder, percebessem vencimentos menores enquanto funcionários outros, de outros Poderes ou de corpos coletivos que tinham a iniciativa de propor-lhes a fixação de vencimentos, os recebiam muito maiores.
>
> É certo que a diferença de retribuições procurava diferentes denominações, que as justificassem. Correspondia, entretanto, a um princípio de Justiça, quando não a uma imposição de caráter ético, fossem remunerados igualmente cargos de atribuições iguais ou assemelhadas, nos quadro dos três Poderes.
>
> Daí, estabelecer, a Constituição Federal, a regra da paridade".[9]

Finalmente, ocorre-me mencionar o pronunciamento histórico que fez no Julgamento da Representação nº 881-MG, em 13 de dezembro de 1972, quando a Suprema Corte, ao dirimir relevante questão constitucional, assentou que, para o efeito do acesso ao cargo de Desembargador, o advogado e o membro do Ministério Público componentes do Tribunal de Alçada conservam a mesma categoria que proporcionou o seu ingresso neste Tribunal.

O seu primoroso voto, após rememorar a história da criação do primeiro Tribunal de Alçada do Brasil, consignou, *verbis*:

> "Quando os que cuidaram de estruturar esse primeiro Tribunal de Alçada, tiveram de examinar os textos da Constituição,

Acesso ao Sumário

8 *In* RTJ 82, p. 666.

9 *In* RTJ 82, p. 39.

encontraram apenas a autorização para que os Estados criassem Tribunais de Alçada inferiores. E o legislador constituinte não foi além. Não estruturou esses Tribunais. Não disse como se inseririam eles no quadro da organização judiciária dos Estados e deixou assim a critério do legislador estadual preencher essas lacunas.

Três hipóteses, então, se apresentaram. A primeira seria a de buscar a conciliação do texto constitucional que permite a criação de Tribunais de Alçada com o texto constitucional que estabelece uma carreira na magistratura vitalícia, com ingresso através de concurso, com promoção alternada por merecimento e antiguidade de entrância a entrância, até que, da mais alta entrância se seguisse ao Tribunal de Justiça. Pareceu que seria inadequado classificar os Tribunais de segunda instância como entrância que, tradicionalmente, é a denominação com que se classificam Comarcas, e então se poderia – conciliação rigorosamente ortodoxa – chegar à conclusão de que os Tribunais de Alçada seriam fim de carreira. Nela ingressariam membros Ministério Público e advogados, pelo quinto, e juízes em 4/5, e aí se encerraria a carreira desses magistrados, já que não haveria uma entrância para permitir acesso ao Tribunal de Justiça.

Esta solução, que nenhum texto constitucional repudia e ainda hoje poderá ser adotada, oferecia notáveis inconvenientes: levaria aos Tribunais de Alçada juízes desestimulados de promoção aos Tribunais de Justiça; levaria, também, ao Tribunal de Alçada, "juristas de menor tomo", do Ministério Público e da advocacia; outros se recusariam a ingressar nos Tribunais de Alçada, porque aspirariam, como juristas melhores, o acesso ao Tribunal de Justiça. E esses Tribunais de Alçada, já, hoje, têm uma altíssima função, porque, embora na Organização Judiciária se considerem Tribunais inferiores aos Tribunais de Justiça, não são Tribunais que se limitam a julgar causas de pequeno valor. A autorização constitucional, hoje, permite que se lhes atribuam causas de altíssima relevância, como julgamentos de todas as questões fiscais e julgamentos de desapropriações. E, evidentemente, não poderiam ser Tribunais de qualificação inferior, constituídos de juízes desestimulados, ou por terem, seus membros, menores qualidades intelectuais.

A ideia, portanto, de transformar o Tribunal de Alçada em fim de carreira, não parecia muito feliz.

A outra, seria a de fazer com que o juiz do chamado "quinto constitucional", que ingressassem no Tribunal de Alçada, passassem a pertencer à carreira da magistratura. Mas, aí, haveria

Acesso ao Sumário

texto da Constituição que se oporia a esse critério. Haveria algo de inconciliável em considerar que há uma carreira de magistratura, que 4/5 dos Tribunais devem compor-se de membros desta carreira da magistratura – e carreira pressupõe acesso de degrau a degrau – e considerar que nela ingressavam, pelo último posto. juízes que não tivessem participado da carreira. O cargo preenchido pelo quinto constitucional não era, evidentemente, um cargo de carreira. A ela não se: chegava por ascensão de um posto interior. Portanto, considerar que. no ingresso aos Tribunais de Alçada, ocorria ingresso na carreira, não parecia solução acertada, porque não se ajustava à ideia de promoção de entrância a entrância. E entrância – disse e repito – é denominação que se reserva à classificação de juízes e comarcas.

Pensou-se, então, numa solução que não repugnava ao texto constitucional e que parecia conciliar todas as dificuldades, fazendo que os Tribunais de Alçada fossem, realmente, Tribunais de alto nível e pudessem permitir o acesso ao Tribunal de Justiça. Fez-se, na interpretação da Constituição, possível a promoção dos juízes dos 4/5 do Tribunal, que são de carreira, por antiguidade e por merecimento ao Tribunal de Justiça. E, quanto aos juízes que vierem do quinto constitucional, juízes oriundos do Ministério Público e da advocacia, poderiam eles, a par de outros que têm a mesma experiência específica de advogados e promotores, galgar o Tribunal de Justiça no quinto reservado aos membros da advocacia e do Ministério Público.

Esta solução afastava todos os outros inconvenientes. Esta solução recebeu apoio de advogados de São Paulo e, de larga data, vem sendo adotada, com gerais aplausos, e com óbvia utilidade".[10]

Muitos de seus votos se acham compendiados na Súmula e passaram a constituir a jurisprudência predominante do Pretório Excelso.

É o que ocorreu com a Súmula 562 que teve por precedente o Recurso Extraordinário nº 79.663-SP (Pleno).

Nesse julgamento, prevaleceu o seu douto voto, publicado na RTJ 79/520-1, no qual refutou a tese dos que sustentavam que a atualização monetária na reparação do ato ilícito violava o princípio nominalista, face à ausência de lei, na época, que autorizasse o reconhecimento, nesses casos, da correção monetária.

Eis o seu pronunciamento pleno de lições:

"Ora, a regra de direito manda reparar, e reparar é dar integral satisfação ao lesado. É recompor-lhe, com o pagamento

10 *In* RTJ 66, p. 647-8.

Acesso ao Sumário

da indenização, o desfalque patrimonial que sofreu. Reparação total. Recordo que, antes da regra do art. 64 do C. Pr. Civ./939, em sua primitiva redação, que estabeleceu a responsabilidade por honorários de advogado nas demandas procedentes. fundadas em dolo ou culpa, a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal mandava pagar tal verba, sem cuidar da existência, ou não, de específico texto de lei relativo a tal sucumbência: bastava-lhe a consideração de que a indenização deve ser completa, e que não o seria se o prejudicado tivesse o dispêndio dessa verba.

Então, se por circunstâncias próprias dos tempos presentes, os valores de bens e serviços rapidamente acrescem, entender que o reparo somente é completo se se repuser, no patrimônio do lesado, o valor do momento da satisfação, em nada desatende a qualquer regra jurídica. Antes, a elas se amolda. É de lei. em casos análogos (C. Civ., art. 1.541, 1.543) o mandamento de reembolso de valor equivalente. É da lei que nas indenizações por fato ilícito prevalecerá o valor mais favorável ao lesado. Não encontro, pois. vulneração de texto legal algum com a consideração que a indenização dos danos materiais tenha em conta o valor deles quando do pagamento.

Essa atualização legítima do valor pode fazer-se com o determinar, a sentença, que na execução dela se estime novamente o já ultrapassado montante dos danos, ou que se atualize tal avaliação. E também pode fazer-se, vista a existência de estimativa nos autos, pelo mais simples meio de acolher a aplicação de índices de correção monetária para a atualização desse valor.

Infringe, este critério, ao princípio nominalista? Desatende ao Princípio da reserva legal para revalorização de dividas?

Creio indisputável a negativa".[11]

São ensinamentos preciosos, que nos vêm desde o Direito Romano, fulcrados na melhor doutrina, recolhida por Fritz Schulz, em seu Classical Roman Law, Oxford Clarendon Press, 1954, p. 610 e seguintes, bem como Rudolph Sohm, Mestre de Leipzig, em sua consagrada obra Lehrbuch Der Geschichte und Des Systems Des Römischen Privatrechts, 7. Auflage, Verlag von Duncker & Humbolt. Leipzig, 1898, p. 395-411.

Integri Restitutio est Reditengrandae Rei, Vel Causae Actio (Paulo, Sententiae, 1, 7, 1).

As citações poderiam se multiplicar, pois extremamente rica e fecunda é a magistratura de Rodrigues de Alckmin, sendo extenso o elenco de matéria por ela versada.

Acesso ao Sumário

11 *In* RTJ 79, p. 520-1.

A sua vida foi dedicada, até o último sopro de sua nobre existência, à Magistratura.

Conhecedor como poucos dos problemas que afligem o Judiciário, empenhou-se decididamente em superar as falhas e deficiências do Poder Judiciário, de modo a que pudesse corresponder às altas funções que lhe cabem numa Democracia.

Eleito pelo Supremo Tribunal Federal, integrou a Comissão de Reforma do Poder Judiciário, como relator, juntamente com os Ministros Thompson Flores (Presidente da Comissão), e Xavier de Albuquerque, encarregada de elaborar o célebre Diagnóstico do Poder Judiciário, até hoje considerado o mais completo estudo sobre o Poder Judiciário Brasileiro.

Esse trabalho notável, publicado na íntegra pela Revista Forense, v.251, pp. 7 e seguintes, subsidiou o legislador constituinte quando da edição da Emenda Constitucional nº 7/77 que estabeleceu a Reforma do Judiciário.

Para o devido registro da história do Poder Judiciário, convém recordar a introdução desse importante documento, *verbis*:

> A honrosa visita de cortesia do Sr. Presidente da República ao Supremo T1ibunal Federal, no dia 16 de abril de 1974, revestiu-se do caráter de profícuo encontro entre o Chefe do Poder Executivo e a mais alta hierarquia do Poder Judiciário, para declarações concordantes dos dois Poderes, da maior relevância para a justiça e, portanto, para a Nação. Afirmaram-se naquele diálogo: a necessidade e oportunidade de reforma do Poder Judiciário; a disposição de fazer o Governo do Presidente ERNESTO GEISEL o que puder para o aprimoramento dos serviços da justiça; a conveniência de prévia fixação, pelo próprio Poder Judiciário, do diagnóstico da justiça, mediante o levantamento imediato dos dados e subsídios necessários.
>
> Em decorrência do interesse do Governo, na reforma, o senhor Ministro ARMANDO FALCÃO entrou em entendimento com o eminente Ministro ELOY DA ROCHA, presidente do Supremo Tribunal Federal. Ficou assentado, nessa ocasião, que, inicialmente, o Poder Judiciário procederia aos imprescindíveis estudos, em cada área de atividade jurisdicional, na medida em que aos Tribunais parecesse recomendável a ação reformadora.
>
> 2. Para desempenhar-se do encargo, foram solicitadas às justiças especiais e justiça comum estatísticas, informações e sugestões, bem como a contribuição de universidades, de associações de classe, de magistrados, advogados e outros juristas.
>
> Os dados e as opiniões obtidos constam de noventa e

Acesso ao Sumário

quatro volumes anexos. Foram apresentados relatório parciais, relativos à Justiça Federal, à Justiça Militar, à Justiça do Trabalho, à Justiça Eleitoral, às Justiças dos Estados e à Justiça do Distrito Federal, nos quais se encontram, a par de algumas observações de ordem geral, problemas específicos das respectivas áreas de exercício jurisdicional.

Esses relatórios parciais se consideram, pois incorporados ao presente, que constitui uma visão resumida dos problemas mais graves do Poder Judiciário.

A pesquisa feita indica, sem que se precise descer a pormenores, que a reforma da justiça, ampla e global, sem prejuízo do sistema peculiar à nossa formação histórica, compreenderá medidas sobre recrutamento de juízes a sua preparação profissional, a estrutura e a competência dos órgãos judiciários, o processo civil e penal (e suscitará, mesmo, modificação de regras de direito material),problemas de administração, meios materiais e pessoais de execução dos serviços auxiliares e administrativos, com aproveitamento de recursos da tecnologia. Avultarão, na reforma, ainda, problemas pessoais dos juízes, seus direitos. Garantias, vantagens, deveres e responsabilidades. E visará a assegurar o devido prestigio à instituição judiciária, que, no regime da Constituição, se reconhece como um dos três Poderes, independentes e harmônicos.

3. A extensão da pesquisa realizada corresponde à ideia de que a reforma do Poder Judiciário deve ser encarada em profundidade, sem se limitar a meros retoques de textos legais ou de estruturas. Quer-se que o Poder Judiciário se torne apto a acompanhar as exigências do desenvolvimento do país e que seja instrumento eficiente de garantia da ordem jurídica. Quer-se que se eliminem delongas no exercício da atividade judiciária. Quer-se que as decisões do Poder Judiciário encerrem critérios exatos de justiça. Quer-se que a atividade punitiva se exerça com observância das garantias da defesa, com o respeito â pessoa do acusado e com a aplicação de sanções adequadas. Quer-se que à independência dos magistrados corresponda o exato cumprimento dos deveres do cargo. Quer-se que os jurisdicionados encontrem, no Poder Judiciário, a segura e rápida proteção e restauração de seus direitos, seja qual for a pessoa ou autoridade que os ameace ou ofenda.

4. Reforma de tal amplitude não e fará sem grandes esforços. Há dificuldades técnicas a resolver. Serão necessários meios para corresponder a encargos financeiros indispensáveis. E há interesses que hão de ser contrariados ou desatendidos.

Acesso ao Sumário

> Impor-se-á alteração de textos constitucionais e legais e será mister disciplina unitária de direitos e deveres de magistrados.
>
> É certo que a reforma poderá implantar-se por partes. Mas determinadas medidas, que dizem com a essência dela, ou serão preferencialmente executadas, ou não haverá, na realidade, reforma eficaz".[12]

A morte veio encontrá-lo na presidência do Tribunal Superior Eleitoral, em plena e fecunda atividade.

Respeitado e admirado, o seu súbito desaparecimento comoveu a todos.

O seu grande nome encontra-se, de forma indissociável, ligado à história judiciária nacional, não somente como um grande Juiz, mas como um magistrado exemplar, a quem devem as letras jurídicas nacionais notável contribuição.

Do Ministro Rodrigues de Alckmin pode-se dizer, com justeza, o que James Boswell, em sua consagrada biografia, concluiu da vida e obra de Samuel Johnson:

> "A man whose talents, acquirements, and virtues, were so extraordinary, that the more his character is considered, the more he will be regarded by the present age, and by posterity, with admiration and reverence".[13]

Ao ensejo do centenário do seu nascimento, a vida e a obra do saudoso Ministro Rodrigues de Alckmin merece ser estudada e reverenciada pelos brasileiros, sobretudo os juízes, pois à magistratura dedicou todas as suas forças, com independência, dignidade, altivez e imparcialidade, deixando, ainda hoje, passados tantos anos de seu falecimento, um vazio incomensurável na sua cátedra no Supremo Tribunal Federal, seja pelo exemplo edificante que deixou, seja pela lição do muito que pensou e realizou como Juiz exemplar que sempre foi.

Autêntico magistrado, dedicado como poucos ao cumprimento de sua apostolar missão, o Ministro Rodrigues de Alckmin seguiu à risca os ensinamentos de D'Aguesseau, notável Juiz de França:

> "Pouvoir tout pour la justice, et ne pouvoir rien pour soi même, c'est l'honorable mais pénible condition du magistrat."[14]

Só nos resta invocar, nesta oportunidade, o conhecido Salmo de David:

> "Feliz daquele que cumpre o seu dever, porque ganha, sem

Acesso ao Sumário

12 *In* Reforma do Poder Judiciário – Diagnóstico, Supremo Tribunal Federal, 1975, p. 11/5.

13 Boswell, James. Life of Johnson, Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 1402.

14 *In* Oevres Choisies Du Chancelier D"Aguesseau. Librairie de Firmin Didot Fréres, Paris, 1963. P. 85.

dúvida, o reino do Céu e deixa, na estrada da vida, um exemplo de retidão aos que prosseguem na caminhada até serem chamados a prestar contas ao Senhor."

Virtus Praestat Ceteris Rebus.

O BEM COMUM NA CIDADE

JOSÉ ROBERTO LEME ALVES DEOLIVEIRA

Juiz da 1ª Vara da Fazenda Pública de Guarulhos

O desembargador Ricardo Dip me propôs o tema: "O bem comum na cidade". Atualmente, os principais institutos de Direito Administrativo estão edificados sobre a noção de interesse público.

Assim, esta reflexão se inicia pela pergunta: o interesse público se confunde com o bem comum? Ou são conceitos distintos? Se são conceitos idênticos, por qual razão a expressão "bem comum" foi praticamente banida da linguagem jurídica contemporânea? Ou, se são conceitos distintos, qual a distinção?

De fato, a doutrina discorre sobre o *princípio da indisponibilidade do interesse público* e também sobre o *princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado*. Do primeiro – indisponibilidade do interesse público – decorre que à Administração é vedado dispor ou renunciar a poderes que a lei lhe concedeu, uma vez que o Estado (aqui em sentido amplo) é o titular do interesse público. Do segundo – supremacia do interesse público sobre o interesse privado – defluem a função social da propriedade, a defesa do consumidor e do meio ambiente, a desigualdade jurídica entre a Administração e os administrados, os privilégios e prerrogativas reconhecidos ao Poder Público etc.[1]

Segundo Danilo Castellano, a identificação de bem comum com bem público (ou, entre nós, interesse público) «é o produto coerente das teorias construtivistas da sociedade política, isto é, daquelas teorias que negam a naturalidade da comunidade política, ao sustentar que esta nasce do contrato e, portanto, tem um fim convencional. Não é possível, nesse caso, falar-se propriamente de bem comum, já que o Estado, nascido do contrato, não tem nada em comum com os homens que o constituíram. Tanto que coerentemente se fala apenas em bem público, que é propriamente o bem

1 H. Lopes Meirelles, Direito administrativo brasileiro, São Paulo, Malheiros, 2008, 34ª ed., p. 105-6.

Acesso ao Sumário

privado da *persona civitatis.* É significativo que na linguagem política moderna e contemporânea se usem exclusivamente os termos bem público e interesse público. Desapareceram quaisquer vestígios do bem comum. Não se trata de um erro, senão da coerente aplicação de categorias doutrinais racionalistas que, enquanto tais, isto é, enquanto racionalistas, ignoram a realidade, com a pretensão de substituí-la. Rousseau, por exemplo, é claro a esse respeito: "Antes de observar – escreve no livro V de sua obra pedagógico-política Emílio – é preciso fazer-se normas para a própria observação: há que se fazer uma escala à qual referir as medidas que se tomam. Nossos princípios de direito político são essa escala. Nossas medidas são as leis políticas de todo país". O bem, portanto, depende do homem. Também o que se define como bem comum. E o chamado bem público se identifica, assim, em última análise, e desde qualquer teoria construtivista, com a conservação do Estado, em vista da qual se entende legítima toda ação: o fim, com efeito, justifica os meios, como teorizou Maquiavel e como sustentaram (ou sustentam) os teóricos da *razão de Estado* de todo tempo. O Estado, sua existência, é o bem por excelência, o bem a conservar sempre e a todo custo, o bem que permitirá uma vida civil, posto que a realidade é criadora da ética e do direito. Hegel, que não é construtivista, ainda que seja racionalista, dirá que o Estado é a mesma "substância ética consciente de si", que reconduz tudo à vida da substância universal. Para Hegel, assim, o bem comum é o todo substancial estranho às partes das quais está constituído e que, por sua vez, estão constituídas por ele. Um filósofo contemporâneo de forte vocação e, sobretudo, de forte atenção realista (Marcel de Corte), observou que esta definição não se pode compartilhar racionalmente, para iniciar porque pretende ser a unidade em lugar da união e, por isso, fazer-se unidade suprimindo a pluralidade das realidades individuais. Em resumo, a identificação de bem comum e bem público é a negação da possibilidade mesma de bem, já que este vem a depender da vontade da realidade que é considerada ética e racional sobre a base da consideração de que sua vontade efetiva proporciona o critério da racionalidade universal só porque é única e, por isso, geral. O critério do bem, por isso, estaria na norma positiva que não tutela o bem, nem a moral, nem o jurídico, porque o bem é ela mesma, o bem é a mesma *ratio* da lei, que – por sua vez – é tal porque querida pelo Estado, quem por isso não está sujeito a erro. Encontramo-nos frente a uma forma de niilismo positivo que pretende transformar em bem todo ato de vontade positiva e, sobretudo, individuar o bem na única realidade que tem o poder de fazer efetiva a própria vontade, posto que é a condição do bem assim entendido»[2].

Sabemos que a identificação do interesse público com o bem comum é contrária à doutrina da Igreja, pois, como lembra Ricardo Dip, Pio XI já ensinava que o Estado não se confunde com o todo da sociedade política.[3]

Voltando a Danilo Castellano, o bem comum é o bem do próprio homem enquanto homem e, por isto, bem comum a todos os homens. Um bem que não é nem público nem privado, um bem que não vem dado por um conjunto de elementos exteriores ao homem, às vezes estranhos ao homem. Ao contrário, é um bem intrínseco à natureza do ser humano e inalienável. É também o bem próprio da comunidade política, posto que esta é constituída por

2 El bien comun, Miguel Ayuso (org.), Madrid, Itinerarios, p. 15-16.

3 El bien comun, Miguel Ayuso (org.), Madrid, Itinerarios, p. 142.

Acesso ao Sumário

homens e outras sociedades humanas naturais (família e sociedade civil) que existem em função de bens do homem porém não se encontram em condição de ajudar o homem (coisa que a comunidade política faz principalmente com o ordenamento jurídico justo) a conseguir o bem, que – no que respeita ao tempo – é a vida autenticamente humana, isto é, a vida conduzida em conformidade com a ordem natural própria do ser humano.[4]

Segundo Ignácio Barreiro, não há contradição nem oposição entre bem comum e bem individual. O bem próprio, é evidente, não pode existir sem o bem comum da família, da cidade ou do reino. Como o homem é parte da casa e da cidade, é preciso que julgue o que é bom para si à luz da prudência que tem por objeto o bem da multidão, porque a boa disposição da parte se toma em relação ao todo. O bem comum se realiza em uma sociedade na medida em que ela seja regida pela ordem natural das coisas (Leão XIII *Rerum novarum*). A determinação do bem comum corresponde à lei natural e, quando a necessidade o exige e a lei natural não o determina, essa determinação é cometida ao Estado (Pio XI – *Quadragesimo anno*). Ou seja, a sociedade politicamente organizada completaria ou integraria o vazio do direito natural. Um vazio que é causado por acontecimentos que não têm claros antecedentes no passado e aos quais é preciso dar uma resposta adequada[5].

O conceito de bem comum em sua essência é estático e imutável devido a que a natureza humana, como consequência da lei natural, é permanente. Ao poder político cabe regular a vida pública segundo as prescrições daquela ordem imutável que se apoia e é regida por princípios universais; para facilitar à pessoa humana, nesta vida presente, a consecução da perfeição física, intelectual e moral, e para ajudar os cidadãos a conseguir o fim sobrenatural, que constitui seu destino supremo. Apesar das transformações e mudanças históricas, o fim de toda a vida social permanece idêntico, sagrado e obrigatório: o desenvolvimento dos valores pessoais do homem como imagem de Deus. Permanece a obrigação de todo membro da família humana de realizar seus imutáveis fins, seja quem for o legislador e a autoridade a quem obedece (Pio XII). Segundo esse mesmo papa, a pedra angular da ordem social é a propriedade privada: pressuposto necessário às iniciativas humanas, estimulo ao trabalho em benefício dos fins temporais e transcendentes da vida e, portanto, da liberdade e da dignidade do homem.

Acesso ao Sumário

Logo, não pode haver suposto bem comum em detrimento dos bens individuais ou das famílias e sociedades intermediárias. Eventual conflito deve ser analisado, repita-se, à luz da lei natural e o Estado somente pode ser chamado a definir o bem comum nas hipóteses em que a lei natural seja omissa (Princípio da subsidiariedade).

Todavia, como ensina Miguel Ayuso, o personalismo, ao partir do erro antropológico consistente em cindir individuo e pessoa, destrói a primazia do bem comum e por tanto prescinde da natureza social do homem. Com isso acaba não só o conceito clássico de sociedade, como também – e

4 El bien comun, Miguel Ayuso (org.), Madrid, Itinerarios, p. 24.

5 El bien comun, Miguel Ayuso (org.), Madrid, Itinerarios, p. 29-30.

previamente – ainda que pareça paradoxal, o conceito clássico de pessoa. É que a subordinação da pessoa à sociedade se fundamenta na natureza mesma da pessoa e é condição necessária não para sua aniquilação senão para sua plenitude[6].

À luz desses princípios, surgem as mais diversas indagações diante do agigantamento do poder público, por um lado, e das cada vez mais severas restrições aos direitos dos particulares, por outro.

Especificamente na cidade em que vivemos, muitos são os fatos que sugerem indagações relacionadas a esse tema.

O direito de propriedade sobre veículos automotores vem sendo cada vez mais cerceado pela via da regulamentação do trânsito: rodízios, rodízios ampliados, subtração de faixas de rolamento de veículos particulares, ampliação de faixas de ônibus, criação de ciclofaixas, ciclovias etc. Qual o limite para que essas restrições sejam legítimas, sob a ótica da ordem natural das coisas? Recentemente, uma autoridade municipal de São Paulo apareceu em um órgão de imprensa (Revista Veja) se regozijando diante da imagem de uma fila imensa de veículos parados na Avenida Vinte e Três de Maio enquanto uma faixa de ônibus permanece completamente vazia na mesma avenida; e essa autoridade justificou seu regozijo pelo fato de que, "quando os ricos" (*rectius*, aqueles que podem comprar um carro) "ficam parados no trânsito e veem os que os pobres" (*rectius*, aqueles que andam de ônibus), "supostamente podem se locomover mais rápido que aqueles, a democracia finalmente chegou". Não haveria nessa declaração estapafúrdia uma clara violação do princípio de que o bem individual e o das coletividades menores não pode estar em oposição ou contradição com o bem comum? Esse episódio parece ilustrar muito bem a distinção entre interesse público (representado aqui pela ideologia de turno) e bem comum.

As alterações legislativas no Plano Diretor do Município, obtidas por grupos que se organizaram oficialmente para a prática do crime de esbulho (previsto ainda, sabe Deus até quando, no nosso Código Penal) como forma de pressão política, podem ser consideradas como justas e conformes à reta razão?

A destinação de imóvel histórico, situado na Avenida mais significativa da cidade, como "museu" destinado a divulgar e valorizar determinada conduta sexual (até pouco tempo a medicina legal a classificava como depravação e o Catecismo da Igreja Católica a considera gravemente desordenada) certamente atende ao interesse público (aqui entendido como a ideologia de turno que, a pretexto do chamado "combate à homofobia" quer, na verdade, destruir na população os resquícios de uma ordem moral anterior e superior ao Estado). Mas, essa medida leva em conta o bem comum?

Ainda com relação a esse tema, poderíamos mencionar os recursos públicos investidos no incentivo às mais diversas formas de imoralidade, tais como as despesas com "paradas gays, desfiles de carnaval,

6 El bien común, Miguel Ayuso (org.), Madrid, Itinerarios, p. 295-296.

Acesso ao Sumário

marchas de vadias etc." Bem sei que Santo Tomás de Aquino defendia a tolerância com relação às casas de prostituição, por ele comparadas às cloacas das cidades, que, se não existissem, toda a cidade se toda a cidade se tornaria fétida. Porém, entre a tolerância e o emprego de vultosas somas do erário na promoção dessas atividades há enorme distância.

Questionamentos dessa natureza podem ser estendidos a todas as áreas de competência do Poder Público municipal, seja exclusiva, seja concorrente com a do Estado e da União.

No campo da educação, Ricardo Dip, no livro *El bien común*, organizado por Miguel Ayuso, escreveu um texto imprescindível sobre a oposição entre a atual "educação para a cidadania" e a educação *quae civica appellari potest* recomendada por Pio XI na *Divini illius magistri*. São suas palavras (em tradução livre): "Não há educação possível quando se desvaloriza em sua raiz o fim da contemplação da verdade e da liberdade humana de se dirigir ao bem moral. O objetivo supostamente educativo dos nossos tempos se reduz à informação e ao aperfeiçoamento de aptidões técnicas, de habilidades utilitárias, de sorte que os indivíduos se tornam simples meios para o êxito, sobretudo econômico, do aparato estatal, e as "virtudes cívicas" são as que conformam os indivíduos às ideias de pluralismo e tolerância. (...) Uma contradição insuperável e exigências práticas, entretanto, não deixam subsistir uma só aparente generosidade dessa tolerância e do pluralismo dos regimes políticos atuais. A agnosia do Estado conflita ao máximo com uma antropologia transcendente. Não há termo médio possível: a imanência é uma contratranscendência e não um impossível ponto intermediário de neutralidade. Daí que as práticas laicistas nunca sejam inteiramente neutras: na medida em que se revelam imanentes, se situam como antitranscendentes. Encontramos ilustração, e impressionante, do que dissemos quando – sob uma capa de "neutralidade" – os Estados que se afirmam laicos e indiferentes a Deus dizem que mandam condutas "neutras" (por exemplo, a "neutra" retirada dos crucifixos dos espaços públicos), quando o que fazem na realidade é prescrever ou impor a observância da prática teofóbica do laicismo. Por outro lado, nenhum estímulo à tolerância, por si só, seria apto ao adestramento efetivo em uma nova ideologia moral: pois não bastaria ser tolerante com as velhas prédicas da tradição se, à força de sua sensatez, essas prédicas tendem a restaurar-se pelo rigor de seu discurso lógico. Compreendem-se, então, as razões pelas quais a docência cívica relativista, podendo tolerar quase tudo, não se mostra animada a tolerar a "intolerância" de Deus e de Suas verdades".

Acesso ao Sumário

No campo da saúde, poderíamos mencionar os projetos de financiamento público de abortos (como se uma suposta "saúde psicológica" da mulher que não quer dar à luz seu filho se opusesse à vida do nascituro), de cirurgias para "mudança de sexo" (como se a doença de quem se submete a esse procedimento consistisse na existência em seu corpo de órgãos sexuais incompatíveis com seu estado mental), de esterilizações, de distribuições em massa de preservativos (com as correlatas campanhas publicitárias que incentivam relações sexuais absolutamente dissociadas de qualquer padrão moral) etc., etc.

Evidentemente, dessa profusão de exemplos não podemos concluir pela atual inexistência de situações em que o interesse público possa coincidir com o bem comum.

É claro que, quando o Município promove o tombamento de um edifício de reconhecido valor histórico e cultural, disciplina a mão e contramão de direção das vias públicas, provê de forma adequada a iluminação pública, o fornecimento de água, o sistema de esgotos sanitários, o calçamento das vias públicas etc., etc., muitas vezes o interesse público coincide com o bem comum.

Porém, essas situações de coincidência tendem a se tornar cada vez mais raras na medida em que o Poder Público tem suas competências exacerbadas em detrimento dos direitos das pessoas, das famílias e dos grupos sociais intermediários.

E, apesar dessas coincidências, para nós, estudiosos do Direito Natural, permanece de fundamental importância a distinção conceitual entre bem publico e bem comum, e a noção de que o verdadeiro bem comum não estará jamais em real oposição ou contradição ao bem individual ou ao bem da família e das demais sociedades intermediárias.

uitas vezes, parecerá difícil perceber essa inexistência de oposição ou contradição, isso porque à autoridade pública compete de uma forma mais imediata o cuidado do bem comum temporal. Entretanto, é preciso ter em conta que o bem comum temporal sempre deve estar em conformidade com o bem supremo e imutável que leva o homem ao seu destino eterno, pois Deus mesmo é o bem comum do homem. “Se uma sociedade não buscasse outra coisa senão as vantagens exteriores os bens que asseguram à vida mais confortos e deleites, se ela faz profissão de não dar a Deus algum lugar na administração da coisa pública e de não ter em nenhuma conta as leis morais, ela se desvia de modo muito culpável de seu fim e das prescrições da natureza. É menos uma sociedade que um simulacro e uma enganosa imitação de uma verdadeira sociedade ou comunidade humana”. (Leão XIII – *Sapientiae cristianae,* n.º 3). Pois se os príncipes e os governantes legitimamente eleitos se persuadissem de que eles mandam, mais que por direito próprio, por mandato e em representação do Rei divino, a ninguém se lhe ocultará quão santa e sabiamente haverão de usar sua autoridade e quão grande contra deverão ter, ao dar as leis e exigir seu cumprimento, com o bem comum e com a dignidade humana de seus inferiores (Pio XI – *Quas primas*, n. 18). Em outras palavras, a maior expressão do bem comum se dará com a instauração do Reinado social de Cristo.

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

Ações Rescisórias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória nº 2029435-34.2013.8.26.0000, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é autor RONALDO CESAR PEREIRA, é réu BANCO DO BRASIL - ANTERIORMENTE NOSSA CAIXA S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6º Grupo 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 16489)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JACOB VALENTE (Presidente sem voto), CASTRO FIGLIOLIA e CERQUEIRA LEITE.

São Paulo, 6 de maio de 2015.

MARINO NETO, Relator

Ementa: AÇÃO RESCISÓRIA - ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI - Rescisória ajuizada contra acórdão que manteve a sentença de improcedência da ação de repetição de indébito c.c indenização por danos morais - Inocorrência de violação de literal disposição de lei, que é requisito para a admissão da ação rescisória - Inteligência do artigo 485, inciso V, do Código de Processo Civil - Decisão mantida. Ação julgada improcedente.

VOTO

Trata-se de ação rescisória[1] promovida por **Ronaldo Cesar Pereira** em face de **Banco do Brasil S/A**, objetivando rescindir o v. Acórdão de fls. 111/116 de relatoria do i. Desembargador Gilberto dos Santos, integrante da C. 11ª Câmara de Direito Privado.

1 Valor: R$ 145.388,87, em agosto de 2013.

Acesso ao Sumário

Alega o autor que possuía junto ao banco dois empréstimos, sendo um no valor de dezesseis mil reais (R$ 16.000,00), para amortização em vinte e quatro parcelas, e outro no valor de vinte e cinco mil e duzentos reais (R$ 25.200,00), para pagamento em quarenta e oito parcelas, além de cheque especial de dez mil reais (R$ 10.000,00). Acrescenta que o pagamento de um dos empréstimos se daria mediante consignação em folha de pagamento, sendo que com relação ao primeiro deles e ao cheque especial havia cláusula autorizando o débito diretamente em conta corrente. Discorre que por erro da Fazenda Pública Estadual ficou quinze meses sem receber seus proventos da aposentadoria, o que fez com que cessassem os pagamentos dos débitos contraídos com o banco réu. Decorrido tal prazo, quando voltou a ter depositado o valor de sua aposentadoria em sua conta corrente, o banco réu apossou-se da maior parte dos proventos, cobrando-lhe todas as prestações que estavam em atraso.

Por fim, o autor sustenta que os proventos de aposentadoria são impenhoráveis e que qualquer desconto não pode ultrapassar 30% dos rendimentos. Diante disso, pleiteia a rescisão do v. acórdão por violação literal a disposição legal.

O banco réu foi citado e contestou a ação alegando inépcia da inicial (i) por ausência de requerimento para intimação do representante do Ministério Público; (ii) não estar devidamente fundamentada a ação; e (iii) diante da inexistência de interesse de agir do autor, que apenas busca isentar-se do pagamento das verbas sucumbenciais. No mérito, afirma inexistir violação a disposição de lei, razão pela qual a pretensão do autor não encontra respaldo no artigo 485 do Código de Processo Civil.

O autor apresentou réplica às fls. 184/199.

É o relatório.

Afasta-se a preliminar de inépcia da inicial, seja porque a ação é fundada em direito patrimonial disponível, envolvendo parte capaz, dispensando a intervenção ministerial, seja porque o autor trouxe todos os argumentos necessários ao ajuizamento da ação.

Contudo, a ação não merece provimento.

Dispõe o artigo 485, inciso V, do Código de Processo Civil, que a sentença de mérito (incluído o acórdão), após transitar em julgado, pode ser rescindida quando ocorrer a hipótese de violação literal de disposição de lei.

No caso dos autos, no entanto, não há direta violação a dispositivo legal, pretendendo o autor, em verdade, a análise da justiça da decisão, buscando nova interpretação sobre os fatos e a aplicação do direito.

Conforme ensinam Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha, *"A ação rescisória, pelo menos quando fundada no inciso V do art. 485 do CPC, constitui mecanismo, de estrito direito, destinado ao controle de decisão*

Acesso ao Sumário

de mérito transitada em julgado. Em outras palavras, na ação rescisória fundada no inciso V do art. 485 do CPC não se permite o reexame de fatos ou de provas, é dizer, não se permite a ação rescisória para tratar sobre questão de fato. Esse, aliás, o sentido do verbete n. 410 da súmula do TST: 'A ação rescisória calcada em violação de lei não admite reexame de fatos e provas do processo que originou a decisão rescindenda'. Já se viu que a ação rescisória, quando fundada no inciso V do art. 485 do CPC, somente se afigura cabível, se a questão for de direito. Em se tratando de questão de fato, não se permite o manejo da ação rescisória, sob pena de se transformá-la em recurso ordinário, com dilatado prazo de interposição". (in *Curso de Direito Processual Civil* - volume 3, 11ª Edição, Editora JusPodivm, 2013, pp. 441/442).

É esse também o entendimento do Supremo Tribunal Federal, sedimentado com a edição da Súmula 343, que assim dispõe: *"não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos Tribunais".*

Assim, mostra-se inviável a presente rescisória, pois na verdade o que pretende o autor é o reexame de matéria, com nova interpretação do direito aplicado, como se existisse um terceiro grau de jurisdição, sabido que não lhe é dado valer-se da ação rescisória como instância recursal.

Nesse diapasão, não há que se falar em violação literal de disposição legal, ficando afastado o requisito expresso no artigo 485, inciso V, do Código de Processo Civil, com o que a improcedência da presente ação é medida imperativa.

Posto isso, julga-se improcedente a ação, carreando-se ao autor o pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em mil reais (R$ 1.000,00).

Acesso ao Sumário

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2037145-71.2014.8.26.0000, da Comarca de Piracicaba, em que são agravantes ZILIAT ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES LTDA. e ANTONIO CARLOS DE OLIVEIRA PETRIN JUNIOR, é agravado JOSÉ CARLOS RIBEIRO.

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 24288)**

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

São Paulo, 14 de abril de 2015.

PAULO ALCIDES, Relator

Ementa: EXECUÇÃO. COMPRA E VENDA. Legitimidade passiva da empresa e do sócio remanescente confirmada. Inconformismo contra decisão que determinou a inclusão do ex-sócio no polo passivo. Comprovação de que o ex-sócio continuou a atuar como representante legal da empresa mesmo após sua exclusão do quadro societário. Se a pessoa jurídica encerra suas atividades de fato ou de direito, sem honrar dívida pendente, presume-se o abuso, seja pelo desvio, seja pela confusão patrimonial. Assim, autoriza-se a desconsideração da personalidade e o chamamento de seus sócios ou administradores, cujos bens passam a responder (art. 596 do CPC) na própria execução, sem necessidade de processo autônomo. Precedentes. Decisão confirmada. Litigância de má-fé afastada. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

"ZILIAT ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES LTDA." e ANTONIO CARLOS DE OLIVEIRA PETRIN JUNIOR interpõem recurso de agravo de instrumento contra a r. decisão (fl. 47, declarada a fl. 53), que deferiu a inclusão de Antonio Carlos de Oliveira Petrin no polo passivo da ação movida por José Carlos Ribeiro.

Sustentam, em síntese, que Antonio se desligou da empresa em 13.03.2009, tendo sido o fato regularmente comunicado à JUCESP; que foi indeferida a desconsideração da personalidade jurídica inversa contra o sócio, por decisão transitada em julgado; e que apenas assinou alguns documentos na qualidade de procurador e não como "sócio de fato", o que não é suficiente para fazê-lo integrar o polo passivo. Assevera, ainda, ser inadmissível o chamamento ao processo na fase de execução (fls. 01/06).

Inicialmente encaminhados a 5ª Câmara de Direito Privado, os autos

Acesso ao Sumário

foram redistribuídos em razão da existência de prevenção deste Relator (fls. 61 e 63).

O efeito suspensivo foi indeferido (fl. 66).

Contraminuta, com preliminar de ilegitimidade recursal e pedido de condenação por litigância de má-fé (fls. 69/76).

É o relatório.

Cuida-se de execução de sentença condenatória, prolatada em ação de rescisão de compromisso de compra e venda, na qual a Ziliat foi condenada ao pagamento de R$ 158.684,85, com correção monetária e juros de mora.

Iniciada a fase executória e diante da ausência de cumprimento voluntário da obrigação, procedeu-se a busca de bens que pudessem responder pela dívida da empresa.

Como se tratava de relação de consumo, aplicou-se o art. 50 do CC para deferir a desconsideração da personalidade jurídica da executada, a fim de atingir o patrimônio pessoal dos sócios.

Em relação a Antonio Carlos de Oliveira Petrin, embora não figurasse mais no quadro societário desde 13.03.2009, foi determinada a sua inclusão no polo passivo, o que deu ensejo a propositura de exceção de pré-executividade por Antonio Carlos e ao presente Agravo de Instrumento nº 2037145-71.2014.8.26.000 por parte da Ziliat e de seu representante legal Antonio Carlos de Oliveira Petrin Junior.

De plano, cumpre observar que embora extinta a empresa, seu patrimônio responde pelos débitos por ventura existentes. Assim, toda a medida judicial na execução, ainda que gere reflexos diretos a seus sócios, também afeta a executada principal, de modo que não há que se falar em ilegitimidade recursal.

Superada tal questão, a despeito dos argumentos apresentados, não está a comportar reparos a decisão.

A ação na qual se fundamenta a execução foi proposta pelo agravado José Carlos em 27.05.2005, e, portanto, muito antes da exclusão de Antonio Carlos.

Some-se, a isso, que após sua saída da empresa Ziliat, ele continuou assinando documentos, atuando não como procurador, mas como ***representante legal*** da mesma, conforme se verifica a fls. 169 e 173.

Portanto, a aparente condição de "sócio de fato", possibilita sua inclusão no polo passivo, conforme determinado pelo juízo.

E isto, diversamente do que alega a parte, não inviabiliza o chamamento ao processo na fase executória, pois é consequência lógica da própria desconsideração da personalidade jurídica.

Afinal, se a pessoa jurídica encerra suas atividades de fato ou de direito, sem honrar dívida pendente, presume-se o abuso, seja pelo desvio, seja pela

Acesso ao Sumário

confusão patrimonial. Assim, autoriza-se a desconsideração da personalidade e o chamamento de seus sócios ou administradores, cujos bens passam a responder (art. 596 do CPC).

No mesmo sentido:

"A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica dispensa a propositura de ação autônoma para tal. Verificados os pressupostos de sua incidência, poderá o Juiz, incidentemente no próprio processo de execução (singular ou coletiva), levantar o véu da personalidade jurídica para que o ato de expropriação atinja os bens particulares de seus sócios, de forma a impedir a concretização de fraude à lei ou contra terceiros. - O sócio alcançado pela desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresária torna-se parte no processo e assim está legitimado a interpor, perante o Juízo de origem, os recursos tidos por cabíveis, visando a defesa de seus direitos." - (RMS nº 16.274/SP, rel. Min. NANCY ANDRIGHI, 3ª T., j. 19.8.2003, DJ 2.8.2004 p. 359).

Por fim, não vislumbro a presença dos requisitos para a aplicação da sanção por litigância de má-fé, tendo o agravante apenas feito uso do duplo grau de jurisdição, conforme lhe faculta a lei.

Ante o exposto, nega-se provimento ao agravo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2125371-52.2014.8.26.0000, da Comarca de Guarulhos, em que são agravantes EDUARDO MANOEL DO NASCIMENTO BOLSA (INVENTARIANTE), ELISA DO NASCIMENTO BOLSA, ADRIANO APARECIDO DO NASCIMENTO BOLSA, JORGE TADEU DO NASCIMENTO BOLSA, ANTONIO BOLSA DO NASCIMENTO (ESPÓLIO) e MANOEL DO NASCIMENTO BOLSA (ESPÓLIO), são agravados ANTONIO BOLSA DO NASCIMENTO FILHO, JORGE BOLSA DO NASCIMENTO e JOSÉ DO NASCIMENTO BOLSA.

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 10.700)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARALDO TELLES (Presidente sem voto), CARLOS ALBERTO GARBI e

Acesso ao Sumário

JOÃO CARLOS SALETTI.

São Paulo, 24 de março de 2015.

CESAR CIAMPOLINI, Relator

Ementa: Inventário conjunto. Art. 1.044 do CPC. Falecendo herdeiro no curso do inventário e sendo os mesmos os bens a inventariar, a economia processual recomenda que o inventário se faça conjuntamente. Doutrina de HAMILTON DE MORAES E BARROS. A herança, que era de se partilhar por cabeça, com a morte do herdeiro, passa a sê-lo por estirpe. Situação que se dá no caso dos autos, em que falecido um dos herdeiros, seus filhos, netos do primeiro *de cujus*, passam a integrar a relação processual, para divisão dos mesmos bens. Decisão reformada. Agravo de instrumento a que se dá provimento.

VOTO

RELATÓRIO.

Trata-se de recurso de agravo que assim sumariei quando, por primeiro, despachei no instrumento respectivo:

"Os agravantes relatam que requereram a abertura do arrolamento conjunto dos bens deixados por seu avô, Antonio Bolsa do Nascimento, e seu pai, Manoel do Nascimento Bolsa. De fato, falecendo este, verificaram que os bens a inventariar são os mesmos. Ocorre que o MM. Juiz ***a quo***, que a princípio havia admitido a tramitação conjunta, posteriormente, diante da vinda de impugnação de herdeiros citados, reconsiderou tal deliberação, assim determinando:

'Vistos.

Tendo em vista que os herdeiros não são os mesmos, não poderão ser as duas heranças cumulativamente inventariadas e partilhadas neste processo e, mesmo que assim não fosse, o segundo inventário obrigatoriamente teria que ser distribuído por dependência, processando-se em apenso ao primeiro (artigo 1.043, § 2º, do CPC), evitando-se assim o tumulto processual aqui instalado.

Dessa forma, em homenagem ao princípio da celeridade processual, reapresente o requerente as primeiras declarações e novo plano de partilha.

Intime-se.' **(fl. 13)**.

É contra essa r. decisão que se interpõe o presente agravo de instrumento

Acesso ao Sumário

(fls. 1/12), com invocação do art. 1.044 do CPC, ***verbis***:

'**Art. 1.044.** Ocorrendo a morte de algum herdeiro na pendência do inventário em que foi admitido e não possuindo outros bens além do seu quinhão na herança, poderá este ser partilhado juntamente com os bens do monte.'

Invocam os agravantes precedentes deste Tribunal e do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que abonariam sua opção pelo inventário conjunto, e, lembrando a cada momento do arrazoado os princípios da economia e celeridade processuais, pedem a reforma da r. decisão.

É o relatório.

Não formulado pedido de liminar, à contraminuta." **(fls. 35/37)**.

Resposta a fls. 40/52, acompanhada por documentos (fls. 53/77).

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO.

De se reformar a r. decisão agravada, ***data venia***.

Dispõe o art. 1.044 do CPC:

"**Art. 1.044.** Ocorrendo a morte de algum herdeiro na pendência do inventário em que foi admitido e não possuindo outros bens além de seu quinhão na herança, poderá este ser partilhado juntamente com os bens do monte."

Explica HAMILTON DE MORAES E BARROS a ***ratio*** da norma:

"Torna expressa o Código a possibilidade de partilhas consequentes e sucessivas, o que é de louvar-se, pois que atende à economia processual, ao ideal de rapidez e de barateamento dos feitos.

Como se sabe, pode uma herança dividir-se por cabeças ou por estirpes, ou pelos dois modos conjuntamente. O que ocorre, na hipótese figurada neste artigo, é a transformação de uma sucessão por cabeça uma sucessão por estirpe.

ANTÔNIO, que era sucessor, tendo morrido no curso do inventário, vai ter seu quinhão dividido por seus herdeiros.

A permissão do Código não somente está em harmonia com problema da representação, como dá vida ao princípio de que a relação processual é dinâmica. Acolhe, aqui, o fato novo - a morte do herdeiro - e dá a ele solução apropriada.

A restrição do Código, de não ter outros bens o herdeiro que falece, é legítima.

Do contrário, teríamos novo inventário dentro de outro inventário, o anterior, o que levaria ao tumulto processual.

Ressalte-se que não se trata de norma procedimental imperativa, mas

Acesso ao Sumário

de mera faculdade. Tendo o herdeiro falecido outros bens, é de rigor a abertura do seu inventário, onde se descreverá também a herança a cujo recebimento já se habilitou e onde irão ter os seus sucessores." (Comentários ao CPC, IX vol., 1a ed., pág. 284).

"Na pendência do inventário", expressão empregada pela lei, ao contrário do pretendido pelos agravados, há de ser entendida como aberta a sucessão, vale dizer, falecimento do herdeiro após a morte daquele de quem herdava.

A outra condição, para que se aplique a norma de nítida inspiração na economia processual, é serem os mesmos os bens.

Não se cogita na lei, nem em sua letra, nem em seu espírito, serem os mesmos os herdeiros. Com explica o saudoso doutrinador antes citado, pelo contrário: cuida-se, no art. 1.044, de uma herança, que era de se partilhar por cabeça, passar a sê-lo por estirpe, o que é, exatamente, o caso dos autos, em que falecido um dos herdeiros, seus filhos, netos do primeiro ***de cujus***, passarão a integrar a relação processual, para divisão dos mesmos bens.

Certo que em determinados casos afasta-se a incidência da norma. Esta, como o mesmo HAMILTON DE MORAES E BARROS doutrina, não é cogente, mas facultativa.

Assim se deu, por exemplo, em precedente anotado por COSTA MACHADO, coligido pelo Boletim AASP 2.243/486, de pretensão de cumulação de sete partilhas; em que pese a identidade de bens, enorme seria, presumivelmente, o tumulto processual decorrente da aplicação do art. 1.044; daí ter-se rejeitado a cumulação, mandando-se que se fizessem vários inventários (CPC, 5ª ed., pág. 1.660). Não é, porém, o que se dá nos autos, onde serão somente dois os acervos patrimoniais, compostos pelos mesmos bens, a inventariar e partilhar.

Nessa linha, de resto, os precedentes jurisprudenciais arrolados na minuta recursal, de que, aliás, não discrepam os que vêm na contraminuta. De fato, estes últimos (fls. 47/49) enfatizam, invariavelmente, tão só, a condição legal de serem os mesmos os bens: *"desde que o falecido não possua outros bens"*, escreveu a ilustre jurista MARIA BERENICE DIAS, quando Desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, citada à fl. 49.

Finalizando, para que não venham a ser opostos embargos declaratórios voltados ao prequestionamento, tenho por expressamente ventilados, neste grau de jurisdição, todos os dispositivos constitucionais e legais citados em sede recursal. Vale lembrar que a função do juiz é decidir a lide e apontar, direta e objetivamente, os fundamentos que, para julgar, lhe pareceram suficientes. Não é necessário que aprecie todos os argumentos deduzidos pelas partes, um a um, como que respondendo a um questionário (STF, RT 703/226; STJ-Corte Especial, RSTJ 157/27 e ainda ED no REsp nº 161.419). Sobre o tema, confiram-

Acesso ao Sumário

se ainda: EDcl no REsp nº 497.941, FRANCIULLI NETTO; EDcl no AgRg no Ag nº 522.074, DENISE ARRUDA.

DISPOSITIVO.

Dou provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2227970-69.2014.8.26.0000, da Comarca de Itaí, em que são agravantes ENIO DONADIO ALBINO (ESPÓLIO), MARCIA APARECIDA PEREIRA ALBINO (INVENTARIANTE) e BRUNA DORSA ALBINO, é agravado CIRO DONADIO ALBINO.

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 12459)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GALDINO TOLEDO JÚNIOR (Presidente sem voto), THEODURETO CAMARGO e LUCILA TOLEDO.

São Paulo, 13 de abril de 2015.

ALEXANDRE LAZZARINI, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADITAMENTO DA INICIAL. DISCORDÂNCIA DO RÉU. ESTABILIZAÇÃO OBJETIVA DA DEMANDA. RECURSO IMPROVIDO.

1. Decisão que, nos autos da "ação declaratória de nulidade de negócio jurídico c/c cancelamento de registro público" movida pela ora agravante, indeferiu o pedido de aditamento da inicial, em razão da discordância expressa do réu, o qual já havia apresentado contestação.

2. A estabilização da demanda encontra seu fundamento na segurança jurídica oferecida nas exatas fronteiras determinadas na petição inicial. Partes, pedido e causa de pedir restam definidos para que a adequada tutela jurisdicional possa ser

Acesso ao Sumário

realizada naquele âmbito.

3. Feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se inclusive, as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei. Art. 264 do CPC.

4. Aditamento que, ademais, visa alterar a causa de pedir. Decisão mantida.

5. Agravo de instrumento improvido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão copiada às fls. 25, que, nos autos da "ação declaratória de nulidade de negócio jurídico c/c cancelamento de registro público" movida pela ora agravante, indeferiu o pedido de aditamento da inicial, em razão da discordância expressa do réu, o qual já havia apresentado contestação.

Alega a agravante, em síntese, que o pedido de aditamento foi feito porque ainda não constava do extrato de movimentação processual, disponibilizado no *site* deste TJSP, a informação quanto à apresentação de defesa. Ressalta, ainda, que o pedido de aditamento foi juntado antes da contestação, com data retroativa, devendo ser admitido à luz da efetividade e instrumentalidade do processo, sobrepondo-se ao princípio da congruência.

Recurso processado, sem a concessão de efeito suspensivo (fls. 64).

Contraminuta apresentada às fls. 66/72.

É o relatório.

I) Depreende-se dos autos que a "ação declaratória de nulidade de negócio jurídico c/c cancelamento de registro público" foi ajuizada por Bruna Dorsa Albino, ora agravante, em face de Ciro Donadio Albino, objetivando a declaração de nulidade de "negócio simulado de compra e venda do referido imóvel, determinando o cancelamento do registro imobiliário realizados pelo Registro de Imóveis de Avaré, seguindo o que estabelecem os artigos 250, I c/c 248 e 249 da Lei 6015/73, bem como do reconhecimento do verdadeiro proprietário Enio Donadio Albino" (cópia da inicial às fls. 17/24).

Citado o réu (juntada do AR positivo em 18.09.2014 - fls. 32) e protocolada a sua contestação em 15.08.2014 (cópia às fls. 33/54), sobreveio, em 21.08.2014, pedido de aditamento da inicial pela autora (cópia às fls. 27/29), "para o fim de acrescentar e esclarecer fatos, fundamentos jurídicos e ao pedido" (*sic*).

Instado o réu à manifestação, este expressamente discordou do pedido formulado pela autora, sustentando, em síntese: a) que o pedido seria extemporâneo, pois a autora já teriam tido anterior oportunidade de emendar a

Acesso ao Sumário

inicial e não o fez; b) e que ele já havia sido citado e apresentado contestação.

II) Ora, com efeito, o artigo 264, *caput*, do Código de Processo Civil, dispõe que *"feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei"*.

A respeito da regra processual acima reproduzida, ensina Humberto Theodoro Junior:

> "Da citação decorre, portanto, a estabilização do processo graças à litispendência (art. 219): a lide exposta pelo autor, na inicial, passa a ser o objeto do processo; e ocorre fixação tanto de seus elementos objetivos como subjetivos.
>
> Em consequência, desde então, **não mais se permite**:
>
> **a modificação do *pedido* ou da *causa de pedir*, salvo acordo com o réu**;
>
> nem a alteração das partes litigantes, salvo as substituições permitidas por lei;
>
> o juízo, também, não será alterado, pois se vincula pela propositura da ação (art. 87)" (**Curso de Direito Processual Civil**, Vol. I, 51ª ed., Editora Forense, 2010, p. 309) - destacou-se

Decerto que a citação válida, além de chamar a juízo o réu ou interessado a fim de que promova sua defesa, fixa os limites subjetivos e objetivos da demanda. Partes, pedido e causa de pedir restam definidos para que a adequada tutela jurisdicional possa ser realizada naquele âmbito.

Vale dizer que a estabilização da demanda encontra seu fundamento na segurança jurídica oferecida nas exatas fronteiras determinadas naquele processo.

A respeito, necessário mencionar:

> "Por estabilização do processo entende-se a impossibilidade de alteração das partes (estabilização subjetiva) ou da causa de pedir e pedido (estabilização objetiva).
>
> Portanto, **até a realização da citação**, ainda que já formado o processo, pode o autor realizar alterações em sua inicial, em relação a qualquer dos elementos da ação - partes, causa de pedir e pedido. Ou seja, ainda não há qualquer estabilização da demanda.(...)" (ASSIS, Carlos Augusto de, CARACIOLA, Andrea Boari, e DELLORE, Luiz. Coordenação: Milton Paulo de Carvalho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 326/327 - destaquei)

Sendo que, **após a citação**, apenas poderá ocorrer a alteração da causa de pedir ou do pedido com o consentimento do réu, o que não ocorreu no caso em tela, frise-se. Ademais, como bem salientou o Juízo de origem na decisão reproduzida às fls. 26, pretendeu a autora, no aditamento, a alteração da causa de pedir, não se tratando de mera correção de equívocos ou esclarecimento de

Acesso ao Sumário

dúvidas.

III) Portanto, de rigor a manutenção da r. decisão agravada.

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

V) Isto posto, **nega-se provimento ao recurso.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2053739-29.2015.8.26.0000, da Comarca de Limeira, em que são agravantes NAIR CASTRO CAMARGO (INVENTARIANTE), JOSUÉ CAMARGO, ESTER RAQUEL CAMARGO DOS SANTOS, SARA CAMARGO DE SOUZA e JAIR CAMARGO (ESPÓLIO), é agravado O JUÍZO.

ACORDAM, em 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31856)**

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

São Paulo, 28 de abril de 2015.

RUI CASCALDI, Relator

Ementa: Inventário - Renúncia à meação pela viúva meeira - Exigência de escritura pública e nova partilha - Inconformismo - Ato solene que, para todos os efeitos representa transmissão de bem imóvel por força de lei - Possibilidade de ser tomada por termo nos autos - Decisão reformada - Agravo provido.

VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento tirado de decisão (fls. 57/58) que, em Ação de Inventário, indeferiu a cessão gratuita de meação da viúva em favor dos herdeiros do falecido nos próprios autos de inventário determinando a formalização extrajudicial nos termos da legislação em vigor bem como para que seja apresentado novo plano de partilha, no prazo de 10 dias.

Sustenta a agravante, em sua irresignação, a possibilidade de renúncia à meação que tanto pode ser formalizada por termos nos autos quanto por escritura pública. Postula pelo deferimento da renúncia à meação formulada em prol dos herdeiros através de termo nos autos.

Deferido o efeito suspensivo, o recurso foi regularmente processado.

É o relatório.

Os inconformismos dos agravantes merecem prosperar.

Acontece que, ainda que se trate de bem imóvel, por força de lei, repita-se, cuidando-se de renúncia formulada durante o trâmite do inventário, é possível sua formulação por termo nos autos, dispensando a solenidade da escritura pública.

Há que se ter em conta que o processo é publico e o termo de renúncia, tomado nos autos, atende à solenidade de transmissão de bens.

Ademais, não implicando em desobrigação tributária e havendo concordância entre todos os envolvidos, inventariante, herdeiros e renunciante, não há porque exigir a formalidade da escritura pública, que traduz o mesmo ato, apenas com a diferença de ser realizada e formalizada perante o tabelião.

Como lecionam Euclides de Oliveira e Sebastião Amorim, *"trata-se, em verdade, de cessão de direitos à meação, muito semelhante à renúncia translativa, de que se cuidou no item precedente. Faz-se por escritura pública, mas também se admite sua formalização por termo judicial, nos autos do inventário, por analogia com a renúncia da herança"* (*Inventários e Partilhas*, 23ª ed. Revista e atualizada, Leud, São Paulo, 2013).

Esclarecedores sobre o tema são os parágrafos do acórdão relatado pelo e. Des. José Roberto Bedran no AI nº 376.917-4/8, julgado pela 2ª Câmara de Direito Privado em 21/12/2004:

> *"É tranqüilo o entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de que tais negócios jurídicos, constituindo forma de renúncia translativa da herança, podem ser feitos mediante termo, na presença do juiz, nos próprios autos do inventário ou arrolamento, independentemente de lavratura de escritura pública. É o que já o permitia o art. 1.581, 'caput', 2ª alínea, do C.Civil de 1916 e agora o possibilita a norma do art. 1.806 do novo C.Civil, aplicáveis a essa forma de renúncia imprópria, com as mesmas conseqüências e razão normativa das regras que impõem a escritura pública para as transferências de imóveis. A segurança, autenticidade, fé pública e solene documentação de tais atos, por realizados 'coram iudice' e com todos os rigores formais próprios do processo judicial, acham-se igualmente observadas e garantidas".*

No mesmo sentido recente julgado deste Tribunal de Justiça:

Acesso ao Sumário

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. Cessão de direitos hereditários homologada por sentença. Posterior exigência de que o ato seja formalizado em escritura pública. Ato translativo que pode ser tomado por termo nos autos. Inteligência do art. 1.806 do Código Civil. Precedentes. Recurso Provido". (AI nº 2177432-84.2014.8.26.0000, 4ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Milton Carvalho, j. 30/10/2014).

Acolho o inconformismo, para reformar a r. decisão recorrida e possibilitar que a renúncia se faça por termo nos autos.

Diante do exposto, **DÁ-SE PROVIMENTO** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0106201-65.2013.8.26.0000, da Comarca de Americana, em que é agravante VERALDO ANTONIO SESTARI, é agravado JOEL BERTIE E CIA. LTDA. (MASSA FALIDA).

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 23.975)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARALDO TELLES (Presidente) e ELCIO TRUJILLO.

São Paulo, 17 de março de 2015.

JOÃO CARLOS SALETTI, Relator

Ementa: ARREMATAÇÃO - Falência - Lavratura do auto - Instrumento de cessão de direitos mediante a qual parte do valor da arrematação ficaria a cargo do cedente e a outra, da cessionária - Concordância da massa falida e da síndica - Homologação - Auto de arrematação expedido, condicionada a expedição da carta ao pagamento da última parcela do valor integral do preço - Falta de pagamento de valores pelo arrematante-cedente - Desfazimento da arrematação e devolução dos valores pagos - Admissibilidade - Exegese do artigo 694, §1º, II, do Código de Processo Civil - Decisão que assim decide, mantida.

ARREMATAÇÃO - Pedido de substituição do

arrematante pela cessionária - Cessionária que já havia pago a sua cota parte da arrematação - Depósito do valor integral da arrematação - Autorização da lavratura do auto em seu nome, nos termos do artigo 690, § 3º, do Código de Processo Civil - Possibilidade - Inocorrência de vício do procedimento - Decisão agravada, mantida. Agravo não provido.

VOTO

Em autos de falência, o Juízo, entre outras disposições, deu "… por prejudicada a proposta do arrematante Veraldo Antonio Sestari (fls. 2829/2833), determinando o desfazimento da arrematação pelo não pagamento integral do preço (auto de fls. 2933)", revogando a homologação de fls. 2968 (fls. 146/ 147).

Insurgiu-se o arrematante (fls. 2/23), sustentando: **a)** arrematou os imóveis em hasta pública e cedeu parte de seu direito à empresa Gardênia, firmando instrumento particular; **b)** a referida cessão previa a realização de parte dos pagamentos pelo cedente e parte pela cessionária Gardênia; **c)** no curso do cumprimento de tais pagamentos, deixou de efetuar no prazo constante da proposta aceita pelo Juízo, parte do valor a que lhe incumbia; **d)** a cessionária efetuou os pagamentos que seriam de sua responsabilidade e, em seguida, requereu o direito sobre a integralidade dos bens objetos da arrematação, bem como a substituição do arrematante; **e)** o Juízo determinou à cessionária que comprovasse o pagamento integral do imóvel e que apresentasse a concordância formal do arrematante quanto à substituição, bem como o destino e eventual compensação dos depósitos por ele já efetuados; **f)** a cessionária depositou em Juízo as parcelas em atraso, depositando inclusive o valor pago pelo cedente, deduzindo a multa contratual constante na cessão, tendo o Juízo, então, determinado o desfazimento da arrematação, a revogação da homologação do auto, a devolução dos valores pagos pelo cedente e a expedição de outro auto de arrematação em favor da cessionária, em desrespeito ao regular procedimento legal; **g)** a proposta não pode ser estendida a terceira pessoa, que apenas adquiriu parte do objeto da arrematação; **h)** a proposta e o auto de arrematação constituem ato jurídico perfeito e acabado e não podem ser cancelados (artigos 104 do Código Civil e 694 e 695 do Código de Processo Civil); **i)** o instrumento de cessão opera direitos somente entre as partes lá existentes, tanto que estipulada somente uma multa para eventual descumprimento de obrigação quanto aos pagamentos, inexistindo, ademais, qualquer estipulação de sub-rogação e ou substituição dos direitos de uma parte sobre a outra; **j)** cancelados os atos processuais, o Juízo deveria ter aberto nova oportunidade de proposta a quaisquer interessados, ou determinado a expedição da carta de arrematação em favor de quem efetivamente arrematou o imóvel, deixando a discussão particular entre cedente e cessionário

Acesso ao Sumário

para ação própria, sem intervenção do Juízo falimentar e **k)** eventual rescisão contratual ou distrato exige prévia notificação de uma parte a outra, uma vez que não consta no instrumento de cessão cláusula resolutória expressa (artigos 472, 473 e 474 do Código Civil). Por fim, requereu fosse atribuído efeito suspensivo ao recurso e, ao final, o seu provimento, para reformar a r. decisão agravada, expedida a carta de arrematação em seu favor.

A liminar recursal foi indeferida (fls. 155) e o agravante opôs embargos de declaração (fls. 167/172), que foram rejeitados (fls. 200/201).

A empresa Gardênia Participações e Empreendimentos Imobiliários Ltda. manifestou-se pelo não conhecimento do recurso ou, "se conhecido seja julgado improcedente" (fls. 174/185).

A agravada respondeu (fls. 187/198) e a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (fls. 204/205).

Durante o trâmite destes autos, com o fito de obter o efeito suspensivo a este recurso, a agravante interpôs medida cautelar incidental (processo nº 2031378-52.2014.8.26.0000), tendo sido indeferida a petição inicial e julgado extinto o processo, com fundamento nos artigos 295, III, e 267, I e VI, do Código de Processo Civil (cópia da decisão monocrática juntada às fls. 207/211).

É o relatório.

1. Primeiramente, determino que se retifique a autuação e registros para constar o nome de Gardênia Participações e Empreendimentos Imobiliários Ltda. como parte interessada.

2. O recurso não merece atendimento.

Cinge-se a controvérsia em saber se depois de realizada proposta para aquisição de bens de massa falida e lavrado e homologado o auto de arrematação, condicionada a expedição da carta ao pagamento integral do preço, pode, ou não, o Juízo falimentar determinar o desfazimento dessa arrematação, bem como a expedição de novo auto em nome de pessoa que requereu a substituição do arrematante.

Acesso ao Sumário

De acordo com os documentos juntados nos autos, o agravante Veraldo, após a lavratura do auto de arrematação de imóveis pertencentes à empresa falida Joel Bertiê & Cia Ltda. a cedeu parte desses bens a Gardênia Participações e Empreendimentos Imobiliários Ltda., mediante "Instrumento Particular de Cessão de Direitos Reais e Outras Avenças", sendo certo que o pagamento de parte do valor da arrematação ficaria a cargo do cedente e a outra parte, da cessionária (fls. 35/40).

Seguiu-se a homologação do auto de arrematação (fls. 33), tendo o Juízo consignado que a carta de arrematação somente seria expedida após o pagamento da última parcela do valor integral acordado (fls. 24/25 e 32).

Ocorre que, como incontroverso, o agravante deixou de pagar determinados valores relativos à sua cota parte da arrematação. Agravante e cessionária foram notificados pela falida, a respeito.

A cessionária manifestou interesse na aquisição integral dos imóveis, assumindo o pagamento de todo o preço da arrematação. Pediu para substituir o arrematante, o que foi deferido pelo Juízo (fls. 50). Posteriormente, essa substituição foi suspensa para a comprovação do pagamento integral da arrematação ou apresentação da "concordância formal pelo arrematante Veraldo Antonio Sestari (auto de fls. 2933) quanto à substituição integral da área, inclusive, quanto ao destino e eventual compensação dos depósitos já efetuados pelo arrematante" (fls. 54).

Os valores em atraso e os já pagos pelo agravante foram depositados pela cessionária.

Assim, diante do pagamento da integralidade do preço da arrematação, o Juízo, então, deu por prejudicada a proposta do arrematante Veraldo, ora agravante, determinando o desfazimento da arrematação e a devolução dos valores por ele pagos, bem como autorizada a lavratura do auto em nome da cessionária, nos termos do artigo 690, § 3º, do Código de Processo Civil.

Daí o presente recurso.

3. Reclama o agravante de que a proposta e o auto de arrematação não poderiam ter sido cancelados, por constituírem ato jurídico perfeito e acabado, e que a carta de arrematação somente poderia ser expedida em seu nome, quem efetivamente arrematou os bens.

Mas sem razão.

Segundo a letra do artigo 694, do Código de Processo Civil,

> "Assinado o auto pelo juiz, pelo arrematante e pelo serventuário da justiça ou leiloeiro, a arrematação considerar-se-á perfeita, acabada e irretratável, ainda que venham a ser julgados procedentes os embargos do executado.
>
> § 1º A arrematação poderá, no entanto, ser tornada sem efeito:
>
> '(...)
>
> II - se não for pago o preço ou se não for prestada a caução;
>
> (...)'"

A hipótese dos autos se encaixa na exceção prevista no inciso II do § 1º do dispositivo. O desfazimento da arrematação é admissível, ainda já assinado o auto, desde que antes de expedida a carta de arrematação. Aqui não ocorreu a expedição e entrega da carta ao arrematante. Muito menos seu registro no Registro de Imóveis, de modo que não aperfeiçoada a arrematação.

Quanto ao direito da cessionária de substituir o arrematante, condicionada

Acesso ao Sumário

a substituição ao pagamento integral do preço, o que de fato sucedeu, não houve vício no procedimento.

O Juízo levou em consideração o interesse da massa e de seus credores. O cancelamento dos atos processuais com a abertura de nova oportunidade de proposta somente causaria prejuízo à falida e credores.

Além disso, o instrumento de cessão entabulado entre o agravante e a cessionária, que contou com a concordância da massa e da síndica, legitima a substituição deferida pelo Juízo.

A cessionária, ao contrário do agravante, não estava em mora, pois o pagamento de sua cota parte dos valores da arrematação, a que se comprometeu perante a massa falida, foi honrado e estava em dia.

Nesse sentido a manifestação do douto Procurador de Justiça:

> "... o próprio agravante não nega em suas razões recursais (muito menos prova o contrário) que havia mora de sua parte no pagamento das parcelas por ele mesmo proposta e aceita pelos credores e homologada pelo Juízo.
>
> Tal circunstância evidentemente torna a arrematação ineficaz (art. 694, § 1º, inciso II, do CPC) e daí correta a r. decisão atacada.
>
> Irrelevante para efeitos de eficácia da arrematação, ainda que com o conhecimento do Juízo falimentar, a existência de contrato entre o agravante e terceiro cujo objeto é a posse e o uso do imóvel em questão, pois o compromisso assumido judicialmente pela agravante não se transfere a terceiros".

Correta, portanto, a decisão que determinou a lavratura do novo auto de arrematação em nome da cessionária. O resolvido não adentra as demais relações entre cedente e cessionária, ou envolvente de terceiros, emergentes ou não do contrato de cessão, porquanto limitado à cessão dos direitos relativos à arrematação, cessão essa homologada pelo Juízo.

4. Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

É meu voto.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2025884-75.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante SUL AMÉRICA COMPANHIA DE SEGURO SAÚDE, é agravado ALMERIO ANTUNES DE ANDRADE JUNIOR.

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 em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21496)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES (Presidente), NEVES AMORIM e JOSÉ JOAQUIM DOS SANTOS.

São Paulo, 12 de maio de 2015.

JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - PLANO DE SAÚDE - Negativa da agravante em fornecer o medicamento PEMBROLIZUMAB ao agravado - Inadmissibilidade - Substância que faz parte do tratamento quimioterápico, auxiliando no controle da neoplasia - Escolha do tratamento que cabe ao médico assistente e não à seguradora - Exclusão de cobertura do fornecimento de medicamentos que não se aplica a procedimentos acolhidos pelo plano - Inteligência da Súmula nº 95 deste E. TJSP - Insurgência contra o valor exorbitante da multa e o prazo exíguo para o cumprimento da r. decisão agravada - Valor da multa arbitrado dentro dos parâmetros da razoabilidade e proporcionalidade, suficiente para compelir a agravante ao cumprimento da tutela concedida - Prazo exíguo conferido para o cumprimento da liminar que deve ser majorado - Caução pretendida pela agravante, ademais, que consiste em faculdade do juízo, nos termos do artigo 461 do CPC - Recurso provido em parte.

VOTO

RELATÓRIO.

1. Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão digitalizada às fls. 111/113, que, nos autos da ação de obrigação de fazer, deferiu pedido de antecipação de tutela para compelir a agravante a fornecer o medicamento PEMBROLIZUMAB (Keytryda), bem como qualquer outro que venha a ser indicado pelo médico, ainda que não registrado na ANVISA ou adquirido mediante importação, segundo dosagem, periodicidade e duração fixada pelo mesmo profissional, por via endovenosa, arterial ou oral, em regime de internação hospitalar, ambulatorial ou domiciliar, no prazo de 24 horas, sob

Acesso ao Sumário

pena de multa diária no valor de cinco mil reais, limitada a trezentos mil reais.

2. Irresignada, insurge-se a agravante, alegando, em síntese, que não há cobertura contratual para o tratamento prescrito ao agravado.

3. Insurge-se, ainda, contra o prazo exíguo fixado para o cumprimento da obrigação, bem como, contra o valor da multa diária arbitrada em caso de descumprimento do preceito jurisdicional, valor este que se mostra exorbitante diante do quadro fático apresentado.

4. Requer, em decorrência, a concessão do efeito suspensivo ao presente recurso e, ao final, requer seja dado total provimento ao presente recurso, com a reforma da r. decisão agravada, ou seja determinada a prestação de caução pelo agravado.

5. Recebi o agravo na forma de instrumento e concedi em parte o efeito suspensivo pretendido pela agravante.

6. Contraminuta apresentada às fls. 132/157.

FUNDAMENTOS.

7. O presente recurso merece parcial provimento.

8. Não obstante faltem-me conhecimentos técnicos na área médica, não me parece que o tratamento prescrito ao agravado subsuma-se à hipótese de negativa de cobertura por parte da agravante.

9. O que me cumpre analisar, por ora, é a indicação do tratamento para o caso do agravado. E isso está suficientemente demonstrado nos autos, conforme relatório médico juntado ao presente instrumento (fls. 86) não podendo a seguradora escolher o melhor tratamento, pois, sendo ele julgado necessário pelo médico, deve ser coberto, independente de estar previsto ou não no contrato.

10. Além disso, a medicação PEMBROLIZUMAB, prescrita ao agravado, é parte essencial do tratamento quimioterápico a que foi submetido, sendo utilizada para inibir o crescimento e disseminação das células cancerosas.

11. Entendo que a exclusão de cobertura para o fornecimento de medicamentos quimioterápicos prescritos, para não ser taxada de abusiva, deve ser interpretada como inaplicável àquelas situações em que a droga indicada seja, em si, um tratamento coberto, como é o caso dos autos.

12. Nesse sentido, *"o direito subjetivo assegurado em contrato não pode ser exercido de forma a subtrair do negócio sua finalidade precípua"* (STJ - Resp n° 735.168-RJ - DJU 26.03.2008), isto é, as restrições em seguros de saúde não podem inviabilizar ou tornar inócuo o atendimento básico que se contrata, privando a avença da sua eficácia primordial, que é assegurar a continuidade da vida e da saúde.

13. Ademais, é pacífico nesta E. Corte a obrigatoriedade de fornecimento de medicamento quimioterápico, com a edição da Súmula nº 95 do TJSP, que

Acesso ao Sumário

diz que ***"Havendo expressa indicação médica, não prevalece a negativa de cobertura do custeio ou fornecimento de medicamentos associados a tratamento quimioterápico".***

14. Observo, entretanto, que a cominação de multa pelo descumprimento da r. decisão agravada, visa tão somente dar efetividade à tutela antecipada concedida à agravada, para compelir a agravante ao custeio do medicamento necessitado pelo agravado.

15. Com efeito, entendo que o valor da *astreinte* deve ser fixado em montante suficiente para coagir o devedor ao cumprimento da obrigação, entretanto, compartilho com o entendimento de que o valor da multa cominatória deve ser arbitrado dentro dos parâmetros da razoabilidade e proporcionalidade, de forma a evitar-se o enriquecimento sem causa.

16. Nesse sentido: *"Embora a astreinte deva ser expressiva, a ponto de coagir o devedor a cumprir o preceito, não pode configurar-se como ônus excessivo, sob pena de se estar olvidando, com isso, as noções de equidade que devem pautar as decisões judiciais. (JTJ 260/321). No mesmo sentido RJTJERGS 259/128 (AI 70016391815)"* (cf. Theotonio Negrão e José Roberto F. Gouvêa *in* "Código de Processo Civil e legislação processual em vigor", Saraiva, 39ª ed., nota 7c ao art. 461 do Código de Processo Civil)

17. Sopesando-se estes fatos, entendo que o valor da multa estabelecida encontra o ponto de equilíbrio entre a moderação e a vedação ao enriquecimento ilícito da parte adversa, sem perder de vista sua finalidade precípua, que é a de coagir o devedor ao cumprimento da obrigação.

18. Assevero, por derradeiro, que, caso não haja intenção de descumprimento do preceito cominatório, não há razão para pleitear a diminuição do valor arbitrado a título de *astreintes*.

19. Por fim, *mister* a dilatação do prazo conferido para o cumprimento da tutela antecipada para o prazo de 5 dias contados da data do recebimento do ofício para o cumprimento da r. decisão agravada.

20. Por fim, a caução é uma faculdade do juízo e o art. 461 do Código de Processo Civil não a exige para que seja concedida a tutela especifica da obrigação. Nesse sentido, confiram-se os seguintes julgados:

> "ANTECIPAÇÃO DA TUTELA - Plano de saúde - Recusa de cobertura de fornecimento de medicamento, aplicado em ambiente domiciliar, para auxiliar no tratamento quimioterápico de câncer - Concessão - Presença dos requisitos legais - Confirmação, sem necessidade de caução - Recurso não provido" (TJSP - Agravo de Instrumento nº 199.539-4 - 2ª Câmara de Direito Privado - Relator: José Roberto Bedran - 08.05.2001).
>
> "SEGURO SAÚDE - Autorização para cirurgia - Liminar concedida independente da caução - Agravo - Alegação de ausência de cobertura e de necessidade de caução - Recurso não provido." (Agravo de

Acesso ao Sumário

Instrumento n. 131.088-4 - Caraguatatuba - 4ª Câmara de Direito Privado - Relator: Olavo Silveira - 16.03.2000 - V.U.)

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2212296-51.2014.8.26.0000, da Comarca de São José do Rio Preto, em que são agravantes ROMULO QUEIROZ e CLEUZA MARIA DE OLIVEIRA QUEIROZ, são agravados PATRIANI MENDONÇA EMPREENDIMENTOS E CONSTRUÇÃO S/C LTDA., MARCILIO PATRIANI NETO, MARTHA LÚCIA BALDUSSI PATRIANI D'ANDREA, ROMEU PATRIANI JÚNIOR, SANDRA MARIA VALÉRIA PATRIANI e CAROLINA PATRIANI BEOLCHI SARTORI.

ACORDAM, em 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32076)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIZ ANTONIO DE GODOY (Presidente), PAULO EDUARDO RAZUK e RUI CASCALDI.

São Paulo, 17 de março de 2015.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator

Ementa: DECLARATÓRIA DE OBRIGAÇÃO CONTRATUAL C/C INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS - Impugnação ao cumprimento de sentença - Sócias minoritárias da pessoa jurídica excluídas da execução - Não verificado ato abusivo por elas cometido a ensejar sua responsabilização - Desconsideração da personalidade jurídica que não pode ser a elas estendida - Preclusão *pro iudicato* - Inocorrência - Matéria relativa à ilegitimidade passiva não examinada anteriormente - Depósito judicial oriundo de penhora do rosto dos autos de outro feito - Levantamento deferido - Mero erro material quanto ao número do processo indicado -

Acesso ao Sumário

Agravadas cocredoras dos valores constritos - Inviável a apreciação do tema relativo à proporção atribuível a cada uma - Agravo desprovido.

VOTO

Trata-se de agravo tirado dos autos de "ação declaratória de obrigação contratual c/c perdas e danos" (fls. 26), ora em fase de cumprimento de sentença, ajuizada por Rômulo Queiroz e Cleuza Maria de Oliveira Queiroz contra Patriani Mendonça Empreendimentos e Construção S/C Ltda., não se conformando os primeiros com a decisão reproduzida a fls. 68/70 (objeto de embargos de declaração rejeitados na decisão copiada a fls. 71/72), na parte em que o Juiz de Direito excluiu do polo passivo da execução Carolina Patriani Beolchi, Martha Lúcia Baldussi Patriani D'Andrea, Sandra Maria Valéria Patriani, por figurarem como sócias minoritárias, e determinou que fossem por elas levantados igualitariamente três quintos do valor depositado nos autos, originado de crédito penhorado em outro feito que tramita perante a 5ª Vara Cível de São José do Rio Preto. Sustentam ter havido abuso da personalidade jurídica a ensejar a responsabilização dos sócios de Patriani Mendonça Empreendimentos e Construção S/C Ltda.. Afirmam não terem sido infrutíferas as tentativas de localização de bens da empresa passíveis de constrição, tendo sido deferida a desconsideração da personalidade jurídica. Alegam que os artigos 50, do Código Civil, e 596, do Código de Processo Civil, não fariam distinção entre sócios administradores e minoritários, razão pela qual estes também responderiam pelas dívidas da sociedade. Aduzem, ainda, que as agravadas Martha e Sandra não poderiam ser excluídas, em razão de preclusão *pro iudicato*, vez que, em relação a estas, a matéria relativa à ilegitimidade passiva já teria sido examinada. Por fim, afirmam que "as agravadas Martha, Sandra e Carolina Patriani Beolchi não têm qualquer participação no depósito de fls. 1384/1385", vez que "Esse depósito decorre da penhora de fls. 1184 (doc. 10), a qual incidiu sobre os direitos dos agravados Marcílio Patriani Neto e Romeu Patriani Júnior no processo nº 0067753-80.2012.8.26.0576, em trâmite perante a 5ª Vara Cível de São José do Rio Preto" (fls. 22). Houve prequestionamento da matéria suscitada. Foi indeferido o pedido de concessão de efeito suspensivo ao recurso (fls. 364). As agravadas Sandra, Martha e Carolina manifestaram-se pelo desprovimento do recurso (fls. 371/373 e 380/389). Os recorridos Marcílio, Romeu e Patriani Mendonça Empreendimentos e Construção S/C Ltda. não apresentaram resposta (fls. 390).

É o relatório.

A despeito da veemente argumentação dos recorrentes, não se revela possível a manutenção de Martha Lúcia Baldussi Patriani D'Andrea, Sandra

Acesso ao Sumário

Maria Valéria Patriani e Carolina Patriani Beolchi Sartori no polo passivo da execução. Segundo se depreende do contrato social e sua posterior alteração copiados a fls. 285/299, estas figuravam como sócias minoritárias, não investidas de poderes de administração da pessoa jurídica. Assim, não há como presumir terem elas praticado ato abusivo, inexistindo prova de que concorreram para o desvio de finalidade ou confusão patrimonial.

A esse respeito, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que, *"apesar de não existir qualquer restrição no art. 50 do CC/2002, o instituto da desconsideração da personalidade jurídica deve ter aplicação sobre os bens dos administradores ou sócios que efetivamente contribuíram na prática do abuso ou fraude na condução administrativa da sociedade empresarial, devendo, pois, ser afastada a responsabilidade do sócio minoritário que não teve atuação na prática dos referidos atos"*, certo que, *"Por conseguinte, nos termos da Teoria Maior, que é a utilizada pelo Código Civil e se aplica ao presente caso, é pressuposto indispensável a responsabilização de algum sócio pela prática de abuso de direito, consistente em desvio de finalidade social ou confusão social entre os bens da empresa e do sócio. Por isso, é possível limitar a responsabilidade de sócio minoritário, afastado das funções de gerência e administração, que comprovadamente não concorreu para o desvio de finalidade ou confusão patrimonial"*. (AREsp. nº 607.603 – RJ, Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, por decisão monocrática, em 15/12/14, DJe de 18/12/14).

Neste mesmo sentido, vale mencionar o seguinte precedente desta 1ª Câmara de Direito Privado:

> "Cumprimento de sentença. Desconsideração da personalidade jurídica. Extensão da responsabilidade a sócio minoritário, sem poderes de administração, que não consta ter praticado qualquer ato de abuso da personalidade jurídica da empresa. Inviabilidade. Embargos infringentes rejeitados" (Embargos Infringentes nº 9094731-54.2008.8.26.0000/50002, São Paulo, 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, v. un., Rel. Juiz Claudio Godoy, em 22/10/13).

Tampouco se cogita de preclusão *pro iudicato*, porquanto a matéria relativa à ilegitimidade passiva não foi examinada anteriormente. Em verdade, a exceção de pré-executividade não foi conhecida pelo juízo de origem (fls. 308), decisão posteriormente mantida em segundo grau de jurisdição (fls. 335/338).

Por fim, relativamente ao depósito judicial oriundo de penhora no rosto dos autos (fls. 174/175), observa-se haver equívoco somente quanto ao número do processo indicado, tratando-se de mero erro material, passível de correção de ofício. Com efeito, o processo em que se efetivou a penhora é o de nº 0019227-97.2000.8.0576, da 5ª Vara Cível de São José do Rio Preto, sendo as agravadas

Acesso ao Sumário

cocredoras do numerário constrito (fls. 172). Quanto à proporção atribuível a cada uma, é inviável a apreciação do tema, inexistindo elementos suficientes a permitir reconhecer o desacerto da deliberação criticada. Desta sorte, o levantamento na forma autorizada pelo Juiz de Direito afigura-se, em princípio, correto.

Em suma, nada havendo a ser alterado, mantém-se a decisão. Nestas circunstâncias, nega-se provimento ao agravo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2010445-24.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante (...), é agravado (...).

ACORDAM, em 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso da executada e julgaram prejudicado o recurso da exequente. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20701)**

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

São Paulo, 31 de março de 2015.

JOSÉ JOAQUIM DOS SANTOS, Relator

Ementa: AGRAVOS DE INSTRUMENTO. Ação de obrigação de fazer em fase de cumprimento de sentença. Execução de "astreintes". Decisões que receberam a impugnação apresentada e indeferiram a caução oferecida pela executada, deixando de apreciar o pedido de bloqueio de valores via "Bacenjud". Finalidade da execução e ordem de penhora que devem ser compatibilizadas, na medida do possível, com o princípio da menor onerosidade ao devedor (art. 620 do CPC). Seguro garantia judicial (art. 656, § 2º, do CPC) que pode ser aceito para assegurar o juízo, quando da impugnação ao cumprimento da sentença, mesmo quando inexiste penhora nos autos. Medida que atende aos princípios da celeridade e economia processual. Execução que ainda não atingiu

Acesso ao Sumário

seu valor definitivo, dado o descumprimento da obrigação de fazer e a inexistência de data-limite para a imposição da multa. Débito que atinge a quantia de R$ 2.485.340,00. Excessiva onerosidade ao devedor. Simples discordância da exequente quanto à garantia ofertada não é suficiente para afastá-la. Existência de valores em contas bancárias não constituiu óbice para a aceitação do seguro garantia. Precedente do Col. STJ. Decisões reformadas em parte. RECURSO DA EXECUTADA PROVIDO. RECURSO DA EXEQUENTE PREJUDICADO.

VOTO

Tratam-se de recursos de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo interpostos contra rr. decisões copiadas a fls. 496 e 517 (AI nº 2010445-24.2015.8.26.0000) e fl. 544 (AI nº 2012120-22.2015.8.26.0000) que, em ação de obrigação de fazer em fase de cumprimento de sentença, receberam a impugnação apresentada e indeferiram a caução oferecida pela executada (seguro-fiança).

Inconformadas, recorrem a exequente (AI nº 2010445-24.2015.8.26.0000) e a executada (2012120-22.2015.8.26.0000).

Sustenta a exequente, (...), que seu direito executório encontra-se suspenso, sem nenhuma garantia, em razão de o juízo *a quo* ter admitido o processamento da impugnação sem que fosse realizada qualquer penhora nos autos ou oferecida caução válida por parte da executada.

Todavia, entende que tal não deve prosperar, pois a necessidade da penhora é o nascedouro do direito de a executada impugnar o cumprimento de sentença. Assim, somente após a realização de penhora é que poderá a executada oferecer impugnação ao cumprimento de sentença, que será ou não recebida com efeito suspensivo, nos termos do art. 475-M do CPC.

Acesso ao Sumário

Discorre sobre a impossibilidade de apresentação de seguro garantia judicial como bem primário a garantir o juízo. Defende que tal seguro somente é aceito em caso de substituição de bem já penhorado, nos termos do art. 656 do CPC, o que sequer se verifica no caso. Argumenta que o seguro garantia pode ser admitido quando inexistam outros bens penhoráveis ou quando, já efetuada a penhora, esta se torne excessivamente onerosa ao devedor. No caso, informa que não foram oportunizadas a busca nem a indicação de bens pela agravante, além de que existe pedido de bloqueio de valores via *Bacenjud* que sequer foi apreciado. Aduz, ainda, que a executada é empresa de grande porte e notoriamente possui meios econômicos capazes de suportar a penhora em

pecúnia, antes de ofertar a apólice.

Pretende o provimento do recurso, para que a impugnação não seja recebida antes da constrição patrimonial, assegurando-lhe o exercício regular de seu direito executório, deferindo-se, consequentemente, o pedido de penhora *on line* de valores existentes em contas da executada.

Por seu turno, argumenta a executada, (...), que o STJ reconhece a possibilidade da utilização do seguro garantia judicial para assegurar o juízo da execução, ainda que a parte executada tenha dinheiro em conta corrente, em razão do princípio de que a execução deve seguir da forma menos onerosa ao devedor (art. 620 do CPC).

Discorre sobre as características do seguro contratado, enaltecendo as qualidades da empresa seguradora (...), que opera exclusivamente no ramo de Seguro Garantia. Informa que o seguro garantia apresentado equivale ao valor do débito acrescido de 30% (R$ 2.551.990,00), tendo em vista o valor da execução iniciado pela exequente, no valor de R$ 1.963.000,00, nos termos do art. 656, § 2º, do CPC. Explica que, embora o seguro apresentado tenha vigência limitada até 23/02/2016, tal não prejudica sua idoneidade e solidez, uma vez que naturalmente poderá ser renovado, sem qualquer resistência. Alega, também, que o erro de grafia constante na apólice "(...)", ao invés de "(...)" - não é capaz de viciar toda a garantia emitida, tratando-se de mero erro material.

Entende que a discordância do exequente não configura motivo para o indeferimento da garantia oferecida, além de que a ordem de penhora estabelecida no art. 655 do CPC não possui caráter absoluto, nos termos da Súmula 417 do STJ.

Questiona qual seria o benefício em primeiro bloquear um valor nas contas bancárias para, só então, autorizar a substituição pelo seguro garantia. Alega que o seguro garantia é a melhor opção para ambas as partes e que o STJ já se posicionou no sentido de que o bloqueio de valor superior a um milhão de reais gera prejuízo a qualquer empresa que atue em ambiente competitivo.

Postula o provimento de seu recurso, para que seja autorizada a garantia do juízo mediante o seguro garantia contratado.

Concedido o efeito suspensivo a ambos os recursos, as contraminutas foram apresentadas nos autos.

É o relatório.

Por primeiro, esclareça-se que ambos os recursos são julgados conjuntamente, considerando-se que as partes agravam das mesmas decisões, insurgindo-se contra pontos que estão intimamente ligados.

Isto considerado, respeitado o entendimento da i. magistrada, as rr. decisões comportam reparos.

Acesso ao Sumário

Com efeito, conforme já adiantado em decisão inaugural proferida nos autos do A.I. nº 2012120-22.2015.8.26.0000, é *"prematura a impugnação enquanto não decida a questão referente a segurança do juízo"*. Desta forma, tendo a i. magistrada rejeitado o seguro garantia ofertado pela executada, de fato deveria, em ato contínuo, ter apreciado e possivelmente deferido o pleito de penhora formulado pela exequente, a fim de assegurar o juízo da execução e permitir o processamento da impugnação.

Todavia, tal pedido resta, por ora, prejudicado, uma vez que se dá provimento ao agravo de instrumento interposto pela executada.

Afinal, muito embora os arts. 612 e 655 do CPC estabeleçam que a execução deva ser realizada no interesse do credor, de modo que a penhora recaia, preferencialmente, sobre dinheiro, *in casu* verificam-se a necessidade e a possibilidade de compatibilização de tais dispositivos com o princípio de que a mesma execução seja realizada pelo modo menos gravoso ao devedor (art. 620 do CPC).

Neste passo, não existem óbices para que seja aceito o seguro garantia ofertado pela executada (fls. 304/312 do A.I. nº 2010445-24.2015.8.26.0000 e fls. 328 do A.I. nº 2012120-22.2015.8.26.0000), em razão de sua expressa previsão legal (art. 656, § 2º, do CPC).

Ora, de fato, se o próprio ordenamento jurídico permite a substituição da penhora realizada nos autos pelo seguro garantia judicial, com mais razão há de se permitir o seu oferecimento como meio de assegurar o juízo da execução, para fins de recebimento e processamento de impugnação ao cumprimento da sentença. Ademais, exigir a prévia penhora de valores, para posterior deferimento de sua substituição, é medida que contraria os princípios da celeridade e economia processual.

Acresça-se o fato de que, sem adentrar ao mérito da impugnação apresentada, questiona a executada a possibilidade de cumprimento da obrigação imposta, de modo que o valor da execução aumenta mês a mês, por tratar-se de execução de multa. Note-se que em abril/2014 a exequente buscava a execução da quantia de R$ 1.963.000,00 (um milhão, novecentos e sessenta e três mil reais), montante que, em julho do mesmo ano, atingia R$ 2.485.340,00 (dois milhões, quatrocentos e oitenta e cinco mil, trezentos e quarenta reais), de modo que, inegavelmente, o bloqueio de referidos valores se mostra prejudicial às atividades desenvolvidas pela executada, além de que, enquanto não cumprida a obrigação, o montante tende a aumentar, sem qualquer limite imposto pela sentença ora executada, configurando-se, pois, excessiva onerosidade ao devedor.

Acesso ao Sumário

Não bastasse isso, a simples discordância da exequente quanto ao bem ofertado não é suficiente para se rejeitar a apólice, não tendo sequer apresentado

justos motivos para tanto. Não questionou a credora a credibilidade da empresa seguradora, nem mesmo da apólice apresentada, ressaltando-se que o erro material existente ("(...)" ao invés de "(...)") não retira a liquidez e a segurança da garantia, pois consta clara a informação de que o segurado é o Juízo, em relação à ação de obrigação de fazer nº 0230483-45.2008.8.26.0100, em trâmite perante a 42ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo. Além disso, nem mesmo a existência de prazo de validade pode ser considerada como óbice à aceitação da garantia, pois o seguro poderá ser renovado, sendo que, no caso de não haver sua renovação, sempre será possível deferir a penhora de outros bens (inclusive de valores), dado o porte econômico da empresa executada.

Como se disse, mesmo a exequente recusando o seguro garantia, não há impedimentos para que o juízo a aceite, ainda que se alegue a existência de valores em contas bancárias da executada, face o princípio da menor onerosidade previsto no art. 620 do CPC. Neste sentido, há precedente do Col. STJ:

"PROCESSO CIVIL. PENHORA. OFERECIMENTO DE CARTA DE FIANÇA. REJEIÇÃO. PENHORA SOBRE FATURAMENTO. PRINCÍPIO DA MENOR ONEROSIDADE.

1. Ao julgar o REsp Repetitivo 1.112.943/MA, o STJ pacificou seu entendimento de que, após a vigência da Lei 11.382/2006, para o deferimento de penhora sobre aplicações financeiras do executado não é necessário esgotar, preliminarmente, todas as diligências para localizar outros bens passíveis de constrição.

2. Na hipótese em que o devedor ofereceu, no regime anterior à Lei 11.382/2006, fiança bancária como penhora para garantia de vultoso débito, que ultrapassa a casa de um milhão de reais, é necessário que o juízo atue com parcimônia, para que não inviabilize o exercício do direito de defesa ou o desempenho de atividade econômica pelo devedor.

3. ***Conquanto o regime das Leis 11.232/2005, 11.280/2006 e 11.386/2006 tenha atribuído mais força ao Estado em sua intervenção sobre o patrimônio do devedor, não resta revogado o princípio da menor onerosidade disciplinado no art. 620 do CPC. Não é possível rejeitar o oferecimento de fiança bancária para garantia de execução meramente com fundamento em que há numerário disponível em conta corrente para penhora****.*

4. ***A Lei Civil atribui, ao devedor, a possibilidade de substituição da penhora por 'fiança bancária ou seguro garantia judicial, em valor não inferior ao débito, mais 30% (trinta por cento)' (art. 656, §2º, do CPC)****.*

5. A restrição de aceitação de fiança bancária como garantia apenas ao processo de execução fiscal sempre se fundamentou no fato de que tal garantia era específica daquela modalidade de processo. Hoje, contudo, a fiança bancária, bem como o seguro bancário, encontram também previsão no Código

Acesso ao Sumário

de Processo Civil.

*6. **A paralisação de recursos, em conta corrente, superiores a R$ 1.000.000,00 gera severos prejuízos a qualquer empresa que atue em ambiente competitivo.***

7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido para o fim de autorizar o oferecimento de Carta de Fiança pelo devedor, desde que esta cubra a integralidade do débito mais 30%." (STJ, REsp 1116647/ES, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 15/03/2011).

Desta forma, dá-se provimento ao agravo de instrumento interposto pela executada, para o fim de ser autorizada a garantia do juízo mediante o seguro garantia contratado, de modo que resta prejudicado o recurso interposto pela exequente.

Do exposto, dá-se provimento ao agravo de instrumento interposto pela executada (Voto nº 20702), prejudicado o recurso da exequente (Voto nº 20701).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2010818-55.2015.8.26.0000, da Comarca de Embu das Artes, em que são agravantes M.O.S.N., J.P.N.C., J.P.N. e J.P.N., é agravada I.A.S..

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 23663)**

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

São Paulo, 18 de maio de 2015.

ÁLVARO PASSOS, Relator

Ementa: PETIÇÃO INICIAL - Adoção póstuma - Possibilidade - Manutenção do espólio no polo ativo da ação - Situação de fato traduzida pela guarda judicial deferida ao "de cujus" em vida, comprovando inequívoca manifestação do adotante, desde tenra idade da pessoa adotada, até os dias atuais, que conta com 38 anos de idade - Decisão reformada - Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto contra decisão de fls. 45, que determinou a exclusão do espólio do polo ativo da demanda, por envolver ação de adoção.

Inconformados, recorrem os interessados pretendendo ver reformado o *decisum*, pelas razões expostas a fls. 01/09. Em apertada síntese, aduzem que ao ficarem cientes da menor que sofreu maus tratos, sentiram empatia pela criança, à época com 4 anos de idade, momento em que o falecido pai obteve o termo de guarda, lavrado em março de 1982. Afirmam que ela sempre foi bem cuidada e amada pela família, coagravantes, sendo tratada como a irmã caçula. Esclarecem que apenas se deram conta de que a pessoa a ser adotada não era filha legítima, apenas de fato, quando da lavratura da certidão de óbito, em 29.08.2012, daí a presente ação para a regularização devida. Esclarecem, que a adotanda é portadora de retardo mental e otosclerose, que a faz perder a audição, sendo totalmente dependente da família.

Processado com efeito suspensivo, após parecer Ministerial pelo provimento do recurso, os autos foram remetidos para julgamento.

É o breve relatório.

Respeitado entendimento divergente, o recurso merece prosperar.

A questão envolve a adoção póstuma de I.A.S..

Os autores narram que o falecido pai detinha a guarda de I. desde março de 1982, passando a menor, a conviver com a família desde então, sendo tratada como irmã caçula, como relatam, a fls. 05: "(...) O sentimento de família, nutrido ao longo dos anos e tal como eram apresentados a todos os familiares, amigos e comunidade em geral de seus relacionamentos, I. era tida naturalmente como filha de M.O. e C.."

Nesse contexto fático, de se levar em conta que o "de cujus" já tinha em vida, iniciado o processo de adoção judicial, havendo elemento de prova inequívoca do afirmado, sendo descabida a sua exclusão do polo ativo da demanda.

Por oportuno, transcrevo trecho do parecer do Ilustre Procurador de Justiça, Dr.Paulo Roberto Salvini, a fls. 70/73: "Penso que, em sede de adoção póstuma, *in casu*, precedida de guarda judicial deferida ao adotando *de cujus* em vida, pelos documentos (fls. 35 e 36), sob a égide do antigo código de menores, para fins de adoção, em data de 25/03/1982, de não se olvidar que, efetivamente, pelo que se depreende dos autos do processo judicial, o *de cujus* em vida, já tinha iniciado o processo judicial de adoção (plena), de modo que, comprovada a inequívoca manifestação de vontade do referido (*de cujus*) adotante, em relação à pessoa adotada, em situação de tratar-se de um processo socioafetivo

Acesso ao Sumário

de adoção; Igualmente, evidenciado a situação fática de posse de estado de filho, seu reconhecimento ligado a uma gama de acontecimentos que se prolongam no tempo e que perfeitamente servem de sustentáculo para o deferimento da adoção póstuma, ora deduzida. De sorte que, não se trata efetivamente de espólio do *de cujus*, mas tão somente de pedido de adoção póstuma pelo *de cujus*, em vida, demonstrou por prova documental, em processo judicial, a sua manifesta vontade de adotante da pessoa adotada, pelo que se depreende da adoção, de direito parental filial, personalíssimo."

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

Posto isso, **dou provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2053799-02.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante JOSE CARLOS SIMÕES, é agravado ADMINISTRADORA JARDIM ACAPULCO LTDA..

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 7499)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VITO GUGLIELMI e PERCIVAL NOGUEIRA.

São Paulo, 21 de maio de 2015.

JOSÉ ROBERTO FURQUIM CABELLA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Agravo de Instrumento - Ação de cobrança de despesas condominiais - Cumprimento de sentença - Penhora do único bem imóvel do devedor - Bem de família - Admissibilidade - Obrigação *propter rem* configurada.

Agravo de instrumento - Ação de cobrança de despesas condominiais - Pedido de suspensão da hasta pública para alienação do bem de forma

particular - Descabimento - A hipótese de preço vil gera a possibilidade de anulação da hasta. Recurso desprovido.

VOTO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por José Carlos Simões, recurso por meio do qual insurge-se contra decisão copiada a fls. 109/110 que, nos autos de ação de cobrança de despesas condominiais movida por Administradora Jardim Acapulco Ltda., determinou a alienação de bem imóvel penhorado, de propriedade do recorrente, em hasta pública.

Requer o agravante a reforma da decisão recorrida, sob o fundamento de que o imóvel penhorado é bem de família, nos termos do art. 3º da Lei nº 8.009/90. Sustenta que a alienação do bem o deixará desamparado, razão pela qual a hasta pública deve ser suspensa. Alternativamente, pugna pelo deferimento da alienação particular do imóvel, pois, a seu ver, essa modalidade ensejará melhores resultados.

A fls. 115/118, o agravo foi recebido sem o efeito suspensivo postulado e as partes foram intimadas a apresentar eventual oposição ao julgamento virtual. Os litigantes não se manifestaram.

A recorrida não apresentou contrarrazões.

É, em síntese, o relatório.

O recurso não comporta acolhimento.

Isso porque, a determinação para que a penhora recaia sobre o imóvel que gerou as despesas, ainda que de natureza residencial, é cabível.

O escopo da Lei nº 8.009/90 é o de proteger a dignidade do devedor e de sua família, colocando a salvo da responsabilidade patrimonial o imóvel destinado à sua moradia.

A regra de impenhorabilidade, todavia, comporta exceções, e uma delas é a *"cobrança de taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar"* (art. 3º, IV, da Lei nº 8.009/90).

Nessa conformidade, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Agravo Regimental nº 1041751/DF, Relator o Ministro João Otávio de Noronha, assim se posicionou a respeito do tema: *"O entendimento firmado pelo Tribunal 'a quo' de que é permitida a penhora do bem de família para assegurar pagamento de dívidas oriundas de despesas condominiais do próprio bem está em sintonia com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça"*.

Portanto, a obrigação condominial se amolda ao que dispõe o art. 3º, IV, da Lei nº 8.009/90 e constitui exceção à regra da impenhorabilidade do imóvel

Acesso ao Sumário

residencial.

Consigne-se, na sequência, que o pedido de alienação particular do bem não comporta guarida, porquanto a hipótese de preço vil gera a possibilidade de anulação da hasta pública.

Assim, a manutenção da decisão agravada é medida que se impõe.

Daí porque, ante o exposto, nos termos supra consignados, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2036914-10.2015.8.26.0000, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é agravante C.M.C.L., é agravada I.G.L. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 6448)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DONEGÁ MORANDINI (Presidente) e EGIDIO GIACOIA.

São Paulo, 22 de maio de 2015.

CARLOS ALBERTO DE SALLES, Relator

Ementa: DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. ABUSO DA PERSONALIDADE CARACTERIZADO. Insurgência em face da decisão que ampliou a desconsideração inversa da personalidade jurídica, para sociedade excluída anteriormente. Alegação ausência de confusão patrimonial. Inadimplemento involuntário de pensão alimentícia. Fato de apartamento e carro utilizados pelo executado serem da pessoa jurídica que não seria suficiente à desconsideração. Não acolhimento. Possibilidade de desconsideração inversa da personalidade jurídica. Posição do STJ. Utilização do ente jurídico para acobertar bens, excluindo- os da execução. Empresário sócio de empresa com capital social expressivo, sem qualquer movimentação

financeira pessoal e residente em imóvel de propriedade do ente jurídico. Execução iniciada em 2009. Preenchimento dos requisitos do art. 50, CC. Decisão mantida. Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento tirado contra decisão de ps. 59/60 que, em execução de alimentos, estendeu a desconsideração inversa da personalidade jurídica para a sociedade denominada K.I.C.M.L..

Pleiteia o agravante a reforma do *decisum* alegando, em breve síntese, que não estariam comprovados os requisitos para a desconsideração permitida (ps. 1/8). No mais, afirma que o só fato de seu apartamento e carro serem da sociedade, não seria suficiente à desconsideração. Aduz, por fim, que o bloqueio impede pagamento de verbas trabalhistas e que não seria sócio da sociedade em questão.

O pedido de atribuição de efeito suspensivo ao recurso foi indeferido (p. 62).

A D. Procuradoria de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso (ps. 67/73).

Encontra-se o processo em termos de julgamento.

É o relatório.

O recurso não merece prosperar.

Inicialmente, como já destacado no julgamento do agravo de instrumento nº 2208830-49.2014.8.26.0000, a desconsideração inversa da personalidade jurídica é aceita em nosso ordenamento jurídico, com chancela do E. Superior Tribunal de Justiça:

> *DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA. POSSIBILIDADE. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE. LEGITIMIDADE ATIVA. COMPANHEIRO LESADO PELA CONDUTA DO SÓCIO. ARTIGO ANALISADO: 50 DO CC/02. 1. Ação de dissolução de união estável ajuizada em 14.12.2009, da qual foi extraído o presente recurso especial, concluso ao Gabinete em 08.11.2011. 2. Discute-se se a regra contida no art. 50 do CC/02 autoriza a desconsideração inversa da personalidade jurídica e se o sócio da sociedade empresária pode requerer a desconsideração da personalidade jurídica desta. 3. 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*

Acesso ao Sumário

pessoa jurídica por obrigações do sócio controlador. 4. ***É possível a desconsideração inversa da personalidade jurídica sempre que o cônjuge ou companheiro empresário valer-se de pessoa jurídica por ele controlada, ou de interposta pessoa física, a fim de subtrair do outro cônjuge ou companheiro direitos oriundos da sociedade afetiva.*** *5. Alterar o decidido no acórdão recorrido, quanto à ocorrência de confusão patrimonial e abuso de direito por parte do sócio majoritário, exige o reexame de fatos e provas, o que é vedado em recurso especial pela Súmula 7/STJ. 6. Se as instâncias ordinárias concluem pela existência de manobras arquitetadas para fraudar a partilha, a legitimidade para requerer a desconsideração só pode ser daquele que foi lesado por essas manobras, ou seja, do outro cônjuge ou companheiro, sendo irrelevante o fato deste ser sócio da empresa. 7. Negado provimento ao recurso especial.* (REsp 1236916/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, j. em 22.10.2013 - sem destaque no original)

Por meio do instituto em questão, a autonomia do ente jurídico é afastada para que o patrimônio de pessoa jurídica da qual o devedor seja sócio possa ser atingido, passando a responder pela dívida da pessoa natural.

No caso em tela, diferentemente do que alega o agravante, o abuso da personalidade jurídica restou caracterizado, agora também em relação a K.I.C.M.L..

Os documentos de ps. 35/38 e 42/44 demonstram que, o apartamento e o carro utilizados pelo executado são de propriedade da sociedade em questão, sendo que não há nenhuma contraprestação para tanto.

Em contrapartida ao alegado, a circunstância é capaz de ensejar a desconsideração, porque configura abuso da personalidade jurídica. Causa estranheza um empresário do porte do agravante, utilizar de veículo da empresa, para finalidades particulares, bem como residir em imóvel que não é próprio, sem pagar qualquer aluguel.

A conclusão não se altera diante da vazia alegação de que o recorrente não seria sócio da sociedade em questão. Como também já destacado no julgamento do agravo de instrumento anterior, na mesma data que o executado retirou-se do quadro societário de K.I.C.M.L., a empresa (...) foi admitida como sócia, com a mesma parcela do capital social. Ocorre que, o recorrente é sócio majoritário e único administrador de (...). Com a manobra, apenas transferiu as cotas sociais que estavam em seu nome (pessoa natural) para a sociedade empresária ora desconsiderada.

Por fim, questões relativas ao pagamento de verbas trabalhista fogem à competência desta Corte, impossibilitando-se qualquer pronunciamento a respeito.

Acesso ao Sumário

Está autorizada, portanto, também a desconsideração inversa da personalidade jurídica, para que os bens da sociedade empresária denominada K.I.C.M.L. passem a responder pela dívida alimentar.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2016179-53.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante F CORTEZ MODA MASCULINA ME., é agravado BANCO ITAUCARD.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 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 21720)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GALDINO TOLEDO JÚNIOR (Presidente) e MAURO CONTI MACHADO.

São Paulo, 26 de maio de 2015.

PIVA RODRIGUES, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. JUSTIÇA GRATUITA. REQUERIMENTO POR PESSOA JURÍDICA, EMPRESÁRIO INDIVIDUAL. INDEFERIMENTO PELA DECISÃO AGRAVADA. INCONFORMISMO. ACOLHIMENTO.

1. Necessidade de comprovação da impossibilidade financeira de arcar com os encargos processuais. Demonstração caracterizada por documentos que ilustram baixa movimentação financeira da sociedade empresária, bem como declaração de contador quanto às dificuldades de operação da microempresa nos últimos anos. Súmula 481 do Superior Tribunal de Justiça.

2. Recurso provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo interposto contra a r. decisão proferida pelo MM. Juízo da 37ª Vara Cível do Foro Central Cível da Comarca da Capital [Dra. Adriana Cardoso dos Reis],

Acesso ao Sumário

que, nos autos da ação declaratória com pedido de tutela antecipada, indeferiu o pedido de concessão dos benefícios da gratuidade judiciária, nos seguintes termos:

> *"Vistos. Indefiro o pedido de concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita, porque o autor é pessoa jurídica e não comprovou a impossibilidade financeira para o recolhimento das custas e despesas processuais devidas. Nesse passo, fixo o prazo de 10 (dez) dias para o recolhimento da taxa judiciária devida e das despesas processuais, sob pena de extinção do processo sem julgamento do mérito por falta de pressuposto processual específico. Com a manifestação do autor, tornem os autos conclusos com urgência para a apreciação do pedido de tutela antecipada. Intimem-se."* **(fl. 39)**.

Pugna o agravante pela reforma da r. decisão, a fim de que seja deferido o pleito de justiça gratuita, com concessão de efeito suspensivo (para que se evite extinção do feito).

O agravante sustenta não possuir meios para pagar custas, despesas processuais e honorários advocatícios de sucumbência, nem de pagar as custas para a interposição deste agravo. Juntou declaração de rendimentos, com exibição de sua isenção. Fala em cerceio do direito de acesso ao segundo grau de jurisdição. Sua afirmação de miserabilidade basta, nos termos da lei, à comprovação da condição de hipossuficiente e necessitado do benefício da justiça gratuita. O juízo é submetido ao princípio do impulso oficial (artigo 262, CPC), de modo que *"ao não requerer mais subsídios para decidir, e permanecendo nos autos apenas os elementos trazidos pelo Agravante, a sua decisão deveria ter sido apenas em acordo aos elementos presumidos trazidos aos autos"* (fl. 07). A Lei nº 1.060/50 não exige qualquer outra condicionante para o requerimento do benefício. A decisão recorrida, no mais, foi proferida sem fundamentação adequada. O juízo sequer determinou a intimação do agravante para juntar provas que corroborassem sua situação de pobreza. Há violação do princípio da inafastabilidade da jurisdição. O fato de ser pessoa jurídica não impede o autor de passar por dificuldades financeiras, nem de desfrutar do benefício da gratuidade judiciária. Até porque se trata de *firma individual*, cadastrada no sistema SIMPLES, com sérios problemas financeiros.

É o relatório.

O voto é pelo provimento do recurso.

Em que pese a possibilidade de concessão dos benefícios da Justiça Gratuita a pessoas jurídicas, o deferimento dessa benesse depende da comprovação da impossibilidade financeira de arcar com as custas e despesas processuais, consoante iterativa jurisprudência neste E. Tribunal e no Superior Tribunal de Justiça, inclusive com a edição a Súmula 481: *"Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar*

Acesso ao Sumário

sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais".

A pessoa jurídica agravante comprovou se encontrar em situação financeira impeditiva de custear os encargos processuais.

A empresa agravante opera sob a forma de *microempresa* e, por uma tal razão, seu patrimônio confunde-se com a pessoa natural do empresário.

Nas declarações de informações socioeconômicas e fiscais (DEFIS) prestadas ao sistema do "Simples Nacional" em relação aos exercícios de 2013 e 2014, nos anos-calendário de 2012 e 2013, há o relato do pagamento de rendimentos ao sócio Francisco, no ano de 2012, na ordem de R$ 21.000,00, sendo que no ano seguinte de 2013 houve declaração de que a empresa teria permanecido nesse intervalo *"sem efetuar qualquer atividade operacional, não operacional, financeira ou patrimonial"* (fl. 23).

Não se vislumbram, nesse sentido, as fundadas razões a que alude o artigo 5º da Lei nº 1.060/50, para se indeferir o benefício.

Ressalte-se que as regras para contenção de abusos nos pedidos de justiça gratuita estão devidamente contempladas na legislação pertinente.

A concessão do benefício, estando condicionada apenas à declaração de pobreza e, no caso de pessoa jurídica, à demonstração da incapacidade econômico-financeira, comporta **revogação** uma vez impugnada pela parte adversa, mediante procedimento próprio.

Fica o alerta a agora beneficiária da gratuidade de que a própria lei prevê o pagamento de até o décuplo das custas judiciais como sanção para quem se afirma necessitada e tem prova produzida contra si em sentido contrário, conducente à cassação do benefício (artigo 4º, § 1º, da Lei nº 1.060/50).

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2036137-25.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante UNIMED SEGUROS SAÚDE S/A, são agravados ALACI PINHEIRO CORREA, ANDREY RODRIGUES CORREA, MARIA RODRIGUES CORREA e MAURO RODRIGUES CORREA.

Acesso ao Sumário

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 12.703)**

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

São Paulo, 30 de abril de 2015.

THEODURETO CAMARGO, Relator

Ementa: ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - RECUSA DE OPERADORA DE PLANOS DE SAÚDE A AUTORIZAR E CUSTEAR O PROCEDIMENTO MÉDICO CIRÚRGICO- HOSPITALAR DE QUE O AUTOR NECESSITA - PACIENTE ACOMETIDO DE LEUCEMIA MIELOMONOCÍTICA CRÔNICA - LIMINAR DEFERIDA EM PARTE, PARA DETERMINAR À AGRAVANTE QUE TAMBÉM ARQUE COM TRANSPLANTES, EXAMES, TRATAMENTO ODONTOLÓGICO, MEDICAMENTOS, MATERIAIS, MÉDICOS E INTERNAÇÃO - MOLÉSTIA COBERTA PELO CONTRATO E TRATAMENTO RECOMENDADO POR MÉDICO - ABUSIVIDADE - INTELIGÊNCIA DO INC. IV DO ART. 51 DO CDC - A PECULIARIDADE DE UM PROCEDIMENTO NÃO CONSTAR DO ROL DA ANS NÃO ISENTA A SEGURADORA DO DEVER DE CUSTEÁ-LO - DECISÃO MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento tirado contra a r. decisão reproduzida às fls. 426, que concedeu em parte a tutela antecipada para determinar à ré que autorizasse e custeasse todo o procedimento médico cirúrgico-hospitalar prescrito ao autor, inclusive transplantes, tratamento odontológico, exames, procedimentos, medicamentos e materiais, com médico e hospital credenciado/conveniado ou mediante eventual reembolso, se for o caso, na forma do contrato, no prazo de dez dias, sob pena de multa diária de R$ 1.000,00.

Irresignada, pretende a agravante a concessão de efeito suspensivo e a reforma do r. pronunciamento sob a alegação, em síntese, de que vem

cumprindo regularmente a ordem judicial, consoante guia de autorização de fls. 560; insurge-se contra a determinação genérica de ter de custear "transplantes, tratamento odontológico, exames, procedimentos, medicamentos e materiais, com médico e hospital credenciado/conveniado"; o recorrido não pode pleitear o reembolso integral dos valores já despendidos com seu tratamento, porquanto tenha contratado seguro de padrão inferior, com limites mais restritos; o combatido *decisum* contraria não apenas disposições contratuais, como também abrange procedimentos alheios ao rol constante da Resolução Normativa nº 249 da ANS; a manutenção do r. pronunciamento afetará o equilíbrio econômico-financeiro da operadora, de maneira que toda a coletividade de usuários restará prejudicada.

O recurso foi regularmente processado, tendo sido negada a liminar pleiteada, consoante decisão de fls. 572/576.

Por fim, houve manifestação favorável à realização de julgamento virtual por parte dos agravados (fls. 578) e ausência de oposição pela parte contrária (fls. 579).

É o relatório.

1.- Consoante observado anteriormente, "Os ora agravantes ajuizaram ação de obrigação de fazer pretendendo fosse a operadora de planos de saúde compelida a custear todas as despesas atinentes ao tratamento oncológico a que Alaci Pinheiro Correa tem de se submeter, incluindo o reembolso daquelas já vencidas (fls. 42/63).

Portador de Leucemia Mielomonocítica Crônica, foi transferido do hospital localizado em Belém, Estado do Pará, para o Hospital Sírio Libanês, na capital paulista, ambos credenciados ao plano de abrangência nacional de que o autor é beneficiário (fls. 96).

Nesse sentido, consta que a agravante, que até então restituía prontamente as despesas relativas ao tratamento do paciente, passou a glosá-las, peculiaridade que fez com que seus familiares tivessem de desembolsar ao Hospital Sírio Libanês o valor de R$ 99.557,40, remanescendo em aberto débito de R$ 18.383,90.

Assim, considerando o evidente risco à saúde e à vida de Alaci, bem como a indicação médica de urgente tratamento de grave enfermidade coberta pelo plano de saúde, o MM. Juiz *a quo*, realçando a abusividade da recusa, houve por bem antecipar em parte os efeitos da tutela pleiteada para determinar à ré que autorizasse e custeasse todo o procedimento médico cirúrgico-hospitalar prescrito ao autor, inclusive transplantes, tratamento odontológico, exames, procedimentos, medicamentos e materiais, com médico e hospital credenciado/conveniado, ou mediante eventual reembolso, se for o caso, na forma do contrato (fls. 426).

Acesso ao Sumário

2.- E com razão!

Com efeito, a recusa da agravante a dar cobertura às despesas com os procedimentos de que o autor necessitava afigura-se abusiva e ilegal, porquanto recomendados por seu médico (fls. 96) e vinculados a doença coberta pelo contrato (fls. 452/530).

A propósito, a postura da operadora de planos de saúde, ao restringir direitos e obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto e o próprio equilíbrio contratual, faz tábula rasa do preceito contido no art. 51, inc. IV, do CDC.

Da mesma sorte, não prospera a alegação de que o combatido *decisum* abrangeria procedimentos alheios ao rol constante da Resolução Normativa nº 249 da ANS. Afinal, cediço que 'o regramento da amplitude das coberturas é realizado com a edição de resoluções emitidas pela agência reguladora. No entanto, o fato de não constar o procedimento do rol da ANS não isenta, por si, a seguradora da obrigação de custear o tratamento' (TJSP, 3ª Câm. Dir. Priv., Ap. 0039174-88.2010.8.26.0576, rel. Des. Viviani Nicolau, j. 30.10.2012).

"Destarte e considerando não apenas que está em risco a proteção da saúde, bem jurídico especialmente relevante, que deve ser priorizado em detrimento de qualquer outro, mas também que há possibilidade de reversão da medida deferida, já que eventuais prejuízos suportados pela agravante serão de ordem exclusivamente patrimonial, o r. *decisum* de 1º grau deve, ao menos por ora, ser mantido."

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2022318-55.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes INIPLA VEÍCULOS LTDA., JOSE CARLOS BLAAUW JUNIOR, ROGÉRIO RODRIGUES AZENHA e RONALDO RODRIGUES AZENHA, é agravado BANCO VOTORANTIM 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 16565)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores AFONSO BRÁZ (Presidente), PAULO PASTORE FILHO e HENRIQUE NELSON CALANDRA.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 13 de abril de 2015.
AFONSO BRÁZ, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO. Bloqueio de veículos de titularidade da agravante. Alegação de que há ação de recuperação judicial em andamento, o que impede a penhora dos referidos bens. Descabimento. Não há nos autos notícias sobre eventual aprovação de plano de recuperação judicial e, decorrido o prazo de 180 dias da sua apresentação sem que haja sua aprovação, é de rigor o prosseguimento da ação de execução. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Agravo de instrumento interposto contra r. decisão acostada à fl. 190 que, em ação de execução, deferiu a realização de pesquisa junto ao sistema *on line* "Renajud", o que acarretou o bloqueio de veículos constantes em nome da agravante.

Sustenta a agravante, em síntese, que o agravado ingressou com ação de execução visando o recebimento de R$ 848.432,39, referente ao saldo remanescente decorrente da Cédula de Crédito Bancário emitida em 24/02/2011. Aduz que houve apresentação de embargos à execução, que foram julgados improcedentes, o que ensejou o prosseguimento da ação de execução. Nesta seara, foi deferida a realização de buscas junto ao sistema *on line* Renajud, que culminou no bloqueio de veículos em nome da agravante. Sustenta que ingressou com ação de recuperação judicial e que houve deferimento do processamento dela, de forma que deve ser aplicado ao caso a norma contida no artigo 6º, § 4º, da Lei nº 11.101/2005, que suspende o curso das ações de execução movidas contra o devedor por 180 dias. Sustenta que houve excesso de penhora.

Busca a reforma do *decisum* e o provimento do recurso.

Denegada a concessão do efeito suspensivo, dispensadas as informações (fls. 284). Recurso regularmente processado e instruído, com apresentação de contraminuta (fls. 298/306).

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Infere-se dos autos que a agravante ingressou com pedido de recuperação judicial em março de 2013 (fls. 201/209), sendo que em 13 de setembro de 2013 foi deferido o processamento dela. (fls. 210).

Acesso ao Sumário

Nos termos do § 4º do artigo 6º da Lei nº 11.101/2005[1], os processos de execução movidos contra a empresa que se encontrar em recuperação judicial, serão suspensos pelo prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias a contar do momento que houver o deferimento do processamento dela, podendo ser restabelecidos, se acaso não houver plano de recuperação judicial aprovado.

A suspensão das ações e execuções, em virtude do despacho que manda processar o pedido de recuperação judicial cessa em virtude: a) da decisão que aprova o plano de recuperação ou b) em virtude do decurso do prazo de 180 dias.

Não há notícias sobre eventual aprovação do plano de recuperação judicial apresentado em 13 de novembro de 2013 (fls. 211/237) e o deferimento do plano de recuperação judicial se deu em 13 de setembro de 2013, de forma que já restou escoado o prazo legal de 180 dias.

Diante disso, não há razão para paralisação da execução e dos atos necessários a sua efetivação.

Da análise dos documentos encartados conclui-se que o prazo de suspensão da presente execução expirou em março de 2014, ou seja, há aproximadamente um ano.

Não procede, também, a alegação de excesso de penhora, uma vez que inexiste nos autos dado concreto quanto ao valor dos mesmos. Ademais disso, eventual excesso de penhora e consequente redução dela somente poderá se reconhecido após a avaliação dos bens apreendidos[2].

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.

Acesso ao Sumário

1 Art. 6º A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário.

§ 4º Na recuperação judicial, a suspensão de que trata o **caput** deste artigo em hipótese nenhuma excederá o prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias contado do deferimento do processamento da recuperação, restabelecendo-se, após o decurso do prazo, o direito dos credores de iniciar ou continuar suas ações e execuções, independentemente de pronunciamento judicial.

2 Art. 685. Após a avaliação, poderá mandar o juiz, a requerimento do interessado e ouvida a parte contrária:

I - reduzir a penhora aos bens suficientes, ou transferi-la para outros, que bastem à execução, se o valor dos penhorados for consideravelmente superior ao crédito do exeqüente e acessórios;

Il - ampliar a penhora, ou transferi-la para outros bens mais valiosos, se o valor dos penhorados for inferior ao referido crédito.

Parágrafo único. Uma vez cumpridas essas providências, o juiz dará início aos atos de expropriação de bens.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 2154341-62.2014.8.26.0000, da Comarca de São Caetano do Sul, em que é agravante ROGÉRIO DE CASTRO STRAZZI, é agravado NILSON EURÍPEDES STRAZZI FILHO.

ACORDAM, em 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.478 (EMP - DIG))**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ REYNALDO (Presidente sem voto), CARLOS ALBERTO GARBI e CAIO MARCELO MENDES DE OLIVEIRA.

São Paulo, 10 de abril de 2015.

RICARDO NEGRÃO, Relator

Ementa: SOCIEDADE LIMITADA - Ação de dissolução de sociedade cumulada com pedido de destituição de administrador - Acusação de má gestão do negócio empresarial e embaraço à consulta de documentos societários pelo sócio recorrente - Pretensão ao afastamento liminar do agravado administrador da gerência empresarial - Indeferimento - Vedação pelo ordenamento jurídico da intervenção judicial por tempo indeterminado para prática de todas as atividades desenvolvidas pelo administrador - Intervenção judicial admitida somente em casos excepcionais, e de forma provisória, como sua imprescindibilidade para cumprimento de obrigação específica imposta pelo CADE ou, ainda, na hipótese de falecimento do administrador (CC/02, art. 49) - Decisão revogada - Interventor judicial destituído - Agravo de instrumento provido.

Dispositivo: Deram provimento ao agravo de instrumento.

Acesso ao Sumário

VOTO

Agravo de instrumento interposto pelo Sr. Rogério de Castro Strazzi dirigido a r. decisões interlocutórias proferida pelo Dr. Sérgio Noboru Sakagawa, MM. Juiz de Direito da E. 3ª Vara Cível da Comarca de São Caetano do Sul nos autos de "ação de dissolução parcial de sociedade cumulada com tutela antecipada para destituição de administrador" ajuizada pelo Sr. Nilson Eurípedes Strazzi Filho.

Os conteúdos agravados foram proferidos pelo i. Julgador com a seguinte fundamentação (fl. 34-37):

> Vistos.
>
> Apresenta-se no caso em tela a situação contida no art. 273, CPC, ante inegável exaurimento da affectio societatis, tanto mais que as partes já contendem em ação de prestação de contas promovida pelo Requerente contra o Requerido perante a 2ª. Vara Cível local, de onde advém o presente feito.
>
> Se assim acontece, razoável, à vista do dissenso, que se nomeie um administrador judicial, isento e capaz tecnicamente para conduzir os destinos da sociedade, até que haja decisão final da presente demanda, tanto mais que o Requerente já não mais confia no Requerido para continuar a gerir a empresa da qual são sócios.
>
> Nomeio para a finalidade o Dr. Marcelo Francisco Nogueira, que deverá assumir regular compromisso e apresentar ao Juízo sua pretensão salarial, após ter ciência da extensão de sua incumbência.
>
> Sem prejuízo, cite-se para os fins do art. 656 do C. P. C. de 1939 c. c. art. 1.034 e seguintes do Código Civil.
>
> Servirá o presente, por cópia digitada, como mandado.
>
> Int.
>
> Vistos.
>
> Acolho a proposta apresentada pelo administrador nomeado pelo Juízo.
>
> Para início dos trabalhos, determino que o Requerente efetue depósito da importância de R$ 42.000,00, referente aos primeiros honorários, importância essa que será restituída tão logo o administrador tenha controle das finanças da empresa objeto da ação.
>
> Feito isso, expeçam-se mandados para citação e para que o administrador tenha pleno acesso às instalações da empresa em administração, nos termos do item a de fls. 246.
>
> Int.

Após regular citação no feito, o recorrente interpôs o presente recurso afirmando que as decisões recorridas devem ser revogadas, pois o fundamento judicial de perda da affectio societatis é insuficiente a resguardar medida drástica de nomeação de interventor judicial, não havendo provas concretas da má gestão

Acesso ao Sumário

imputada ao recorrente.

Defende a lisura da administração, afirmando que as alegações do recorrido seriam desprovidas de suporte técnico, e apontando a existência de declaração de escritório contábil indicando que a escrituração da empresa estaria regular.

Por fim, reputa as decisões conflitantes com o entendimento jurisprudencial de mínima intervenção judicial nas sociedades empresariais, e afirma que há expressivo dano de ser permitida a atuação de terceiro nos negócios da empresa, havendo inclusive abalo à imagem do empreendimento perante fornecedores.

Pugna pela destituição do interventor nomeado ou, subsidiariamente, pela redução dos honorários a quantia mais condizente com o trabalho a ser desempenhado (fl. 1-33).

O efeito suspensivo pleiteado foi deferido pelo Relator em fl. 434-435.

Contraminuta recursal pela manutenção da decisão agravada em fl. 385-396.

Manifestações do agravado com reforço de argumentação quanto à prática de diversas irregularidades pelo administrador agravante, e necessidade de nomeação do interventor para resguardar o acesso às informações em fl. 372-383, fl. 406-433, e fl. 439-468.

É o relatório.

O recurso é tempestivo, pois interposto no dia seguinte à juntada aos autos do mandado de citação cumprido, conforme conclusão que se extrai da análise das cópias processuais constantes em fl. 1 e fl. 41.

O pedido recursal restringe-se à análise da pertinência da nomeação de interventor judicial, conforme decidido pelo nobre Julgador com fundamento na existência de expressivo dissenso entre os litigantes a amparar a conclusão pela perda da affectio societatis.

Respeitado o entendimento do i. Juízo monocrático, o caso é de se dar razão ao agravante.

Sobre a intervenção judicial nos negócios societários, algumas ponderações legais e doutrinárias merecem ser feitas.

In casu, a aplicação da Lei nº 8.884/94 por analogia não poderia ser invocada.

Tal Lei dispõe sobre "a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico" (art. 1º).

Para atingir seu objetivo concede poderes ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) para, mediante decisão do Plenário, cominar pena àquele que infringir a ordem econômica, dentre elas multa ou imposição

Acesso ao Sumário

de obrigação de fazer ou não fazer, hipótese em que a decisão constitui título executivo extrajudicial (arts. 46 e 60).

Para cumprimento da tutela específica o legislador pátrio autorizou em caráter excepcional a intervenção judicial – temporária - na empresa infratora, restrita às providências necessárias ao cumprimento da obrigação.

Explica Leonardo Vizeu Figueiredo:

> Como corolário para garantir plena eficácia as suas decisões, na qualidade de Corte Administrativa Concorrencial, ao CADE foram atribuídas competências ímpares, para permitir que o ente pudesse exercer seus misteres de forma ampla e concretizar a tarefa de tutelar o devido processo competitivo.
>
> Em relação a tais competências, merece destaque, em especial, a prerrogativa que o CADE possui de requerer a intervenção judicial em agentes privados que estejam obstaculizando o cumprimento das suas decisões.
>
> Tal intervenção se traduz no afastamento temporário do órgão de direção da empresa, com transferência parcial de alguns poderes de gestão à pessoa indicada pelo CADE e nomeada pelo juiz para o cargo.
>
> Assim, por meio do afastamento temporário de administradores que estejam a obstar a implementação das decisões do CADE, a autoridade judicial poderá, a pedido da autarquia, determinar, inclusive, que o interventor passe a administrar a empresa, em substituição ao órgão de direção, observando-se, ainda, que o art. 78 determina que o administrador seja responsabilizado criminalmente por desobediência ou coação (*Direito Econômico para Concursos*, Juspodivm, 2011, p. 215).

Trata-se, portanto, de norma de interesse público com alcance restrito a determinados atos, situação diversa da verificada no caso concreto em que o suplicado pretende a irrestrita intervenção judicial visando resguardar interesse particular.

Fixada essa premissa, insta observar que a intervenção judicial excepciona a autonomia da pessoa jurídica e por isso não admite analogia ou interpretação extensiva, como lembra o Professor Flávio Tartuce:

> Regra importante que deve ser captada é que as normas de exceção ou *normas excepcionais* não admitem analogia ou interpretação extensiva. Entre essas podem ser citadas as normas que restringem a autonomia privada que, do mesmo modo não admitem socorro a tais artifícios, salvo para proteger vulnerável ou um valor fundamental (*Manual de Direito Civil*, São Paulo, Método, 2011, p. 16).

Ao Poder Público é dado regular e intervir na ordem econômica, mas não na administração do agente econômico. Ao agente econômico é dado escolher seus administradores, pois são eles que escolherão as estratégias de mercado que conduzam ao resultado almejado, suportando igualmente eventuais prejuízos

Acesso ao Sumário

por suas decisões.

Protege-se, dessa forma, o valor constitucional da livre iniciativa - "liberdade de entrar, permanecer e sair do mercado, sem interferências externas", cf. Leonardo V. Figueiredo, p. 44 -, bem como os princípios da livre concorrência, da propriedade privada e da liberdade de associação.

Como bem pontuou o Exmo. Desembargador mineiro Alberto Vilas Boas, "a liberdade associativa, mesmo para fins nitidamente privados, não pode ser suprimida ou reduzida de forma significativa pela intervenção judicial, sob pena de haver reflexa estatização dos interesses particulares, circunstância que implicaria em ofensa à regra da livre iniciativa preservada pela Carta da República" (AI nº 1.0024.05.661936-4/001, j. 31/01/06, p. 11/02/06).

Impor à sociedade empresária pessoa estranha à sociedade não afeita ao mundo dos negócios empresariais é medida temerária, somente admitida em casos excepcionais, tais como a imprescindibilidade de intervenção judicial para cumprimento de obrigação específica imposta pelo CADE ou, ainda, na hipótese de falecimento do administrador (CC/02, art. 49). Em ambas as situações a intervenção judicial é provisória.

Vale transcrever aresto de relatoria da Ministra Nancy Andrighi a respeito do tema:

> No processo *sub judice*, o Tribunal *a quo*, atendendo pedido formulado por sócio titular de 30% das cotas sociais, afastou o requerente da administração de hospital em relação ao qual detém 70% das quotas sociais. Vale dizer, o Tribunal promoveu uma significativa intervenção na administração de uma sociedade, sem ouvir o titular da maioria do capital social, diretamente prejudicado pelo ato judicial.
>
> Sempre ressaltando que é perfunctório o exame que se está a promover, é importante manter em mente que o princípio que deve nortear o julgador em todas as ações versem sobre administração de sociedades, é o da intervenção mínima. Quanto à sociedade, decidem seus sócios. O destino do empreendimento a eles pertence. São eles que decidem o montante do capital social, os investimentos a serem feitos na consecução dos fins sociais, o objeto da sociedade e a forma de sua administração. Essa regra vale para quaisquer tipos societários, desde as sociedades não personificadas, até as sociedades por ações.
>
> Por isso, via de regra a melhor solução à disposição de um sócio minoritário descontente com os rumos da empresa, não é a de buscar judicialmente a destituição do administrador, mas a de optar por formas alternativas de proteção de seu patrimônio investido na sociedade. Assim, é mais efetivo que ele procure controlar cada um dos atos da administração, solicitando prestação de contas, anulação dos atos lesivos à empresa, e até mesmo pleiteando a responsabilização do administrador improbo. No limite, a lei lhe faculta exercer seu direito de retirada ou de dissolução parcial da

Acesso ao Sumário

sociedade.

Entretanto, não obstante a existência de tais alternativas, mais efetivas na maioria dos casos, é forçoso reconhecer que a interferência na administração também é uma opção garantida pela lei, ainda que com restrições. Nas sociedades limitadas subsidiariamente regidas pelas regras das sociedades simples, o afastamento de sócio majoritário da administração social, a pedido do sócio minoritário, encontra previsão na regra do art. 1.019 do CC/02, *verbis:*

Art. 1.019. São irrevogáveis os poderes do sócio investido na administração por cláusula expressa do contrato social, salvo justa causa, reconhecida judicialmente, a pedido de qualquer dos sócios.

O principal limite encontrado nessa disposição legal, conforme aponta JOSÉ WALDECY LUCENA (***Das Sociedades Limitadas***, 5ª ed. - Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pág. 483 e ss.), diz respeito ao fato de que o Poder Judiciário está autorizado apenas a afastar o administrador, sem poder nomear outro em seu lugar. A nomeação implica exercício do poder inerente à participação no capital social e compete, portanto, exclusivamente aos sócios. Exceções a essa regra são raras e admissíveis apenas em situações extremas, como na falência ou na recuperação judicial, em que o princípio da função social da empresa justifica tal ingerência.

Na hipótese dos autos, porém, a limitação quanto à nomeação do administrador não impede a atuação judicial. Isso porque o contrato social do Hospital Silvestre não previa a administração exclusiva do sócio afastado, mas sua administração conjunta com o sócio minoritário. Assim, bastou ao Juízo afastar o administrador a quem se reputou a prática de atos lesivos à sociedade, e manter no encargo o outro sócio, também nomeado pelo contrato social.

Naturalmente, é importante que se frise que essa é uma decisão provisória. Afastar um dos sócios da administração da empresa não significa retirar-lhe os poderes inerentes à sua qualidade de sócio. E, como é cediço, entre esses poderes está o de nomear um novo administrador que lhe represente os interesses. Dada a elevada participação do requerente no capital social do Hospital, a nomeação de um novo administrador por ele poderia, inclusive, vir a anular a eficácia prática da decisão judicial a respeito da questão.

O acórdão restou assim ementado:

MEDIDA CAUTELAR. PEDIDO DE ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. AFASTAMENTO DE SÓCIO MAJORITÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO DA SOCIEDADE.

- Enquanto pende de decisão, na Corte Especial do STJ, a pacificação quanto ao cabimento de mandado de segurança para impugnar a decisão que indefere o pedido de efeito suspensivo formulado em agravo

Acesso ao Sumário

de instrumento (decisão essa reputada irrecorrível pela nova redação do art. 527 do CPC), convém, nos pedidos de medida liminar, manter o posicionamento anterior da Terceira Turma, no sentido do cabimento da medida.

- As discussões judiciais acerca administração de sociedades limitadas deve caminhar, via de regra, não para a intervenção judicial na empresa, que só ocorrerá em hipóteses excepcionais, mas para a responsabilização do administrador improbo, para a anulação de negócios específicos que prejudiquem a sociedade ou, em última análise, para a retirada do sócio dissidente ou dissolução parcial da empresa.

- A atuação do Poder Judiciário em causas que versem sobre a administração das sociedades deve pautar-se sempre por um critério de intervenção mínima. A Lei permite o afastamento de sócio majoritário da administração da sociedade, mas isso não implica que ele perca os poderes inerentes à sua condição de sócio, entre os quais está o poder de nomear administrador. Todavia, na hipótese em que o sócio separou-se de sua ex-esposa, sem elementos que dêem conta da realização de partilha, todo o patrimônio do casal permanece em condomínio pró-indiviso, de modo que é razoável a interpretação de que a ex-esposa é detentora de direitos sobre metade das quotas detidas pelo marido. Isso, em princípio, retira do sócio afastado a maioria que lhe permitiria a nomeação de novo administrador.

- Com isso, a melhor solução para a hipótese dos autos é a manutenção da decisão recorrida.

Medida liminar indeferida, com as ressalvas acima.

(MC 14.561/BA, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA

TURMA, julgado em 16/09/2008, DJe 08/10/2008)

Como se vê, a intervenção judicial na sociedade empresária é admissível em hipóteses excepcionais e de forma cautelar, isto é, provisória. Não por outro motivo a decisão colegiada acima transcrita tem origem em ação cautelar, tal como os arestos do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que, de igual forma, adotam a intervenção judicial como **ultima ratio**:

PROCESSO CIVIL. AÇÃO CAUTELAR INOMINADA. DISSENSO ENTRE SÓCIOS DE SOCIEDADE POR COTAS. INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. LIMITES. NOMEAÇÃO DE ADMINISTRADOR. INDISPONIBILIDADE DE BENS PESSOAIS DE UM DOS SÓCIOS E DO ATIVO FIXO. PROVA. - A intervenção do Poder Judiciário na economia interna da sociedade por cotas deve ser comedida, sob pena de o Estado limitar a livre iniciativa e agredir a liberdade associativa. - Não se nomeia administrador provisório, em sociedade na qual os dois únicos sócios encontram-se em divergência, quando o material probatório não é suficiente para reconhecer que um deles tenha praticado ato de gestão temerária ou esteja colocando em risco o patrimônio e interesses

Acesso ao Sumário

da empresa. - Os bens pessoais do sócio não podem ser declarados indisponíveis, quando os efeitos da dissolução parcial da sociedade não os alcançaram. - Não se indisponibiliza o ativo fixo da sociedade por cotas quando ausente prova idônea de que o administrador esteja desenvolvendo conduta que coloque em risco os interesses econômicos da empresa. - Agravo não provido. (AI n. 1.0024.05.661936-4/001, 10ª Câmara, Rel. Des. Alberto Vilas Boas, j. 31/01/06, publicação em 11/02/06).

MEDIDA CAUTELAR INOMINADA - INTERVENÇÃO JUDICIAL - EMPRESA PRIVADA - TUTELA ANTECIPADA - POSSIBILIDADE. Para o deferimento de tutela antecipada, exige-se a demonstração inequívoca da verossimilhança do direito pleiteado e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, consoante determina o artigo 273 do Código de Processo Civil. O entendimento doutrinário atual encontra-se firmado no sentido de que, para ser possível a intervenção do Poder Judiciário na administração societária de empresa privada, através da nomeação de um terceiro como administrador, que tenha reconhecida capacidade técnica quanto ao negócio em análise, há de restar comprovado descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer por parte do antigo gestor. Deve ser franqueado à empresa que comprova a compra de cotas referentes a outra pessoa jurídica o acesso à administração da sociedade e dos documentos à mesma inerentes. (AI n. 410.901-3, 3ª Câmara Civil do extinto TAMG, Rel. Des. Teresa Cristina da Cunha Peixoto, j. 17/02/03, publicado em 21/02/04).

No caso dos autos, o agravado busca intervenção judicial por tempo indeterminado por atos de alegada má gestão. Não pede a intervenção em um ou outro ato de obrigação do administrador recorrente, mas de todas as atividades por ele desenvolvidas, hipótese essa vedada pelo ordenamento jurídico.

Deve ser anotado que os fundamentos apresentados pelo recorrido para justificar a medida podem ser sistematizados em: (a) dificuldades no acesso aos arquivos administrativos e contábeis da empresa; (b) existência de débitos perante a Receita Federal; (c) falsidade da informação prestada pelo escritório contábil que atestou a lisura da escrituração da empresa; (d) existência de expressivo montante de lucros acumulados não distribuídos; (e) omissão de informações necessárias à elaboração contábil; e (f) descumprimento de procedimentos legais e prática de ilícitos tributários e previdenciários, expondo o recorrido à incidência de multas e penalidades de toda sorte.

Acesso ao Sumário

Em que pese a gravidade das alegações, as mesmas ainda não estão cabalmente evidenciadas nos autos e, conforme declinado nesta decisão, de todo modo não serviriam a embasar o pedido de intervenção judicial.

Ademais, releva ressaltar, ainda, que o recorrido também é indicado como administrador do empreendimento no contrato social (fl. 74) com iguais direitos e responsabilidades, não havendo indicações sólidas quanto ao embaraço

involuntário do desempenho da função. Pelo contrário, há argumentação contraposta do recorrente indicando o desinteresse do agravado no negócio empresarial por expressivo lapso temporal.

Diante de todas as ponderações anotadas, necessário provimento do agravo.

Em razão do exposto, dá-se provimento ao recurso para revogar a decisão singular que havia nomeado interventor judicial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2171565-13.2014.8.26.0000, da Comarca de Itanhaém, em que é agravante SHERWIN-WILLIAMS DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA., é agravado M A DE OLIVEIRA EPP.

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 25711)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores. AFONSO BRÁZ (Presidente) e IRINEU FAVA

São Paulo, 22 de abril de 2015.

SOUZA LOPES, Relator

Ementa: Execução - Desconsideração da personalidade jurídica - Possibilidade - Ausência de prova da existência de patrimônio da empresa - Situação que só pode advir de má administração ou desvio de bens - Patrimônio do sócio que deve responder perante os credores - Interpretação do art. 50 do Código Civil - Recurso provido.

VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento contra a r. decisão copiada a fls. 10, que indeferiu o pedido de desconsideração da personalidade jurídica formulado pela agravante.

Sustenta que todas as tentativas de localização de bens da agravada restaram infrutíferas, todavia, a empresa encontra-se com situação cadastral ativa no site da Receita Federal e sistema SINTEGRA, restando claro o fechamento irregular

Acesso ao Sumário

pelos sócios. Alega que a dissolução irregular da empresa juntamente com o fato de não possuir patrimônio a fim de satisfazer suas obrigações são suficientes a ensejar a desconsideração da personalidade jurídica, estando caracterizado o abuso e o desvio de finalidade. Quer a reforma do *decisum*.

Em contraminuta, a agravada suscita a intempestividade do agravo e, no mérito, pugna pelo improvimento.

É o relatório.

O recurso apresentado merece acolhida.

De início, afasta-se a alegação de intempestividade do agravo.

Como se vê a fls. 11, a decisão guerreada foi disponibilizada no Diário da Justiça Eletrônico em 18/09/2014, considerando-se data da publicação o primeiro dia útil subsequente (19/09/2014 - sexta-feira).

Desta feita, a interposição do recurso em 01/10/2014 é tempestiva.

Trata-se de execução movida pela agravante em face da agravada, em 17/07/2009, sendo que todas as tentativas de localização de bens da executada restaram infrutíferas.

Ocorre que, conforme se depreende dos autos (fls. 30/31), a empresa executada permanece ativa.

Ora, como é cediço, não é admissível que uma empresa permaneça no comércio sem possuir patrimônio que garanta as dívidas que assume na praça.

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

Por certo que a ausência de bens para responder pela dívida decorre de má administração, quiçá, de fraude ou desvio, por isso, é o caso de se invadir o patrimônio dos sócios, únicos responsáveis pela ausência de patrimônio da sociedade.

A realidade que a lei não aceita é da existência da empresa insolvente e inadimplente, enquanto seus sócios permanecem em privilegiada posição, muitas vezes, mais ricos que o credor e é para coibir esse estado de injustiça que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica foi agasalhada pelo atual Código Civil, conforme acima explicitado.

Pelo exposto, dá-se provimento ao recurso para que se aplique ao caso a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, incluindo-se no polo passivo da demanda os sócios da executada.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2196371-15.2014.8.26.0000, da Comarca de Sorocaba, em que é agravante MOCOAGRO AGRÍCOLA E VETERINÁRIA LTDA., é agravado IHARABRAS S/A INDÚSTRIAS QUÍMICAS.

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 14543)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOVINO DE SYLOS (Presidente) e COUTINHO DE ARRUDA.

São Paulo, 22 de abril de 2015.

LUÍS FERNANDO LODI, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - Embargos à execução - Assistência Judiciária Gratuita - Pessoa Jurídica - Indeferimento do benefício postulado - Ausência de declaração de penúria financeira exigida por lei para a concessão da benesse - Decisão mantida, por fundamentação diversa. Recurso improvido.

VOTO

1. Agravo de Instrumento interposto por Mocoagro Agrícola e Veterinária Ltda., contra a respeitável decisão interlocutória de fls. 15, proferida pelo Magistrado José Carlos Metroviche, que em embargos à execução indeferiu o pedido de assistência judiciária gratuita formulado pela agravante.

Postula a concessão dos benefícios da Justiça Gratuita, ponderando que apresentou atestado de iliquidez financeira assinado por contabilista hábil, bem como, extratos bancários das agências em que possui conta corrente a fim de comprovar sua precária situação econômica.

Indeferido o efeito pretendido (fls. 78); vieram as informações do juízo da causa (fls. 83) e as contrarrazões (fls. 85/93).

É o relatório.

2. O recurso não merece provimento.

Inicialmente, observo que o recurso foi interposto somente pela pessoa jurídica.

Acesso ao Sumário

Com efeito, a gratuidade processual está reservada à pessoa física que declare, sob as penas da lei, que não possui recursos para arcar com as despesas do processo sem prejuízo de seu próprio sustento ou de sua família (artigo 4º, da Lei nº 1.060/50).

Com relação às pessoas jurídicas, somente em situações absolutamente excepcionais e desde que comprovada a efetiva carência financeira da empresa e a impossibilidade absoluta de arcar com as custas e despesas processuais sem prejuízo de suas atividades, é que se há cogitar da possibilidade da concessão da benesse, consoante, aliás, dispõe a Constituição Federal (artigo 5º, LXXIV).

No caso em comento, não foi juntado ao recurso a necessária declaração de penúria financeira exigida por lei para a concessão da almejada gratuidade da justiça, de modo que ela não pode ser concedida.

Admitir-se outra interpretação, frustraria a aplicação, por exemplo, das sanções do § 1º do art. 4º da Lei nº 1.060/50 e dos artigos 1º, *caput*, e 2º e 3º (responsabilidade civil, administrativa e criminal) da Lei nº 7.115/83.

Em suma, ausente declaração de penúria financeira, à eventual constatação de falsidade não sobreviria qualquer possibilidade de responsabilização.

Destarte, mantenho a decisão hostilizada, porém por fundamentação diversa.

Pelo meu voto, então, **NEGO PROVIMENTO** ao agravo de instrumento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2210692-55.2014.8.26.0000, da Comarca de Araraquara, em que é agravante BANCO SANTANDER BRASIL S/A, é agravado PAULO HENRIQUE FERNANDES.

ACORDAM, em 19ª 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 35.953)**

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

São Paulo, 27 de abril de 2015.

SEBASTIÃO JUNQUEIRA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA - Ação civil pública intentada pelo IDEC contra o agravante - Transitada em julgado em 2007 - Execução individual por poupador ajuizada em 2013 - Impossibilidade - Prescrição quinquenal - Precedentes do C. STJ - Recurso provido.

VOTO

Insurge-se o agravante contra a decisão que rejeitou a impugnação à liquidação de sentença (fls. 292/297); recurso regularmente processado; não houve resposta (fl. 312).

Relatório do essencial.

O inconformismo recursal justifica-se.

A questão subjacente, o agravado pretende a liquidação de sentença da ação civil pública promovida pelo IDEC contra o agravante; apresentada impugnação, esta foi rejeitada, residindo aí a razão do inconformismo.

Cumpre consignar que a condenação proferida em ação civil pública é genérica, pois intentada pelo IDEC contra a instituição financeira. A eficácia dessa decisão opera-se *erga omnes* e poderia ser liquidada e executada tanto da forma coletiva como por meio de ações individuais; no entanto, como nessas ações não há individualização das partes beneficiárias, verifica-se necessário que o agravado, que não figurou como parte na sentença exequenda, produza a prova do fato constitutivo do direito subjetivo individual, para que se possibilite a identificação do montante que lhe cabe.

Também necessária a citação da instituição bancária condenada, possibilitando-lhe o exercício do contraditório, com a observância concreta da existência ou não do direito pretendido, ainda que não se discuta a condenação genérica imposta pela ação civil pública.

E considerando que a insurgência do agravante baseia-se no reconhecimento da prescrição, verifica-se desacerto na decisão, pois a habilitação foi ajuizada em 30 de abril de 2013 (fls. 16/29), de forma que configurado o transcurso do prazo prescricional, pois a ação transitou em julgado em 07 de maio de 2007 (fl. 147).

Registre-se que o STJ firmou o entendimento em que deve ser aplicado idêntico prazo prescricional quinquenal aos casos de execução individual da sentença proferida na ação coletiva, *"não porque nasce uma nova e particular pretensão de execução, mas porque a pretensão da 'ação' teve o prazo de prescrição interrompido e reiniciado pelo 'último ato do processo'" (REsp nº 1.275.215/RS, Relator Ministro Luis Felipe Salomão)* e considerando os termos da Súmula nº 150 do STF, que assim dispõe:

Acesso ao Sumário

"Prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação".

No mesmo sentido, conferir os precedentes:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. CADERNETA DE POUPANÇA. EXECUÇÃO INDIVIDUAL. PRAZO PRESCRICIONAL. MATÉRIA PACIFICADA NO ÂMBITO DO STJ. SÚMULA 168/STJ. QUESTÕES CONSTITUCIONAIS. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. PREQUESTIONAMENTO DE ARTIGOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INVIABILIDADE. EMBARGOS REJEITADOS.

1. O acórdão ora embargado foi claro ao consignar que a matéria específica tratada nestes autos foi submetida a julgamento da Segunda Seção sob o rito dos recursos repetitivos (Resp 1.273.643/PR, Rel. Min. SIDNEI BENETI, DJe 4/4/13), sendo firmada orientação no mesmo sentido da tese constante do acórdão objeto dos embargos de divergência, qual seja, da aplicação do prazo quinquenal para a execução individual de sentença proferida em ação civil pública e da não aplicação da prescrição vintenária do processo de conhecimento transitado em julgado.

2. Assentou, ainda, que a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça 'consolidou entendimento no sentido de que o prazo prescricional das execuções individuais de sentença proferida em ação coletiva é quinquenal, por aplicação analógica do art. 21 da Lei nº 4.717/65' (AgRg nos EAREsp 23.902/PR, Rel. Min. GILSON DIPP, Corte Especial, DJe 25/4/13), o que atrai a incidência do óbice contido no enunciado sumular 168/STJ, segundo o qual 'Não cabem embargos de divergência quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado'.

3. Não ocorrentes as hipóteses insertas no art. 535 do CPC, inexistindo omissão ou contradição, não merecem acolhida os embargos que se apresentam com nítido caráter infringente, onde se objetiva rediscutir a causa já devidamente decidida.

4. As apontadas ofensas aos princípios constitucionais da segurança jurídica, coisa julgada e acesso à justiça não constaram da petição dos embargos de divergência, tampouco da petição do agravo regimental, cuidando-se, portanto, de inovação recursal somente suscitada em sede dos presentes embargos de declaração, cuja apreciação revela-se inviabilizada em face da preclusão consumativa.

5. Não compete ao Superior Tribunal de Justiça manifestar-se sobre

Acesso ao Sumário

suposta ofensa constitucional, ainda que para fins de prequestionamento, sob pena de invasão da competência do Supremo Tribunal Federal.

6. Embargos de declaração rejeitados". (EDcl no AgRg nos EAREsp 113.964/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 20/08/2014, DJe 28/08/2014)

"AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO (ART. 544 DO CPC) - EXECUÇÃO INDIVIDUAL DE SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO COLETIVA - APADECO - EXPURGOS INFLACIONÁRIOS COM REFLEXO EM CADERNETA DE POUPANÇA - PLANOS ECONÔMICOS - PRESCRIÇÃO QUINQUENAL - PRECEDENTE DA TURMA - RECURSO DESPROVIDO.

I - A suspensão determinada pelo art. 543-C do CPC aos processos que cuidam de matéria repetitiva orienta-se às causas que ainda não ascenderam aos tribunais superiores. Precedentes.

II - Nas execuções individuais, o prazo prescricional é o quinquenal, próprio das ações coletivas, contado a partir do trânsito em julgado da sentença proferida em ação civil pública, nos termos do precedente firmado no julgamento dos recursos especiais 1.275.215/RS e 1.276.376/PR, Dje 1º.2.2012.

III - Mantida a decisão que considerou prescrita a pretensão executiva.

IV - Agravo regimental não provido". (AgRg no AREsp 132.712/PR, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA,

julgado em 21/08/2012, DJe 28/08/2012)

"AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL. AGRAVO REGIMENTAL. EXECUÇÃO INDIVIDUAL DE SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRESCRIÇÃO.

1.- A Segunda Seção deste Tribunal, pacificou o entendimento de que o prazo para o ajuizamento da ação civil pública é de 5 anos, nos termos do disposto no art. 21 da Lei n. 4.717/65 (Lei da Ação Popular).

2.- Seguindo essa linha de entendimento, bem como a orientação da Súmula 150 do Supremo Tribunal Federal, as Turmas que compõem a Segunda Seção desta Corte adotam o entendimento de que o mesmo prazo prescricional, de 5 (cinco) anos, deve ser aplicado para o ajuizamento da execução individual da Sentença proferida em Ação Civil Pública, mesmo na hipótese em que, na ação de conhecimento, já transitada em julgado, tenha sido reconhecida a prescrição vintenária.

3.- Nesse sentido todos os julgamentos monocráticos proferidos, mantidos, por unanimidade em ambas as Turmas, nos Agravos Regimentais interpostos (cf. AgRg no AREsp 93.945/PR, Relª Minª NANCY ANDRIGHI,

Acesso ao Sumário

j. 22.5.2012, e AgRg no AREsp 94.922/PR, Rel. Min. MARCO BUZZI, j. 20.3.2012), afastada a

necessidade de suspensão dos julgamentos nesta Corte para aguardar julgamento de Recurso Repetitivo, destinado, este, a produzir efeitos quanto aos processos que permanecem suspensos na origem.

4.- Agravo Regimental improvido". (AgRg no AREsp 113.967/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/06/2012, DJe 22/06/2012)

"PROCESSO CIVIL. AGRAVO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO INDIVIDUAL DE SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRAZO PRESCRICIONAL. CINCO ANOS.

- A suspensão determinada pelo art. 543-C do CPC aos processos que cuidam de matéria repetitiva orienta-se às causas que ainda não ascenderam aos tribunais superiores. Precedentes.

- O prazo quinquenal estabelecido na Lei nº 4.717/65 (Lei da Ação Popular) aplica-se à ação civil pública e também à respectiva execução (Súmula n. 150/STF).

- Não há que se falar em ofensa à coisa julgada formada no processo de conhecimento, quando a prescrição reconhecida na fase de execução é superveniente à sentença coletiva transitada em julgado. Assim, não há coisa julgada em relação ao que sucedeu após a sentença, vale dizer, a inação do beneficiado pela coisa julgada ao longo do prazo de prescrição para a execução da sentença coletiva (5 anos). A regra abstrata de direito que fixa o prazo de prescrição, adotada na fase de conhecimento, em desconformidade com a jurisprudência atual do STJ, não faz coisa julgada para reger o prazo da prescrição da execução.

- Agravo não provido". (AgRg no AREsp 93.945/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/05/2012, DJe 28/05/2012)

Como consequência, a decisão merece reparos; reconhece- se a prescrição, invertendo-se o ônus da sucumbência, com a observância de que o agravado é beneficiário da assistência judiciária gratuita (fl. 148), aplica-se o disposto no art. 12 da Lei nº 1.060/50.

Por tais razões, dão provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

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

2232048-09.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante BANCO BRADESCO FINANCIAMENTOS S/A, é agravada LUCINEIA INFANTE RIBEIRO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16667)**

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

São Paulo, 4 de maio de 2015.

MARINO NETO, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - INTEMPESTIVIDADE - SISTEMA SAJ INDISPONÍVEL – PRORROGAÇÃO DO ÚLTIMO DIA DO PRAZO RECURSAL - Apelação não recebida, entendimento de intempestividade - Indisponibilidade do sistema SAJ do Tribunal de Justiça (1ª e 2ª Instância) comprovado - Reforma da decisão agravada para declarar que o protocolo do recurso de apelação é tempestivo. Recurso provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a decisão que, nos autos da ação de restituição de indébito (taxas e/ou tarifas bancárias) ajuizada por **Lucineia Infante Ribeiro** em face de **Banco Bradesco Financiamento S/A**, não recebeu o recurso de apelação do réu, ante a sua intempestividade.

Requer o réu a reforma da decisão, pois a seu ver o prazo foi prorrogado para o dia subsequente, em razão da indisponibilidade do sistema eletrônico (SAJ).

Recurso recebido e processado, dispensando-se as informações previstas no artigo 527, inciso IV, do Código de Processo Civil, bem como a contraminuta.

É o relatório.

O recurso merece provimento. No dia fatal para a interposição do recurso (14.08.2014) o sistema SAJ do Tribunal de Justiça esteve indisponível por mais de duas horas, conforme transcrição da página do site do Tribunal de Justiça. (endereço eletrônico constante no texto original)

Acesso ao Sumário

14/08/2014	16:49:02	14/08/2014	19:23:02	02:34:00
Total	0d 02:34:00			

Estabelece o artigo 10, da Lei nº 11.419/2006:

"A distribuição da petição inicial e a juntada da contestação, dos recursos e das petições em geral, todos em formato digital, nos autos de processo eletrônico, podem ser feitas diretamente pelos advogados públicos e privados, sem necessidade da intervenção do cartório ou secretaria judicial, situação em que a autuação deverá se dar de forma automática, fornecendo-se recibo eletrônico de protocolo.

§ 1º Quando o ato processual tiver que ser praticado em determinado prazo, por meio de petição eletrônica, serão considerados tempestivos os efetivados até as 24 (vinte e quatro) horas do último dia.

§ 2º No caso do § 1º deste artigo, se o Sistema do Poder Judiciário se tornar indisponível por motivo técnico, o prazo fica automaticamente prorrogado para o primeiro dia útil seguinte à resolução do problema.

§ 3º Os órgãos do Poder Judiciário deverão manter equipamentos de digitalização e de acesso à rede mundial de computadores à disposição dos interessados para distribuição de peças processuais." (grifei)

O artigo 8º, parágrafo único, da Resolução 551/2011, por sua vez, traz a forma de reconhecimento da indisponibilidade:

"Art. 8º - Nos casos de indisponibilidade do sistema ou impossibilidade técnica por parte do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

I - prorroga-se, automaticamente, para o primeiro dia útil seguinte à solução do problema, o termo final para a prática de ato processual sujeito a prazo;

II - serão permitidos o encaminhamento de petições e a prática de outros atos processuais em meio físico, nos casos de risco de perecimento de direito.

Parágrafo único. A indisponibilidade de sistema ou impossibilidade técnica serão reconhecidas no sítio do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo".

E ainda, o Provimento CG nº 26/2013, considera:

"Quando o ato processual tiver que ser praticado em determinado prazo, por meio de petição eletrônica, serão considerados tempestivos os efetivados até as 24 (vinte e quatro) horas do último dia" (§ 1º do art. 10. da Lei nº 11.419/2006);

Art. 3º Em primeira instância, os prazos que vencerem no dia da

ocorrência de indisponibilidade de quaisquer dos serviços referidos no art. 1º serão prorrogados para o dia útil seguinte à retomada de funcionamento, quando:

I- a indisponibilidade for superior a sessenta minutos, ininterruptos ou não, se ocorrida entre as 6 horas e as 23 horas;

II- ocorrer indisponibilidade das 23 horas às 24 horas." Assim, o recebimento do recurso de apelação é admissível, por se tratar de protocolo temporâneo ante a comprovada indisponibilidade do sistema do TJ no dia 20/01/2014.

Assim, o recebimento do recurso de apelação é admissível, por se tratar de protocolo tempestivo ante a comprovada indisponibilidade do Sistema de Automação da Justiça no dia 14.08.2014.

Posto isso, dá-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2039067-16.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante UAJDI MENEZES MOREIRA, é agravada EMILIA STUDART MELO MOREIRA.

ACORDAM, em 18ª 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 30115)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores WILLIAM MARINHO (Presidente) e HENRIQUE RODRIGUERO CLAVISIO.

São Paulo, 6 de maio de 2015.

ROQUE ANTONIO MESQUITA DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: RECURSO - Agravo de Instrumento - Possessória - Ação de manutenção de posse, posteriormente reintegração - Insurgência contra o respeitável "decisum" que deferiu a liminar obstando a transferência da posse direta sobre o imóvel pelo agravante a terceiro, a qualquer título, inclusive locação e comodato, mantida a agravada na posse - Inadmissibilidade - Requisitos descritos no artigo 927 do CPC, configurados - Inexiste ofensa aos artigos 927

Acesso ao Sumário

e 932, do CPC, artigos 1.196 e 1.228 do Código Civil, bem como ao artigo 5º, XXII, da Constituição Federal - Não constatada litigância de má-fé do agravante - Pedido de reconsideração prejudicado - Recurso improvido.

VOTO

1) Cuida-se de agravo de instrumento tirado de ação de manutenção de posse, posteriormente reintegração, e voltado à reforma de decisão que deferiu a liminar obstando a transferência da posse direta sobre o imóvel pelo agravante a terceiro, a qualquer título, inclusive locação e comodato, mantida a agravada na posse.

Sustenta o agravante, em síntese, que o objeto da ação é o imóvel localizado nesta Capital na Avenida Morumbi, nº 1.462, casa nº 05, Jardim Guedala, sobre o qual a agravada alega manter posse conjunta, que deve ser respeitada, mesmo durante o período em que estiver temporariamente no exterior.

Observa que ela faltou com a verdade porque a mudança da família ocorreu de modo definitivo, estabelecendo residência na cidade de Nova Iorque, nos Estados Unidos, sem qualquer intenção de retornar ao Brasil, fato que levou o recorrente a colocar à venda ou dar em locação o imóvel acima referido; além disso, prossegue, adquiriu um apartamento no exterior para servir de lar conjugal e concluiu um distrato do contrato de locação não residencial do imóvel locado pela sociedade denominada Interteve Serviços Ltda., tendo alienado sua participação societária e deixando o quadro social em agosto de 2014, encerrando suas atividades comerciais no Brasil.

Inclusive, diz o recorrente que todos os veículos pertencentes à referida empresa bem como ao casal foram alienados, os contratos de trabalho dos prestadores de serviços domésticos foram rescindidos, o plano de saúde foi encerrado e contratado outro no exterior, ocorrendo também as matrículas das filhas menores do casal em uma escola de Nova Iorque.

Observa que o imóvel objeto da ação lhe pertence de modo exclusivo, de modo que sobre ele a agravada não é titular de qualquer direito, não existindo quaisquer bens de natureza pessoal pertencentes à recorrida, de modo que não se pode falar em esbulho atribuído ao agravante, posto que a agravada não mantém posse sobre o imóvel, não estando caracterizados os requisitos previstos nos arts. 927 e 932, do CPC e art. 1.196 do Código Civil. Alega afronta ao art. 5º, XXII, da Constituição Federal e 1.228 do Código Civil.

A agravada ofertou a petição de fls. 195/196 a fim de que ficasse mantida a liminar, inclusive anexando os documentos de fls. 198/207, tendo o agravante impugnado a pretensão conforme petição e documentos de fls. 210/226.

Acesso ao Sumário

Este desembargador relator indeferiu o pedido de efeito suspensivo apresentado pelo agravante, inclusive alertando sobre a necessidade de tradução dos documentos em língua inglesa a fim de serem conhecidos pela Turma Julgadora (fls. 227/230).

O agravante pediu a reconsideração daquela deliberação em fls. 234/250 e 253/257. Juntou os documentos que entendeu pertinentes devidamente traduzidos para o vernáculo (fls. 259/322).

A agravada ofertou sua resposta em fls. 324/376, inclusive também juntando documentos, refutando todos os argumentos do agravante e pedindo sua condenação nas penas pela litigância de má-fé por alterar a verdade dos fatos e proceder de modo temerário.

Recurso regularmente processado e preparado.

É o relatório.

VOTO.

2) De início deixo consignado que o pedido de reconsideração formulado pelo agravante em face da decisão deste desembargador relator que indeferiu o efeito suspensivo restou prejudicado, uma vez que este agravo de instrumento está em termos para o julgamento.

O documento de fls. 144/152 revela que a agravada aforou ação de manutenção de posse em face do agravante esclarecendo que são casados e possuem duas filhas menores, tendo a família sua residência na casa de nº 05, localizada na Avenida Morumbi, nº 1.462, Jardim Guedala, nesta Capital, sendo certo que em setembro de 2014 a família decidiu passar um período temporário na cidade de Nova Iorque, nos Estados Unidos da América, a fim de ganhar experiência no exterior.

Porém, o agravante, considerando as tratativas para um divórcio, decidiu unilateralmente locar o imóvel supra referido e retirar todos os pertences, com o que não concordou a agravada e diante da insistência, ajuizou a ação de origem a fim de garantir a sua presença no imóvel bem como das suas filhas menores, requerendo a liminar nesse sentido.

A MMª Juíza de Direito doutora Claudia de Lima Menge deliberou em deferir a liminar proibindo o agravante de transferir a posse do imóvel para terceiro, inclusive reintegrando a recorrida na posse (fls. 175/176 e 189).

Diante dessa circunstância foi ajuizado o presente recurso pelo agravante, que não prospera, com a devida vênia, malgrado o esforço de argumentação de seus zelosos advogados.

De início deve ficar bem claro que o ponto nodal a ser objeto de decisão pela Turma Julgadora diz respeito a manutenção e reintegração da agravada **em caráter liminar**, de modo que apenas por ocasião da sentença é que será

Acesso ao Sumário

emitido um juízo a respeito do mérito da lide.

O mandado liminar de manutenção ou reintegração de posse está regulamentado pelo art. 928, do CPC, desde que fiquem provados pelo polo ativo os requisitos previstos no art. 927, do mesmo código.

Ora, a prova documental produzida pela agravada na ação de origem foi suficiente para convencer o Juízo de que mantinha a posse sobre o imóvel, inclusive sobre os pertences existentes na residência e que em razão da conduta atribuída ao agravante, de modo unilateral, acabou perdendo a relação jurídica que mantinha com suas coisas a partir da presença no exterior (fls. 160/163, 339/351).

Convém lembrar que a liminar em ação possessória representa um juízo de cognição incompleta, destinada a um conhecimento superficial e a orientar uma decisão de caráter eminentemente provisório, como já decidido por esta Corte no Agravo de Instrumento nº 0503656-59.2010, rel. Des. Gilberto dos Santos, 11ª Câmara de Direito Privado.

No dizer de Nelson e Rosa Maria Nery, *"a liminar em ação possessória tem caráter de adiantamento do resultado do pedido de proteção possessória. A concessão da liminar funciona como se o juiz tivesse julgado procedente o pedido, liminar, antecipada e provisoriamente, até que seja feita a instrução e sobrevenha a sentença. A única semelhança com a cautelar é o atributo da provisoriedade, já que o juiz pode revogar a liminar e concedê-la, novamente, se for o caso, ou a propósito do juízo de retratação, se for interposto agravo de instrumento"* ("Código de Processo Civil Comentado", 13ª edição, Revista dos Tribunais, 2013, p. 1.402).

Também não pode ser olvidado, como este desembargador lembrou em fls. 229, que o art. 1.210, § 2º, do Código Civil, peremptoriamente dispõe que **"não obsta à manutenção ou reintegração na posse a alegação de propriedade, ou de outro direito sobre a coisa"**.

Portanto, para fins de concessão da liminar considero que o Juízo de origem proferiu a decisão mais acertada, mantendo a agravada na posse do imóvel e de seus pertences, inclusive porque o casal tem duas filhas menores, que estão habituadas a conviver naquele local, até que seja proferida a sentença, dirimindo de uma vez por todas a questão.

Por essa razão os demais argumentos e documentos trazidos pelas partes (de modo especial aqueles em fls. 25, 60/62, 64/67, 69/72, 74/87, 89/93, 94/135, 154, 155, 156/159 e outros) não se apresentam relevantes para a reforma da decisão interlocutória de primeiro grau, ficando para apreciação por ocasião do julgamento do mérito da lide, como acima deixei consignado, de modo que segundo o meu sentir não se pode afirmar, desde já, como fez o recorrente, que foram ofendidos os arts. 927 e 932, do CPC e arts. 1.196 e 1.228, ambos do

Acesso ao Sumário

Código Civil, bem como o art. 5º, XXII, da Constituição Federal.

Finalmente, entendo que não prospera o pedido da agravada, formulado na sua resposta, direcionado à condenação do agravante nas penas pela litigância de má-fé por alterar a verdade dos fatos e proceder de modo temerário (art. 17, II e V, do CPC). É sabido que a primeira conduta consiste em afirmar fato inexistente, negar fato existente ou dar versão mentirosa para fato verdadeiro e a segunda em agir de modo afoito, tendo consciência do injusto.

Ora, as provas coligidas pelas partes neste instrumento não permitem concluir que o agravante assumiu esses comportamentos. Apenas por ocasião da sentença, depois da regular instrução, com ampla defesa e contraditório, é que se poderá emitir um juízo de valor a esse respeito, de modo que rejeito essa pretensão, com a devida vênia.

3) Ante o exposto, o meu voto nega provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2055757-23.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante JOSÉ NEGRETE GARCIA, é agravado BANCO DO BRASIL 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 35337)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores AFONSO BRÁZ (Presidente sem voto), SOUZA LOPES e IRINEU FAVA.

São Paulo, 25 de maio de 2015.

HENRIQUE NELSON CALANDRA, Relator

Ementa: Agravo de instrumento. Ação Civil Pública. Expurgos Inflacionários. Liquidação de sentença transitada em julgado. Prevenção desta C. Câmara para apreciação dos recursos oriundos do processo nº 0403263-60.1993.8.26.0053, que tramitou perante a 6ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital. Decisão agravada que acolheu as teses adotadas por esta C. Câmara e determinou, dentre outras deliberações, que o exequente refaça os cálculos, assim como a expedição de mandado de levantamento

Acesso ao Sumário

em relação ao valor incontroverso. Na r. decisão agravada as determinações constantes nos votos deste Relator foram reproduzidas integralmente, e, por isso, desnecessária a repetição dos fundamentos nela adotados. Forçoso convir pela manutenção integral da r. decisão recorrida, já que está em consonância com o entendimento sedimentado nesta C. Câmara, inclusive com relação aos juros moratórios, que deverão ser calculados de forma simples, incidindo desde a citação do Banco-executado na fase de cumprimento de sentença até efetivo pagamento. Decisão mantida. Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento tirado pela parte exequente, nos autos de ação civil pública, em fase de execução do julgado, contra a r. decisão interlocutória que acolheu as teses adotadas por esta C. Câmara, inclusive com relação à incidência de juros moratórios a partir da citação do Banco-executado na fase de cumprimento de sentença até efetivo pagamento, e determinou, dentre outras deliberações, que o exequente refaça os cálculos, assim como a expedição de mandado de levantamento em relação ao valor incontroverso.

Insurge-se o poupador, requerendo a reforma da r. decisão agravada, especialmente no que concerne ao termo inicial dos juros moratórios.

Recebo o recurso sem efeito suspensivo, dispensadas as informações, como também a contraminuta da parte agravada, tendo em vista o grande número de feitos semelhantes julgados por esta C. Câmara.

É o relatório.

Este recurso não comporta provimento.

Trata-se de agravo de instrumento interposto em sede de cumprimento de sentença proferida em Ação Civil Pública, ajuizada em 1993 pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC) em face de Nossa Caixa Nosso Banco S/A (incorporado pelo Banco do Brasil), que tramitou perante a 6ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital (nº 0403263-60.1993.8.26.0053), por meio da qual foi reconhecido o direito dos clientes bancários a valores não creditados corretamente em suas cadernetas de poupança, referente ao Plano Verão, com efeito *erga omnes*, transitada em julgado em março de 2011.

A r. decisão passada em julgado na ação principal de conhecimento condenou o Banco ao pagamento da diferença não creditada às cadernetas de poupança com aniversário na primeira quinzena de janeiro de 1989, quando da edição do Plano Verão, adotando o índice de 42,72% (Recurso Especial nº

Acesso ao Sumário

323.191-SP). E, dessa forma, deduzindo-se o índice efetivamente aplicado à época, o poupador faz jus ao recebimento da diferença de 20,3609%, observada a fórmula matemática para cálculo de porcentagem.

Esta Câmara já apreciou milhares de recursos oriundos daquela Ação Civil Pública, e deverá analisar outros tantos, daí porque, após exaustivamente sopesar as mais variadas teses ventiladas pelos litigantes (respeitados todos os entendimentos sustentados em sentido contrário), força convir pela necessidade desta Câmara consignar seu posicionamento em torno das temáticas que emergem dos variados agravos de instrumento interpostos.

Tal dinâmica também teve por escopo evitar a perpetuação dos litígios travados entre os Bancos e os poupadores, tendo em vista que a ação coletiva objetiva a tutela de interesses individuais homogêneos, razão pela qual imprescindível a maior unanimidade possível no julgamento dos inúmeros cumprimentos de sentença.

As teses adotadas por esta C. Câmara estão elencadas na ementa a seguir transcrita:

> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação Civil Pública. Expurgos Inflacionários. Liquidação de sentença transitada em julgado. Prevenção desta C. Câmara para apreciação dos recursos oriundos do processo nº 0403263-60.1993.8.26.0053, que tramitou perante a 6ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital. Adoção do índice de 42,72% para cálculo da diferença não creditada quando da edição do Plano Verão em relação às cadernetas com aniversário na primeira quinzena de janeiro de 1989. Após a dedução do índice efetivamente aplicado à época, o poupador faz jus ao recebimento da diferença de 20,3609%.*
>
> *Suspensão do andamento da execução. Determinação com fulcro nos Recursos Especiais nº 1.391.198-RS, e nº 1.370.899-SP, e Recurso Extraordinário nº 573232. Irrazoabilidade. Feito que deve prosseguir na origem.*
>
> *Efeitos da sentença e foro da ação. O poupador pode habilitar-se para o cumprimento da r. sentença, que tem efeito "erga omnes", no foro de seu domicílio.*
>
> *Filiação ao IDEC/Legitimidade ativa. Desnecessidade de comprovação de filiação do poupador ao IDEC. Precedentes do STJ e desta Corte.*
>
> *Custas iniciais. Necessidade de recolhimento. Possibilidade de diferimento nos termos do artigo 5º da Lei Estadual nº 11.608/2003, que não possui rol taxativo. Entendimento majoritário desta Câmara.*
>
> *Prescrição da execução individual. O prazo prescricional para execução individual em Ação Civil Pública é de 5 (cinco) anos, contados do trânsito em julgado da r. sentença.*

Acesso ao Sumário

Título executivo judicial. Execução lastreada em sentença condenatória genérica proferida em Ação Civil Pública que transitou em julgado. Desnecessidade de liquidação por artigos ou arbitramento, bastando a apresentação de simples cálculos aritméticos para a apuração do valor devido, nos termos dispostos no art. 475-B do CPC.

Juros remuneratórios. Cabimento. Necessidade de plena recomposição do saldo em caderneta de poupança. Cômputo à razão de 0,5% ao mês, de forma capitalizada, a partir de fevereiro de 1989 até a data do efetivo pagamento.

Correção monetária. Atualização devida para preservação do valor intrínseco da moeda. Utilização dos índices da Tabela Prática do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, desde fevereiro de 1989 até efetivo pagamento.

Juros moratórios. Cabimento. Ainda que existam divergências sobre o termo inicial dos juros moratórios, esta Câmara entende que são devidos a partir da citação da execução individual. Incidência, de forma simples, da citação do Banco-executado na fase de cumprimento de sentença até efetivo pagamento.

Cumulação entre juros remuneratórios, moratórios e correção monetária. Possibilidade. A jurisprudência dominante desta Corte permite a cumulação de juros remuneratórios, moratórios e correção monetária pela Tabela Prática.

Liquidação do débito. Desnecessidade de liquidação por artigos ou arbitramento. Mero cálculo aritmético, nos termos do art. 475-B do CPC, cujo rito garante celeridade ao trâmite desta fase processual. Inexistência de complexidade na apuração do débito.

Honorários advocatícios. Verba devida em sede de execução de sentença nas hipóteses de não pagamento espontâneo do débito pelo Banco. Apresentação de impugnação que caracteriza verdadeiro contraditório. Ainda que a impugnação seja parcialmente acolhida, a verba honorária deve ser arbitrada em favor do poupador, no importe de 10% sobre o proveito econômico por ele obtido.

Valor incontroverso da condenação. Caberá ao MM. Juízo a quo determinar o levantamento do valor incontroverso, a pedido do poupador, oportunamente."

Na r. decisão agravada, além da ementa retromencionada, as determinações constantes nos votos deste Relator foram reproduzidas integralmente pelo Juízo *a quo*, e, por isso, desnecessária a repetição dos fundamentos nela adotados.

Forçoso inferir, pois, pela mantença integral da r. decisão recorrida, posto que em consonância com o entendimento sedimentado nesta E. Câmara,

inclusive com relação aos juros moratórios, que deverão ser calculados de forma simples, a incidir desde a citação do Banco-executado na fase de cumprimento de sentença até efetivo pagamento.

Com relação à multa, cabe salientar que somente deve ser aplicada nos casos em que a instituição financeira efetua o depósito para garantia do juízo sem observância do prazo quinzenal estabelecido pelo § 1º do art. 475-J do CPC.

Portanto, tempestivo o depósito da quantia pleiteada pelo exequente, indevida a aplicação pelo Juízo monocrático da multa de 10% prevista no referido art. 475-J, inclusive nos casos em que o Banco apresenta resistência às pretensões do poupador por meio de impugnação ao cumprimento de sentença.

Em arremate, cabe consignar que a Presidência da Seção de Direito Privado tem remetido a este Relator diversos recursos já julgados por esta C. Câmara, em atendimento ao disposto no artigo 543-C, parágrafo 7º, inciso II, do Código de Processo Civil, para pronunciamento a respeito das decisões proferidas nos Recursos Especiais nº 1361800/SP e 1370899/SP, da relatoria dos Ministros Raul Araújo e Sidnei Beneti, que tratam do termo inicial dos juros moratórios.

Respeitados os posicionamentos em sentido contrário, esta Câmara entende que, no caso de execuções individuais de título judicial proferido em Ação Civil Pública, os juros de mora são devidos a partir da citação do Banco na fase do respectivo cumprimento do julgado/sentença, posicionamento mantido após reexame da questão, considerando os Recursos Especiais suso mencionados, daí porque nada se alterará em sede de juízo de retratação. Nesse sentido: Agravo de Instrumento nº2038658-74.2014.8.26.0000; Embargos de Declaração nº 2008573-08.2014.8.26.0000/50000; Embargos de Declaração nº 2058720-38.2014.8.26.0000/50000.

Consideram-se prequestionados todos os temas e artigos de lei ora abordados, a fim de viabilizar à parte interessada a interposição dos recursos extremos, e de modo particular os seguintes dispositivos: artigo 5º, *caput* e incisos XXI e LIV, da CF; artigos 81, parágrafo único, III, 82, IV, 95 e 97, da Lei 8.078/90; artigo 5º da Lei 7.347/85; artigo 2º-A, *caput* e parágrafo único, da Lei 9.494/97; artigo 189 do Código Civil; artigos 20, *caput* e § 4º, e 475-L, IV, 475-B, 475-E, 475-J e 475-N, do CPC.

Em suma, os argumentos trazidos pela parte agravante não foram suficientes para demonstrar o desacerto da r. decisão hostilizada que, portanto, merece sobreviver por seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2051071-85.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante CONSULTÓRIO ODONTOLÓGICO BOM PASTOR SS LTDA. ME, é agravado CONDOMÍNIO EDIFÍCIO ALMIRA GONÇALVES.

ACORDAM, em 25ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 9814)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VANDERCI ÁLVARES (Presidente) e EDGARD ROSA.

São Paulo, 9 de abril de 2015.

CLAUDIO HAMILTON, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – TUTELA ANTECIPADA - Insurgência quanto ao indeferimento de antecipação de tutela para restabelecimento de fornecimento de água pelo condomínio - Presentes os requisitos do art. 273 do CPC - Arbitrariedade no corte - Interrupção do serviço de fornecimento de água - Prerrogativa conferida pela lei somente as concessionárias de serviços públicos - Dever de restabelecimento para fornecimento regular de água, no prazo de 48 horas, sob pena de multa diária de R$ 200,00 até o limite de 30 dias - Decisão reformada - Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

CONSULTÓRIO ODONTOLÓGICO BOM PASTOR SS LTDA. ME, agrava de instrumento da decisão proferida nos autos da ação de obrigação de fazer com pedido de tutela antecipada ajuizada em face de CONDOMÍNIO EDIFÍCIO ALMIRA GONÇALVES, pela qual o MM. Juiz *a quo* indeferiu a antecipação dos efeitos da tutela, ante a ausência dos requisitos para o acolhimento do pedido.

Não houve determinação de intimação do agravado, para contraminuta, pois a relação processual não está formada.

Defiro o pedido de antecipação da tutela recursal.

É o relatório.

Narra o autor, em síntese, que ingressou com a presente demanda a fim de compelir o condomínio a cessar o corte arbitrário quanto ao fornecimento de água para a "galeria", no período vespertino (a partir das 14h00min), conforme fora determinado pela administração condominial.

O agravante pleiteou concessão de liminar para que o condomínio fosse obrigado a restabelecer imediatamente o fornecimento de água em período integral.

O pleito foi indeferido. Daí o inconformismo.

O requerente sustenta que o Magistrado *a quo* não fundamentou sua decisão, limitando-se a arguir inexistência de dano irreparável ou de difícil reparação.

Neste diapasão, discorre que é evidente o dano de difícil reparação, pois a cada vez que o fornecimento é interrompido, torna-se inviável a exploração das atividades comerciais desenvolvidas, uma vez que se trata de consultório odontológico, consideravelmente dependente do consumo de água.

Aponta que em decorrência do corte, há impedimentos para que se atenda qualquer paciente após as 14 horas, dado que não é possível a higienização dos materiais, além de ausentes às estruturas mínimas para realização do ofício.

Assegura existir verossimilhança nas alegações, tendo em vista que é fundamental o fornecimento de água em período integral, sendo notório que o corte, ainda que somente no período da tarde, inviabiliza o atendimento de significativa parte dos pacientes.

Por conseguinte, afirma que o condomínio não possui competência para determinar o corte de água, tratando-se de ato ilegal exarado por pessoa incompetente.

Invoca o 40º artigo da Lei nº 11.445/2007, expondo que somente o prestador de serviços poderá cessar o fornecimento e, ainda assim, apenas em determinadas hipóteses, estando estas elencadas nos incisos I a V do artigo supracitado.

Ademais argumenta que não é possível a interrupção no fornecimento de água para obtenção de descontos na fatura, tampouco para economia forçada de água, nos termos do art. 46 da mencionada lei. Afirma ser unicamente possível em caso de contaminação ou escassez do recurso, desde que a medida seja adotada após declaração de racionamento pela autoridade gestora do recurso.

Deste modo, requer que seja deferido o pedido de antecipação de tutela recursal para liminarmente determinar que o agravado se abstenha de interromper o fornecimento de água, sob pena de imposição de multa e que, ao final, seja provido o recurso.

O agravo de instrumento merece prosperar.

Acesso ao Sumário

Com efeito, o art. 273 do Código de Processo Civil faculta ao juiz a possibilidade de antecipação da tutela, total ou parcial, condicionada a três requisitos: a) prova inequívoca da alegação; b) verossimilhança do pedido e c) receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou que fique caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

O pressuposto básico para a antecipação da tutela é que a situação fática e jurídica posta pelo autor da demanda convençam o julgador da quase certeza de que a decisão final terminará pela procedência da pretensão.

Por prova inequívoca, ensina Humberto Theodoro Júnior (Curso de Direito Processual Civil, 41ª edição, pág. 420, 755/756): "Deve entender-se que por sua clareza e precisão, autorizaria, desde logo, um julgamento de acolhida do pedido formulado pelo autor - mérito - se o litígio, hipoteticamente, devesse ser julgado naquele instante. Por tratar-se de medida satisfativa tomada antes de completar-se o debate e instrução da causa, a lei condiciona a certas precauções de ordem probatória. Mais do que a simples aparência de direito, *fumus boni iuris*, reclamada para as medidas cautelares, exige a lei que a antecipação de tutela seja sempre fundada em 'prova inequívoca' (...). Exige-se, em outros termos, que os fundamentos da pretensão à tutela antecipada sejam relevantes e apoiados em prova idônea. Realmente, o perigo de dano e a temeridade da defesa não podem ser objeto de juízos de convencimento absoluto. Apenas por probabilidade, são apreciáveis fatos dessa espécie.

Mas a lei não se contenta com a simples probabilidade, já que, na situação do art. 273 do Código de Processo Civil, reclama a verossimilhança a seu respeito, a qual somente se configurará quando a prova apontar para uma probabilidade muito grande de que sejam verdadeiras as alegações do litigante".

A jurisprudência inclina-se no mesmo sentido:

"Prova inequívoca é aquela a respeito da qual não mais admite qualquer discussão. A simples demora na solução da demanda não pode, de modo genérico, ser considerada como caracterização da existência de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação salvo em situações excepcionalíssimas" (STJ, 1ª Turma, REsp nº 113.368-PR, rel. Min. José Delgado, j. 7.4.97, deram provimento, v.u. DJU 19.5.97, P. 20.5.93).

Feita esta análise, consideram-se presentes os requisitos ensejadores ao deferimento da liminar, dado que há verossimilhança nas alegações do agravante, além de ser inequívoca a conduta censurável do condomínio, pois, ainda que em sede de cognição sumária, a medida reveste-se de caráter absolutamente arbitrário e abusivo, ao suspender o fornecimento de água. Igualmente, se mostra convincente o receio de dano de difícil reparação, uma vez que o consultório odontológico encontra-se restrito as suas funções, consequentemente ao ganho mensal esperado, inclusive correndo o risco de "fechar as portas".

Acesso ao Sumário

Neste sentido, já decidiu este E. Tribunal de Justiça:

"ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA - POSSIBILIDADE. Os requisitos expressos no art. 273 do CPC devem ser preenchidos para a concessão do pedido de antecipação dos efeitos da tutela - a Agravante/ Reconvinte demonstrou a presença do 'fumus boni iuris' e do 'periculum in mora' exigidos pela lei - reversibilidade da medida que autoriza o seu deferimento - concessão do efeito ativo, sendo deferida a antecipação de tutela, determinando-se o fornecimento de água à unidade da Agravante/Reconvinte. RECURSO DA AGRAVANTE PROVIDO." (Agravo de Instrumento nº 2050416-50.2014.8.26.0000, Desembargadora Relª. Berenice Marcondes Cesar, 27ª Câmara de Direito Privado, J. 05.08.2014) (grifo nosso).

No mais, nos termos do art. 6º da Lei nº 8.987/95 é possível verificar cristalina disposição acerca da continuidade do serviço público essencial, *in verbis*: *"Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato"*.

No parágrafo 3º do mesmo artigo constata-se que somente é permitida a interrupção, não se caracterizando descontinuidade do serviço, em duas hipóteses: *"§ 3º (...) quando: I - motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e, II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade"*.

Todavia, no caso em discussão, não se verificou nem a hipótese do inciso I, tampouco do inciso II, não sendo razoável que o condomínio oponha aos comerciantes ou aos moradores, arbitrariamente, o ônus decorrente da crise hídrica.

Ademais, a concessão de medida liminar efetivamente não trará nenhum prejuízo ao condomínio, caso conclua-se por improcedente a demanda.

Ante o exposto, ao recurso é dado provimento para determinar restabelecimento do fornecimento de água em período integral, no prazo de 48 horas, sob pena de multa diária em R$ 200,00, até o limite de 30 dias.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2028365-11.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante MORIS ARDITTI, é agravado BRPR IV EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA..

ACORDAM, em 33ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça

de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.164-D)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIZ EURICO (Presidente sem voto), MARIA CLÁUDIA BEDOTTI e SÁ DUARTE.

São Paulo, 13 de abril de 2015.

MARIO A. SILVEIRA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - Interposição contra decisão que deferiu pedido de penhora de valores decorrentes de plano de previdência privada e, sem prejuízo, incluída a penhora de valores aplicados em renda fixa. Possibilidade de constrição, ante a inexistência de vedação legal. O artigo 649, IV, do Código de Processo Civil, visa à proteção do salário e congêneres que especifica, verbas de caráter alimentar que, destinadas ao próprio sustento e da família, não se assemelham ao plano de previdência privada, cuja natureza é de investimento. Ressalvadas as exceções, é legítimo que o devedor responda com todos os seus bens, como estabelece o artigo 591 do Código de Processo Civil. Decisão mantida. Agravo de Instrumento não provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento (fls. 01/09) interposto por Moris Arditti Nelson de Souza contra a decisão (fls. 16/17) proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível do Foro Regional de Pinheiros na Comarca da Capital que, nos autos da execução de título extrajudicial ajuizada contra ele por BRPR IV Empreendimentos e Participações Ltda., deferiu pedido de penhora de valores decorrentes de plano de previdência privada e, sem prejuízo, incluída a penhora de valores aplicados em renda fixa. Inconformado, o executado sustenta, em síntese, que os depósitos em fundo de previdência privada têm natureza alimentar, sendo, portanto, impenhoráveis, por força do que dispõe o artigo 649, IV, do Código de Processo Civil e, com isso, objetiva que não prevaleça a decisão combatida. Pugna pelo efeito suspensivo. Postula o provimento do agravo de instrumento e, por conseguinte, a reforma da decisão.

Acesso ao Sumário

Às fls. 40, determinou-se o processamento do agravo, com atribuição - em parte - de efeito suspensivo, apenas para determinar o *não levantamento, pela credora, do montante penhorado, até o pronunciamento da Turma Julgadora*.

Foram apresentadas contrarrazões pela exequente BRPV IV Empreendimentos e participações Ltda. (fls. 47/53), em que postula o não provimento do recurso.

É o relatório.

A decisão interlocutória combatida, devidamente motivada bem como fundamentada de modo conciso, nos termos do artigo 165 do Código de Processo Civil, apresenta-se escorreita e comporta manutenção por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Com efeito, as hipóteses de impenhorabilidade devem ser entendidas como aquelas específicas, definidas pela lei.

Ou seja, ressalvadas as situações expressas, tem-se como legítimo que o devedor responda com todos os seus bens, da maneira pela qual estabelece o artigo 591 do Código de Processo Civil.

O artigo 649, IV, do Código de Processo Civil, a qual se apega o executado não tem a extensão pretendida pelo insurgente. Isso porque, referido dispositivo legal visa à proteção de verba salarial ou congêneres que especifica, de caráter alimentar, destinadas ao próprio sustento e da família, hipóteses que não se assemelham ao plano de previdência privada, cuja natureza é de investimento.

O plano de previdência privada, por certo, também não se enquadra no conceito de pecúlio, proventos de aposentadoria, pensões, e demais espécies, inclusive, mas não só, quantia recebida por liberalidade de terceiro e destinada ao sustento do devedor e de sua família, contempladas no artigo 649 do Código de Processo Civil.

A propósito, confira-se o que já pronunciou este Egrégio Tribunal de Justiça: *(...) AÇÃO CIVIL PÚBLICA - Cumprimento de Sentença - Penhora* on line *recaiu sobre salário - INADMISSIBILIDADE. Art. 649, IV, do CPC - Outra parte da constrição incidiu sobre investimento sob a modalidade de fundo de previdência privada (VGBL) - PENHORABILIDADE DOS VALORES - Não se enquadram como "pecúlio", abrangido na excludente prevista no art. 649 do Código de Processo Civil - Recurso parcialmente provido. (...)* (Agravo de Instrumento nº 990.10.052738-0, Rel. Des. José Habice, 6ª Câmara de Direito Público, j. 26/07/2010, v.u.).

E ainda: *(...) Execução - Título extrajudicial - Penhora incidente sobre valores aplicados em fundo de previdência privada - Cabimento - Verba não abrangida pela impenhorabilidade prevista no art. 649, IV, do Código de Processo Civil - Recurso não provido. (...)* (Agravo de Instrumento nº 7.308.430-3, Rel. Des. Roberto Bedaque, 22ª Câmara de Direito Privado, j. 11/02/2009, v.u.).

Portanto, considerando-se que o plano de previdência privada possui natureza de aplicação financeira, verdadeiro *plus*, complemento, distanciada de

Acesso ao Sumário

caráter alimentar, conclui-se que não há óbice à determinação da penhora nos moldes em que consta da decisão interlocutória combatida.

Destarte, a decisão combatida deve ser mantida nos termos em que proferida.

Posto isto, nega-se provimento ao agravo de instrumento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2026368-90.2015.8.26.0000, da Comarca de Conchas, em que é agravante BANCO SANTANDER (BRASIL) S/A, é agravado CARLOS ALBERTO MILANEZ.

ACORDAM, em 29ª 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 8.605)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente) e NETO BARBOSA FERREIRA.

São Paulo, 15 de abril de 2015.

CARLOS HENRIQUE MIGUEL TREVISAN, Relator

Ementa: NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA - Ação cumulada com pedidos de obrigação de fazer, perdas e danos e interdito proibitório - Decisão de primeiro grau que defere medida de urgência e determina o embargo da obra em agência bancária - Agravo interposto pelo réu - Ausência dos requisitos legais a autorizar a concessão da liminar - Prova insuficiente a revelar que as obras afrontam a legislação vigente ou colocam moradores em risco - Liminar revogada - Agravo provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento em ação de nunciação de obra nova cumulada com pedidos de obrigação de fazer, perdas e danos e interdito proibitório, tirado contra decisão (fls. 84/85) que concedeu a liminar pleiteada na inicial e determinou o embargo da obra no interior da agência bancária do réu, sob pena de multa diária de R$ 5.000,00 (cinco mil reais).

O réu pede a reforma da decisão sustentando, em resumo, que o autor não demonstrou que a obra realizada em virtude de ataques aos caixas eletrônicos na agência bancária é causadora de danos atuais à sua propriedade. Afirma que a não realização das reformas acarreta o perecimento do seu imóvel e risco a seus funcionários, clientes e ao próprio agravado, e que possui alvará regular para funcionamento, o que revela sua regularidade e adequação à legislação aplicável. Argumenta que o pedido do autor, para construção de paredes com blocos de concreto e reforço de ferragens, não apresenta especificação técnica de sua adequação e necessidade. Pede, caso mantida a decisão, seja reduzido o valor da multa diária e que seja estabelecida caução para continuação das obras.

O pedido de efeito suspensivo foi inicialmente indeferido (fl. 127 e 144) e posterior concedido pelo relator.

O agravado apresentou contraminuta (fls. 130/132).

É o relatório.

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que deferiu a liminar para embargo da obra de reforma da agência bancária do agravante, argumentando o autor agravado, na petição inicial da ação de origem, que mencionada agência foi alvo de criminosos que explodiram caixas eletrônicos, o que resultou em danos ao imóvel de sua propriedade (fls. 55/68).

Narra a petição inicial que o autor é proprietário do imóvel localizado na Rua (...), município de Conchas, onde reside e exerce atividade comercial, e que os bancos da cidade passaram a sofrer ataques criminosos envolvendo explosão de caixas eletrônicos, o que ocorreu na agência bancária do réu.

Alega o autor que a parede que divide os imóveis foi danificada com as explosões e que foram iniciadas obras na agência bancária, as quais, no entanto, não observam os requisitos legais e necessários para garantir a segurança dos moradores vizinhos em caso de novos ataques.

O magistrado de origem, ao apreciar o pedido liminar, concluiu que *"a continuidade da obra que está sendo feita pelo requerido, em uma cognição sumária, demonstra que não será suficiente para evitar lesão à integridade física do requerente e danos ao seu imóvel, na hipótese de nova investida criminosa"* (fl. 84).

Preservado tal entendimento, a prova até aqui produzida não autoriza, porém, concluir seja verdadeiro que as obras no interior da agência bancária estão em afronta à legislação vigente ou colocam em risco a integridade física do autor e de seus familiares, motivo pelo qual se impõe a revogação da liminar.

A par disso, os elementos de convicção não se mostram suficientes a revelar também que as obras que vêm sendo realizadas pelo banco não são suficientes para evitar lesão à integridade física do autor e danos ao imóvel de sua propriedade, caso haja novas investidas criminosas por meio de explosões.

Acesso ao Sumário

A análise mais aprofundada acerca da adequação das obras realizadas pelo réu está, no entanto, reservada ao juízo de primeiro grau, que por ocasião do julgamento do feito, e à luz de eventual prova pericial, disporá de todos os elementos de convicção necessários.

No momento, a controvérsia a ser dirimida está restrita ao cabimento da medida de urgência deferida, à luz dos requisitos da aparência do bom direito e do perigo da demora, os quais não se fazem presentes.

Ante o exposto, o voto é no sentido de se dar provimento ao agravo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2042579-07.2015.8.26.0000, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que são agravantes JORGE SOUZA PEREIRA e ROSANGELA SANTANA FERNANDES, é agravado JOÃO SZABLI.

ACORDAM, em 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13184)**

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

São Paulo, 29 de abril de 2015.

SPENCER ALMEIDA FERREIRA, Relator

Ementa: CONEXÃO - Reintegração de posse e usucapião - Decisão que deixou de reconhecer a conexão entre as ações - Agravo de Instrumento - Juízos possessório e petitório - Naturezas distintas - Impossibilidade de julgamentos contraditórios - Precedente - Decisão mantida - Recurso não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

1.- Trata-se de Agravo de Instrumento interposto em face da decisão de fls. 9 que, em ação de reintegração de posse, deixou de reconhecer a conexão entre a ação reintegração de posse e usucapião do mesmo imóvel.

Pleiteiam os agravantes a modificação da decisão, exarando que se revela evidente a conexão entre a ação de reintegração de posse interposta pelos

agravados e a usucapião ajuizada pelos agravantes perante a 2ª Vara Distrital de Brás Cubas. Aduzem que estão presentes os pressupostos para a reunião das demandas.

Concedido efeito suspensivo, contraminuta oferecida a fls. 17/19.

É o relatório.

2.- Razão não assiste à agravante.

O art. 103, do CPC prescreve: *"Reputam-se conexas duas ou mais ações, quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir"*.

Como é cediço, o instituto da conexão se baseia na identidade de causas de pedir ou de pedidos, e o seu reconhecimento tem por finalidade a reunião dos processos para julgamento conjunto, evitando-se a prolação de decisões contraditórias[1].

Na hipótese dos autos não se verifica a possibilidade de contradição entre os julgados, ante a distinção entre juízos possessório e petitório. A este respeito, confira-se:

> "Ação de reintegração de posse. Inexistência de conexão com ação de usucapião entre as mesmas partes, o que desautoriza a aplicação do artigo 102, caput, do Regimento Interno, que determina a prevenção da Câmara que primeiro conheceu de uma das causas. Ações possessória e petitória que têm naturezas distintas. Trânsito em julgado da decisão proferida na demanda petitória, afastando o risco de decisões conflitantes. Inexistência de conexão."[2]

Nesse sentido, os comentários do Des. Francisco Eduardo Loureiro[3] ao contido no § 2º do art. 1.210 do CC[4]:

> "(...) Caso corram ações petitória e possessória simultaneamente, haverá o risco de sentenças contraditórias? A pergunta poderia ser formulada em outros termos: há relação de prejudicialidade recíproca entre os juízos petitório e possessório?
>
> Parece inexistir o risco de sentenças contraditórias e muito menos relação de prejudicialidade entre os referidos juízos. Isso porque, embora o objeto possa ser o mesmo em ambas as demandas - a posse -, é ele disputado por razões radicalmente distintas. Pode-se indagar: como a mesma coisa

1 ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de. *Teoria Geral do Processo*, Editora RT, São Paulo, 1990, 7ª ed., nº 145.

2 TJSP, Conflito de Competência nº 0027534-31.2014.8.26.0000, j. em 07.08.2014, Rel. Gomes Varjão.

3 Código Civil Comentado, Cezar Peluso (coord.) Barueri, SP: Manole, 2007, p. 1017.

4 Art. 1210. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receito de ser molestado.(...) § 2º. Não obsta à manutenção ou reintegração na posse a alegação de propriedade, ou de outro direito sobre a coisa.

Acesso ao Sumário

pode ter dois comandos distintos de entrega, um no juízo possessório e outro no juízo petitório, sem conflito? Simples. O bem é entregue no juízo possessório até que o proprietário o tome pelos meios legais, ou seja, no juízo petitório. A relação de direito material é perfeitamente compatível com o andamento simultâneo de ambas as ações."

Portanto, mantém-se a decisão proferida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2009934-94.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes ANTÔNIO SONCIM, APARECIDA PIRES DE SOUZA ANTUNES, FLORIANO PIRES DE SOUZA, ISABEL CRISTINA PIRES DE SOUZA DIAS, JOÃO PIRES, JOAQUIM PIRES FILHO, LUIZ CARLOS BRISAC, MANOEL LEITE DE CAMARGO, MANOEL LEME DE ASSIS, MANUEL TOMAS SPINOLA e MARCOS EDIL WALTER, é agravado HSBC BANK BRASIL S.A..

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25841)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SPENCER ALMEIDA FERREIRA (Presidente sem voto), ACHILE ALESINA e EDUARDO SIQUEIRA.

São Paulo, 6 de maio de 2015.

FLÁVIO CUNHA DA SILVA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - Impugnação à execução apresentada por HSBC Bank Brasil S/A Banco Múltiplo - Decisão que desacolheu a impugnação e manteve o *quantum debeatur* no valor fixado na liquidação - Honorários advocatícios - Fixação na fase executiva - Cabimento - Arbitramento em R$ 22.000,00, nos termos do artigo 20, § 4º do Código de Processo Civil - Precedentes do STJ. Recurso provido parcialmente.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por **Antônio Soncim** e **outros** contra a r. decisão reproduzida às fls. 509/511, que desacolheu impugnação à execução de sentença (referente ao decidido na Ação Civil Pública nº 583.00.1993.808239, da 19ª Vara Cível Central da Comarca da Capital IDEC X HSBC), mantendo o *quantum debeatur* no valor fixado em liquidação. Bem assim, condenou o impugnante ao pagamento das custas e despesas processuais, deixando, diante do princípio da causalidade, de fixar honorários advocatícios por não ter havido resposta à impugnação.

Sustentam os agravantes, em síntese, que a impugnação deve ser rejeitada liminarmente, pois o agravado apesar de alegar excesso de execução não apresentou a necessária memória de cálculo, conforme o disposto no art. 475-L, § 2º, do CPC. Alegam também que são cabíveis honorários advocatícios em razão da sucumbência da parte contrária, nos termos do art. 20 do Código de Processo Civil. Sustentam que a alteração da natureza da execução de sentença não trouxe nenhuma modificação no que tange aos honorários advocatícios. Diante de tais argumentos, requerem a condenação do agravado ao pagamento dos honorários advocatícios.

Acolhida a representação e redistribuído o recurso, o eminente Des. Maury Bottesini, no impedimento deste Relator, indeferiu a liminar (fl. 528).

O agravado apresentou contraminuta (fls. 533/542).

Intimadas as partes para eventual oposição quanto ao julgamento virtual do presente reclamo (Resolução nº 549/2011 e Lei nº 11.419/2006), não houve qualquer manifestação (fl. 563).

O valor de R$ 381.613,02, atribuído à causa em 07 de janeiro de 2012 (fl. 20), foi acolhido e consolidado pela decisão agravada.

É o relatório.

De início, não vejo, no caso concreto, a obrigatoriedade da juntada de memória de cálculo com a impugnação, tendo em vista a sua apresentação quando do processamento da liquidação.

De modo que inexistindo também qualquer prova de prejuízo à parte contrária não se mostra aceitável a rejeição liminar da impugnação.

No mais, o inconformismo dos agravantes diante da decisão de fls. 509/511, restringe-se a não fixação da verba honorária na fase de execução.

Pois bem. Pelo princípio da sucumbência, a parte que perder a impugnação à execução responde pelas despesas decorrentes; nestas, incluídos os honorários advocatícios.

Merece transcrição o seguinte trecho do voto da relatoria do E.

Acesso ao Sumário

Des. Jurandir de Sousa Oliveira no Agravo de Instrumento nº 0222106-55.2012.8.26.0000: *"Os honorários advocatícios na fase de execução, embora o tema pareça à primeira vista inaplicável, este Relator entende que deve ser aplicado o princípio da sucumbência. Se o réu impugnar a execução e perder a impugnação terá que pagar o valor executado, mais a multa de 10% do art. 475-J e honorários advocatícios, porque, a rigor 'perdeu a impugnação', considerando isto a derrota no incidente processual."*.

Assim, admissível o arbitramento de honorários advocatícios na fase executiva, pois, mesmo não se tratando de um novo processo, como era na antiga sistemática processual, os honorários se justificam diante do desacolhimento da impugnação.

No presente caso, não foram fixados honorários advocatícios na fase de liquidação de sentença, como se observa da decisão reproduzida às fls. 409/413 na qual a Juíza *a quo*, na parte dispositiva, assim consignou: *"Não há condenação nas verbas de sucumbência no presente incidente, a questão de honorários será analisada, quando da execução, se não houver pagamento pelo devedor"*, deste modo, de rigor a fixação dos honorários na fase de execução.

Convém citar o ensinamento de Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery: *"Se o devedor resistiu à pretensão (ação de conhecimento) e não satisfaz a obrigação (ação de execução) mesmo depois de reconhecida sua obrigação, pelo princípio da causalidade, porque deu causa ao ajuizamento da execução, responde pelas despesas do processo de execução e pelos honorários de advogado. A incidência dos honorários ocorre pelo simples fato de haver execução de sentença, ainda que não impugnada ou embargada. Nos casos de cumprimento de sentença, nos termos do CPC 475-I a 475-R (Capítulo X (Título VIII, Livro I), incluído pela L 11232, de 22.12.2005, DOU 23.12.2005, em vigor após seis meses da data de sua publicação), além da multa de 10% sobre o valor da condenação, prevista para a hipótese de não cumprimento imediato da sentença transitada em julgado (CPC 475-J), são devidos honorários de advogado"* (*in* Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 194).

Nesse diapasão, no voto da relatoria do Ministro Humberto Gomes de Barros, quando do julgamento do REsp nº 987.388/RS, a Ministra Nancy Andrighi assim consignou:

> *"As alterações perpetradas pela Lei nº 11.232/05 tiveram o escopo de unificar os processos de conhecimento e execução, tornando este último um mero desdobramento ou continuação daquele. Conforme anota Luiz Rodrigues Wambier, 'hoje, o princípio do sincretismo entre cognição e execução predomina sobre o princípio da autonomia' (Sentença Civil: liquidação e cumprimento. São Paulo: RT, 2006, 3ª ed., p. 419).*
>
> *Essa nova realidade foi materializada pela alteração da redação dos*

arts. 162, § 1º, 267, caput, 269, caput, e 463, caput, todos do CPC; tudo para evidenciar que o processo não se esgota, necessariamente, com a declaração do direito, de modo que a função jurisdicional somente estará encerrada com a efetiva satisfação desse direito, ou seja, a realização prática daquilo que foi reconhecido na sentença.

Entretanto, o fato de se ter alterado a natureza da execução de sentença, que deixou de ser tratada como processo autônomo e passou a ser mera fase complementar do mesmo processo em que o provimento é assegurado, não traz nenhuma modificação no que tange aos honorários advocatícios.

A idéia de que havendo um só processo só pode haver uma fixação de verba honorária foi construída em uma época em que o CPC albergava o modelo liebmaniano da separação entre os processos de cognição e execução, e não pode ser simplesmente transplantada para a nova sistemática imposta pela Lei nº 11.232/05.

Aliás, a própria interpretação literal do art. 20, § 4º, do CPC não deixa margem para dúvidas. Consoante expressa dicção do referido dispositivo legal, os honorários são devidos 'nas execuções, embargadas ou não'.

No julgamento do EREsp 158.884/RS, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, Rel. p/ acórdão Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 30.04.2001, a Corte Especial deste Tribunal decidiu que a redação do art. 20, § 4º, do CPC, 'deixa induvidoso o cabimento de honorários de advogado em execução mesmo não embargada, não fazendo a lei, para esse fim, distinção entre execução fundada em título judicial ou execução fundada em título extrajudicial'.

Confrontando esse precedente com as inovações da Lei nº 11.232/05, o Min. Athos Gusmão Carneiro ressalta que 'esta orientação jurisprudencial permanece mesmo sob a nova sistemática de cumprimento da sentença, porquanto irrelevante, sob este aspecto, que a execução passe a ser realizada em fase do mesmo processo, e não mais em processo autônomo' (Cumprimento da Sentença Cível. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 108).

Com efeito, diz a Lei, e isso é sintomático, que os honorários serão fixados nas execuções. Não há no texto da norma referência aos 'processos de execução', mas às execuções. Induvidoso, portanto, que existindo execução, deverá haver a fixação de honorários.

Acrescente-se, ainda, que o art. 475-I, do CPC, é expresso em afirmar que o cumprimento da sentença, nos casos de obrigação pecuniária, se faz por execução. Ora, se haverá arbitramento de honorários na execução (art. 20, § 4º, do CPC) e se o cumprimento da sentença se faz por execução (art. 475, I, do CPC), outra conclusão não é possível, senão a de que haverá a fixação de verba honorária na fase de cumprimento da sentença.

No mais, o fato da execução agora ser um mero 'incidente' do processo

Acesso ao Sumário

não impede a condenação em honorários, como, aliás, ocorre em sede de exceção de pré-executividade, na qual esta Corte admite a incidência da verba. Confira-se, nesse sentido, os seguintes precedentes: REsp 737.767/AL, 3ª Turma, Rel. Min. Castro Filho, Rel. p/ acórdão Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 22.05.2006; REsp 751.400/MG, 3ª Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ de 19.12.2005; e AgRg no REsp 631.478/MG, 3ª Turma, minha relatoria, DJ de 13.09.2004.

Outro argumento que se põe favoravelmente ao arbitramento de honorários na fase de cumprimento da sentença decorre do fato de que a verba honorária fixada na fase de cognição leva em consideração apenas o trabalho realizado pelo advogado até então. E nem poderia ser diferente, já que, naquele instante, sequer se sabe se o sucumbente irá cumprir espontaneamente a sentença ou se irá opor resistência.

Contudo, esgotado in albis o prazo para cumprimento voluntário da sentença, torna-se necessária a realização de atos tendentes à satisfação forçada do julgado, o que está a exigir nova condenação em honorários, como forma de remuneração do advogado em relação ao trabalho desenvolvido nessa etapa do processo.

Do contrário, o advogado trabalhará sem ter assegurado o recebimento da respectiva contraprestação pelo serviço prestado, caracterizando ofensa ao art. 22 da Lei nº 8.906/94 - Estatuto da Advocacia, que garante ao causídico a percepção dos honorários de sucumbência.

Nesse ponto, o que releva destacar, apenas, é que, com o advento da Lei nº 11.232/05, a incidência de novos honorários pressupõe o esgotamento do prazo legal para o cumprimento espontâneo da condenação. Sem que ele se escoe não há necessidade de praticar quaisquer atos jurisdicionais, donde o descabimento daquela verba.

Por derradeiro, e talvez aqui resida o maior motivo para que se fixem honorários também na fase de cumprimento de sentença, há de se considerar o próprio espírito condutor das alterações pretendidas com a Lei nº 11.232/05, em especial a multa de 10% prevista no art. 475-J do CPC.

Conforme observa Cássio Scarpinella Bueno, 'este acréscimo monetário no valor da dívida, aposta o legislador, tem o condão de incentivar o devedor a pagar de uma vez, acatando a determinação judicial' (A Nova Etapa da Reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2006, 2ª ed. p. 83).

Realmente, a segunda onda de reformas do CPC/1973, a chamada 'reforma de reforma', foi centrada no processo de execução, tendo como objetivo maior a busca por resultados, tornando a prestação jurisdicional mais célere e menos burocrática, antecipando a satisfação do direito reconhecido na sentença.

Nesse contexto, de nada adiantaria a criação de uma multa de 10% sobre o valor da condenação para o devedor que não cumpre voluntariamente

Acesso ao Sumário

a sentença se, de outro lado, fosse eliminada a fixação de verba honorária, arbitrada no percentual de 10% a 20%, também sobre o valor da condenação.

Considerando que para o devedor é indiferente saber a quem paga, a multa do art. 475-J do CPC perderia totalmente sua eficácia coercitiva e a nova sistemática impressa pela Lei nº 11.232/05 não surtiria os efeitos pretendidos, já que não haveria nenhuma motivação complementar para o cumprimento voluntário da sentença.

Tudo isso somado - embora cada fundamento me pareça per se bastante - leva à conclusão de que deve o juiz fixar, na fase de cumprimento da sentença, verba honorária, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC."

No mesmo sentido:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. EXECUÇÃO INDIVIDUAL DE SENTENÇA PROFERIDA NOS AUTOS DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. NÃO-APLICAÇÃO DA MP N. 2.180-35/2001. PRECEDENTES.

A colenda Corte Especial, na assentada de 17.11.2004, ao julgar os EREsps 603.891/RS, 623.718/RS e 538.681/RS, posicionou-se no sentido de que são indevidos honorários advocatícios nas execuções não-embargadas iniciadas após a vigência da MP n. 2.180-35, em 24.8.2001, ressalvado o modo de pensar deste Magistrado.

Ocorre, porém, que esta Corte Superior de Justiça também consolidou o entendimento de que, nas hipóteses de execução individual de sentença em ação civil pública, não se aplica a mencionada Medida Provisória. Com efeito, nos termos de julgado desta Primeira Seção, 'a ação individual destinada à satisfação do direito reconhecido em sentença condenatória genérica, proferida em ação civil coletiva, não é uma ação de execução comum. É ação de elevada carga cognitiva, pois nela se promove, além da individualização e liquidação do valor devido, também juízo sobre a titularidade do exeqüente em relação ao direito material' (EREsp 475.566/PR, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 13.9.2004).

Oportuno salientar que a egrégia Primeira Seção houve por bem adotar a tese acima referida (REsp 465.573/PR, Rel. originária Min. Eliana Calmon, Rel. p/acórdão este Magistrado, j. em 9.3.2005 - cf. Informativo de Jurisprudência do STJ 238, de 7 a 11 de março de 2005).

Dessa forma, a fixação da verba honorária é cabível na espécie, que trata de execução individual de sentença em ação civil pública.

Embargos de declaração acolhidos, com efeitos modificativos, para negar provimento ao recurso especial." (grifos nossos) (STJ, EDcl no REsp nº 698872 - RS, 2ª T, J. 15.09.2005, Rel. Min. Franciulli Netto).

Ademais, cabe notar, que para ingressar em juízo a parte agravante precisou de um procurador legalmente constituído para liquidar e executar o julgado.

Acesso ao Sumário

Não é justo, portanto, que o profissional habilitado não receba remuneração pelo trabalho desenvolvido.

Desse modo, desacolhida a impugnação à execução e mantidos os cálculos apresentados em liquidação, cabível a condenação do banco-agravado ao pagamento dos honorários advocatícios, aqui arbitrados por equidade em R$ 22.000,00, nos termos do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2048364-47.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes TRICURY PARTICIPAÇÕES LTDA. e VILLA REAL COMÉRCIO DE VEÍCULOS E MÁQUINAS LTDA., é agravado ROLDÃO AUTO SERVIÇO COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA..

ACORDAM, em 33ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.511)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIZ EURICO (Presidente) e MARIO A. SILVEIRA.

São Paulo, 11 de maio de 2015.

SÁ DUARTE, Relator

Ementa: REVISIONAL DE ALUGUEL - Cumprimento provisório da sentença - Autos principais que se processam pelo meio físico e que se encontram na Superior Instância - Pedido eletrônico do cumprimento da sentença, mediante distribuição por dependência - Determinação de arquivamento deste último, depois da prática de atos tendentes à obtenção do cumprimento da sentença, em especial a intimação da devedora e o decurso do prazo legal sem o cumprimento espontâneo - Decisão que não pode subsistir - Conversão do procedimento eletrônico em físico, com a preservação dos atos praticados - Agravo de instrumento provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra a decisão que, em sede de ação revisional de aluguel, determinou o arquivamento do processo digital (cumprimento da sentença) distribuído por dependência ao processo principal (físico), determinando às credoras o correto peticionamento da carta de sentença (petição física).

Afirmam as agravantes que a decisão agravada é equivocada, na medida em que não há a menor possibilidade de distribuição da carta de sentença fisicamente junto ao distribuidor do Foro Central da Capital, que não aceita mais a distribuição de processos físicos. Alegam que, ao determinar a baixa da carta de sentença, o D. Juízo "a quo" acabou obstaculizando por completo o direito de execução, sendo certo que a devedora já foi citada, deixou decorrer o prazo para pagamento e o feito, que tramita há 8 meses, já estava na fase de constrição de bens. Requerem o provimento ao final, para o fim de determinar o regular prosseguimento da execução de sentença.

Indeferi o efeito suspensivo porque não vislumbrei a possibilidade de ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação até o pronunciamento da Turma Julgadora.

Informações do D. juízo "a quo" a fls. 240/241.

Transcorreu "in albis" o prazo para contraminuta.

É o relatório.

Em suas informações, o D. Juízo "a quo" explicou que os autos principais da ação revisional de aluguel tramitam em processo físico e se encontram em Instância Superior, ao passo que as agravantes pediram a execução provisória da sentença por meio de processo digital autônomo submetido à distribuição. Ponderando que a execução constitui mera fase processual, o D. Juízo singular entende que descabe a distribuição por dependência e autuação em apartado, competindo aos interessados apresentar o pedido de início da fase de execução da sentença por petição física, perante o cartório para regular autuação e cadastramento (quando receberia o mesmo número do processo de conhecimento com classificação de incidente) até o retorno dos autos principais, quando a eles seria apensado.

Todavia, a prevalecer o entendimento judicial de primeiro grau prejuízo haverá às agravantes, dado que, a despeito do óbice tardiamente detectado, o fato é que a execução provisória tramitou eletronicamente, com a agravada sendo intimada a cumprir o julgado, sem o fazer, do que advém consequências para ambas as partes.

Não é possível, portanto, ignorar o que se passou.

A solução que se alvitra como adequada na espécie é, sem prejuízo do cancelamento da distribuição por dependência, transformar o processo eletrônico

Acesso ao Sumário

em físico, procedendo-se como divisado pelo Juízo, mas com a preservação dos atos já praticados, em especial a intimação da agravada para cumprir o julgado e o que se passou a partir daí.

A transformação dos autos digitais em físicos, devidamente certificada pelo cartório quanto à autenticidade das peças e com os custos suportados pelas agravantes e a preservação dos atos já praticados, é medida que se impõe.

Isto posto, voto pelo provimento do recurso, para os fins suso explicitados.

Agravos Regimentais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2148950-29.2014.8.26.0000/50000, da Comarca de Osasco, em que são agravantes POSTO GASPARZINHO LTDA., ANDRÉ GASPAR, ANTONIO GASPAR e MARIA ALICE GASPAR, é agravado BANCO BRADESCO 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 31840)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SILVEIRA PAULILO (Presidente sem voto), VIRGILIO DE OLIVEIRA JUNIOR e MAIA DA ROCHA.

São Paulo, 22 de abril de 2015.

ITAMAR GAINO, Relator

Ementa: Banco de Dados - Serasa - Inscrição - Ação de prestação de contas. Não tendo a ação de prestação de contas, em sua primeira fase, a finalidade de contestar a existência ou não do débito e nem de analisar a validade de cláusulas contratuais, inadmissível antecipar tutela para vedar a inscrição do nome no cadastro de proteção ao crédito, uma vez que tal efeito não decorre do provimento final do procedimento. Recurso não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão que negou provimento a agravo de instrumento mantendo o indeferimento do pedido de antecipação de tutela formulado para determinar a exclusão ou impedir a inclusão dos nomes dos autores nos cadastros de inadimplentes mantidos pelos órgãos de negativação.

Inconformado, os recorrentes insistem nos argumentos de ser legitima a pretensão de obterem prestação de contas, bem ainda de verem seus nomes retirados do cadastro de inadimplentes enquanto tramitar a demanda, pois o débito que deu causa a inscrição não pode ser tido como certo por conta dos questionamentos.

É o relatório.

A insurgência recursal não merece acolhimento.

Como antes anotado, *"Atualmente, consoante a E. 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (REsp. nº 527.618/RS, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJU de 24/11/03) não se admite que a simples discussão judicial da dívida possa obstaculizar ou remover a negativação nos bancos de dados, exceto quando efetivamente demonstrado o reflexo positivo da ação no valor devido, com amparo na jurisprudência dominante daquela Corte ou do C. Supremo Tribunal Federal e depositada ou caucionada a parte incontroversa, se apenas parcial o desacordo.*

Por outro lado, na lição de Antonio Carlos Marcato, citando Adroaldo Furtado Fabrício, 'prestar contas significa fazer alguém a outrem, pormenorizadamente, parcela por parcela, a exposição dos componentes do débito e crédito resultantes de determinada relação jurídica concluindo pela apuração aritmética do saldo credor ou devedor ou de sua inexistência'[1].

A finalidade desta ação, especialmente na primeira fase é tão-somente definir a existência ou não do dever de prestar contas, não se destinando a contestar a existência ou não de débito e nem para discutir a validade de cláusulas contratuais.

Nesse passo, revela-se inviável o pedido de tutela antecipada de vedação da inscrição do nome da devedora no cadastro de proteção ao crédito, uma vez que tal efeito não decorre do provimento final do procedimento escolhido.

Idêntico posicionamento foi adotado no julgamento do Agravo de Instrumento nº 2053791-59.2014.8.26.0000, realizado no dia 20 de maio de 2014, relatado pelo Desembargador Pedro Kodama, integrante da Colenda 37ª Câmara de Direito Privado deste Tribunal de Justiça.

Acesso ao Sumário

1 Procedimentos Especiais. 8ª edição, São Paulo: Malheiros Editores Ltda., p. 102.

No mencionado aresto consignou-se:

'O deferimento do pedido de tutela antecipatória para que o agravante não negative ou retire o nome do agravado dos órgãos de proteção ao crédito não constitui efeito da sentença a ser proferida na ação principal de prestação de contas'.

Em outros termos, o pedido formulado em sede de antecipação da tutela não se afigura possível em ação de prestação de contas, pois, nesta, sequer se instaura discussão acerca do valor da dívida objeto da inscrição nos órgãos restritivos de crédito.

Acresce apenas considerar, porque pertinentes, as seguintes considerações constantes do julgamento do Agravo de Instrumento nº 0035449-20.2003.8.26.0000, no dia 30 de setembro de 2003, de relatoria do eminente Desembargador Ariovaldo Santini Teodoro, quando ainda integrava a Sétima Câmara do extinto Primeiro Tribunal de Alçada Civil:

'As alegações do agravante não se comprazem com situação de que possa resultar dano irreparável ou de difícil reparação, tampouco abuso de direito ou manifesto propósito protelatório do réu.

Deseja o agravante, na verdade, obter prestação de contas. Ora, esse interesse não sobrepuja a necessidade de manter-se os efeitos da avença, inclusive a título de sanção preventiva, outorgando-se segurança e credibilidade ao negócio jurídico - e isso porque, se o contratante deve ser feito responsável pelos danos que causar à outra parte, então, seria desairoso liberá-lo antecipadamente, sem que antes obtenha, em definitivo, a anulação do contrato. Isso equivaleria a violentar o contrato, e, mais grave, fazê-lo sem assegurar ao outro contratante nenhuma modalidade de ressarcimento específico, dispensada, inclusive, sua defesa, por antecipação. Não há boa doutrina, tampouco jurisprudência sadia, que possa amparar semelhante solução. Ao contrário, da sadia interpretação dos contratos em geral deve resultar a responsabilidade do contratante, não sua liberação, mormente mediante liminares ou antecipações tutelares. Deve ele, em princípio, suportar as conseqüências jurídicas e legais do contrato, com a conservação dos seus efeitos, desde que não evidentemente contrários à ordem jurídica - e isso ao menos até que obtenha, se caso, o direito de 'adaptar' o contrato às normas que entenda mais favoráveis aos seus particulares interesses, ainda que não possam corresponder inteiramente ao interesse do outro contratante'".

Registrou ainda: *"É bem perceptível que deferir a antecipação sob pretexto de conjurar perigo (perigo de cobrança?) significaria inutilizar, sem maiores indagações, a finalidade primordial desses cadastros, que é meramente informativa. É nítido o interesse público cujo atendimento se cumpre por meio dos seus serviços. Há relevante interesse que se tornem públicas nas praças*

Acesso ao Sumário

comerciais as pendências entre credores/devedores".

Por isso, nesta oportunidade apenas *"Há de ter-se em mente, também, que o art. 43, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor, estabelece que 'Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público.', constituindo-se, por exemplo, em sociedade anônima uma das apontadas na petição inicial (SERASA - Centralização de Serviços dos Bancos S/A.). A coleta de informações por essas entidades não depende, exclusivamente, de iniciativa dos credores, podendo ocorrer, por exemplo, diretamente junto aos distribuidores cíveis. Ademais, não pode ser esquecido que o art. 4º, 'caput', da lei nº 9507/97, prevê a possibilidade de o interessado, mediante petição acompanhada de documentos esclarecedores, constatada sua inexatidão, requerer a retificação de qualquer dado a seu respeito junto às próprias entidades de proteção ao crédito, independentemente de tutela judicial"* (Agravo de Instrumento nº 875.888-1, rel. Juiz Luiz Antonio de Godoy, 3ª do Ext. 1º TAC, j. 18/9/99).

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0047540-87.2013.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ASSOCIAÇÃO DE MORADORES CHÁCARA SÃO LUIZ, é apelado MARTINIANO MACEDO DE CARVALHO.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, deram parcial provimento ao recurso. O relator sorteado negava-lhe provimento e declarará voto. O revisor ficou designado como relator do acórdão.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16865)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JAMES SIANO (Presidente sem voto), ERICKSON GAVAZZA MARQUES, vencedor, A.C.MATHIAS COLTRO, vencido e J.L. MÔNACO DA SILVA.

São Paulo, 25 de março de 2015.

ERICKSON GAVAZZA MARQUES, Relator Designado

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO DE COBRANÇA - ASSOCIAÇÃO DE MORADORES QUE IMPLEMENTA MELHORIAS E PRESTA SERVIÇOS NA ÁREA ONDE SE SITUA PROPRIEDADE DO RECORRIDO - SERVIÇOS PRESTADOS INDISTINTAMENTE A TODOS OS MORADORES - VALORIZAÇÃO DA PROPRIEDADE DO RÉU - OBRIGAÇÃO DE CONTRIBUIR, SOB PENA DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO - PRESCRIÇÃO DAS TAXAS VENCIDAS ANTES DE JULHO DE 2010 - DISTRIBUIÇÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS - RECURSO PROVIDO EM PARTE.

VOTO

Vistos, etc.

Trata-se de ação de cobrança ajuizada pela Associação de Moradores Chácara São Luís contra Martiniano Macedo De Carvalho, proprietário de imóvel situado na respectiva associação, que a respeitável sentença de fls. 281/285, cujo relatório adota-se, julgou improcedente, condenando a autora ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios.

Inconformada, apela a autora, reiterando o constante na inicial e colacionando diversos julgados. Assim requer a reforma do julgado, pois alega realizar serviços de segurança, com portaria e ronda, além de manutenção de áreas de jardins, floreiras e limpeza.

O recurso foi preparado, recebido e respondido.

É o relatório.

Pois bem, o cerne da questão é a cobrança de contribuições do proprietário de imóvel situado em local onde associações de moradores implementam melhorias, e prestam serviços de manutenção, segurança, entre outros.

A questão não é nova neste Tribunal e ainda há bastante divergência nesta Corte.

Nada obstante, entendo que os proprietários que se beneficiam das obras de manutenção e dos serviços prestados pela associação devem contribuir com as despesas destinadas a realização de melhorias do local, sob pena de enriquecimento sem causa.

A natureza jurídica da recorrente e a ausência de adesão formal ao seu quadro associativo não afastam a obrigação do réu de contribuir mediante pagamento das taxas de manutenção do loteamento, uma vez que as mensalidades

Acesso ao Sumário

decorrem da execução das benfeitorias e da efetiva prestação dos serviços, que a todos aproveita.

Vale dizer que, independentemente de serem os interesses comuns confiados à administração de uma associação civil, e não de um condomínio formal, todos os proprietários são beneficiados pelos serviços prestados, sejam eles filiados ou não à associação e, portanto, devem contribuir para as despesas das obras e serviços que valorizam a sua propriedade.

Na esteira da jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, *"o proprietário de lote integrante de loteamento aberto ou fechado, sem condomínio formalmente instituído, cujos moradores constituíram sociedade para prestação de serviços de conservação, limpeza e manutenção, deve contribuir com o valor correspondente ao rateio das despesas daí decorrentes, pois não se afigura justo nem jurídico que se beneficie dos serviços prestados e das benfeitorias realizadas sem a devida contraprestação."* (AgRg no REsp nº 490419, 3ª Turma, Ministra Relatora Nancy Andrighi, j. em 16/3/2003).

Outrossim, no julgamento do REsp nº 302538, aquele Sodalício decidiu que *"não obstante a polêmica em torno da matéria, com jurisprudência oscilante desta Corte, a posição mais correta é a que recomenda o exame do caso concreto. Para ensejar a cobrança da cota-parte das despesas comuns, na hipótese de condomínio de fato, mister a comprovação de que os serviços são prestados e o réu deles se beneficia. No caso, o exame dessa matéria significa revolver os substratos fáticos da causa decidida, incidindo, portanto, as Súmulas 5 e 7/STJ."* (T4, Ministro Relator Luis Felipe Salomão, j. em 5/8/2008).

Em outras palavras, as entidades de natureza da autora-apelante são criadas justamente para implementar melhorias ou suprir deficiências do serviço público, sempre no interesse exclusivo dos proprietários, que têm a obrigação de ressarcir os custos das despesas que lhe são proveitosas, não podendo os recorridos simplesmente se furtar ao pagamento de sua quota-parte, sob o pretexto de inexistência de um condomínio formal ou irregularidade do loteamento, ou mesmo de não pertencer aos quadros da associação de moradores criada pela maioria, pois a contribuição não decorre da condição de associado, mas sim da condição de proprietário e destinatário das benfeitorias e serviços realizados no local.

Nada obstante, uma ressalva deve ser feita no que tange às prestações que estão prescritas.

Com efeito, todas as parcelas submetem-se ao prazo prescricional de 3 anos, a teor do disposto no artigo 206, § 3º, do Código Civil.

Nesse sentido, considerando que as mensalidades exigidas prescreveram mês a mês, a partir de outubro de 2006, e tendo a ação sido proposta em julho de 2013, impõe-se reconhecer que estão prescritas as taxas vencidas antes de julho

Acesso ao Sumário

de 2010, sendo exigíveis aquelas vencidas após esta data.

Assim, *data venia*, ressalvadas as prestações prescritas, a ação deve ser julgada procedente em parte, distribuindo-se igualmente os ônus sucumbenciais.

Ante o exposto, pelo meu voto, DOU PROVIMENTO PARCIAL ao recurso.

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 27420)

Segundo consta a autora ajuizou ação de cobrança das contribuições mensais emitidas referentes ao loteamento já mencionado, alegando que devem ser rateados os serviços de manutenção, conservação e limpeza das vias de uso comum, estando o requerido obrigado ao pagamento, pois se beneficia dos serviços, embora não tenha demonstrado ser ele associado ou manifestado intenção de se associar.

Neste aspecto bem observou o e. juízo de primeiro grau ter o requerido contribuído espontaneamente e uma única vez no ano de 2000, com valor de R$ 300,00 para a formação do fundo da associação, não mais efetuando qualquer pagamento e datando o estatuto da associação de dezembro de 2003.

A questão atualmente com direcionamento recente do Colendo Superior Tribunal de Justiça, prevalece quanto à impossibilidade de cobrança de taxa a quem não é associado, o que se percebe das ementas e julgados abaixo transcritas:

> AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. COBRANÇA DE QUOTA-PARTE DE PROPRIETÁRIO DE IMÓVEL SITUADO EM LOTEAMENTO CONSTITUÍDO POR ASSOCIAÇÃO DE MORADORES. ILEGALIDADE. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS AOS PROPRIETÁRIOS. ADESÃO VOLUNTÁRIA. NÃO CONFIGURAÇÃO DE CONDOMÍNIO.
>
> 1. Associações de moradores não têm autoridade para cobrar, de forma impositiva, taxa de manutenção por elas criada ou qualquer contribuição a quem não é associado, visto que tais entes não se equiparam a condomínio para efeitos de aplicação da Lei n. 4.591/64.
>
> 2. Agravo regimental desprovido.
>
> (AgRg nos EDcl no Ag nº 715.800/RJ, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/11/2014, DJe 12/12/2014).
>
> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ASSOCIAÇÃO DE MORADORES. LOTEAMENTO FECHADO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. CONTRIBUIÇÃO. INEXIGIBILIDADE DE QUEM NÃO É ASSOCIADO. NÃO IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. APLICAÇÃO DA SÚMULA 182/STJ. IMPROVIMENTO.

Acesso ao Sumário

1.- “As taxas de manutenção criadas por associação de moradores, não podem ser impostas a proprietário de imóvel que não é associado, nem aderiu ao ato que instituiu o encargo” (2ª Seção, EREsp n. 444.931/SP, Rel. p/ acórdão Min. Humberto Gomes de Barros, DJU de 01.02.2006).

2.- Nas razões do agravo regimental, devem ser expressamente impugnados os fundamentos lançados na decisão agravada. Incidência da Súmula 182 do Superior Tribunal de Justiça.

3.- Agravo Regimental improvido.

(AgRg no REsp nº 1393031/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/11/2013, DJe 03/12/2013).

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. LOTEAMENTO FECHADO. ASSOCIAÇÃO DE MORADORES. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. COBRANÇA DE ENCARGO A NÃO ASSOCIADO. ILEGALIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO DE CONDOMÍNIO.

1. A Segunda Seção desta Corte Superior pacificou o entendimento de que a associação de moradores, qualificada como sociedade civil, sem fins lucrativos, não tem autoridade para cobrar taxa condominial ou qualquer contribuição compulsória a quem não é associado, mesmo porque tais entes não são equiparados a condomínio para efeitos de aplicação da Lei 4.591/64.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp nº 1190901/SP, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 03/05/2011, DJe 10/05/2011).

RECURSO ESPECIAL. ASSOCIAÇÃO DE MORADORES. TAXAS DE MANUTENÇÃO DO LOTEAMENTO. IMPOSIÇÃO A QUEM NÃO É ASSOCIADO. IMPOSSIBILIDADE.

I- As taxas de manutenção criadas por associação de moradores, não podem ser impostas a proprietário de imóvel que não é associado, nem aderiu ao ato que instituiu o encargo. Precedentes.

II- Orientação que, por assente há anos, é consolidada neste Tribunal, não havendo como, sem alteração legislativa, ser revista, a despeito dos argumentos fático-jurídicos contidos na tese contrária.

III- Recurso Especial provido.

(REsp nº 1020186/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/11/2010, DJe 24/11/2010).

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. LOTEAMENTO FECHADO. ASSOCIAÇÃO DE MORADORES. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. COBRANÇA DE ENCARGO A NÃO ASSOCIADO. ILEGALIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO DE CONDOMÍNIO.

1. A Segunda Seção desta Corte Superior pacificou o entendimento de que a associação de moradores, qualificada como sociedade civil, sem fins lucrativos, não tem autoridade para cobrar taxa condominial

Acesso ao Sumário

ou qualquer contribuição compulsória a quem não é associado, mesmo porque tais entes não são equiparados a condomínio para efeitos de aplicação da Lei 4.591/64.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp nº 1190901/SP, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 03/05/2011, DJe 10/05/2011).

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL. ASSOCIAÇÃO DE MORADORES. LOTEAMENTO FECHADO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. CONTRIBUIÇÃO. INEXIGIBILIDADE DE QUEM NÃO É ASSOCIADO. MATÉRIA PACÍFICA. FUNDAMENTO INATACADO. SÚMULAS N. 168 E 182-STJ.

I. "As taxas de manutenção criadas por associação de moradores, não podem ser impostas a proprietário de imóvel que não é associado, nem aderiu ao ato que instituiu o encargo" (2ª Seção, EREsp n. 444.931/SP, Rel. p/ acórdão Min. Humberto Gomes de Barros, DJU de 01.02.2006). Incidência à espécie da Súmula n. 168/STJ.

II. A assertiva de que os julgados apontados divergentes são anteriores à pacificação do tema pelo Colegiado, fundamento da decisão agravada, não foi objeto do recurso, atraindo o óbice da Súmula n. 182- STJ, aplicada por analogia.

III. Agravo improvido.

(AgRg nos EREsp nº 1034349/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 27/05/2009, DJe 17/06/2009).

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. CIVIL. ASSOCIAÇÃO DE MORADORES. TAXA CONDOMINIAL. IMPOSIÇÃO DE OBRIGAÇÃO A NÃO ASSOCIADO. ILEGALIDADE.

I. As taxas de manutenção criadas por associação de moradores não podem ser cobradas de proprietário de imóvel que não é associado, nem aderiu ao ato instituidor do encargo.

2 - Uniformização da jurisprudência da Segunda Seção do STJ a partir do julgamento do EREsp n. 444.931/SP (Rel. Min. Fernando Gonçalves, Rel. p/ acórdão Min. Humberto Gomes de Barros, DJU de 01.02.2006).

3 - Precedentes específicos.

4 - Agravo interno provido.

(AgRg no REsp nº 1106441/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/06/2011, DJe 22/06/2011).

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ASSOCIAÇÃO DE MORADORES. COBRANÇA DE TAXA DE MANUTENÇÃO. PROPRIETÁRIO NÃO ASSOCIADO. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA PELOS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

1. As taxas de manutenção criadas por associações de moradores não

Acesso ao Sumário

obrigam os proprietários não associados ou que a elas não anuíram. Precedentes do STJ.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp nº 1193586/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 10/05/2011, DJe 17/05/2011).

Julgado do Supremo Tribunal Federal, a respeito, também merece destaque:

ASSOCIAÇÃO DE MORADORES - MENSALIDADE –AUSÊNCIA DE ADESÃO.

Por não se confundir a associação de moradores com o condomínio disciplinado pela Lei nº 4.591/64, descabe, a pretexto de evitar vantagem sem causa, impor mensalidade a morador ou a proprietário de imóvel que a ela não tenha aderido. Considerações sobre o princípio da legalidade e da autonomia da manifestação de vontade-artigo 5º, incisos II e XX, da Constituição Federal. RE 432106 RJ Rel. Min. Marco Aurélio J. 20.09.2011.

De tal entendimento não se distanciou esta Câmara, como pode ser conferido na ementa a seguir:

0007727-72.2008.8.26.0505 Apelação

Relator(a): James Siano

Comarca: Ribeirão Pires

Órgão julgador: 5ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 13/03/2013

Data de registro: 14/03/2013

Outros números: 77277220088260505

Ementa: AÇÃO DE COBRANÇA. Associação de Moradores. Loteamento Fechado. Sentença de procedência. Data da distribuição da ação: 22.12.2008. Valor da causa: R$ 4.722,41. Apela a ré sustentando que a associação deve ser oriunda de manifestação de vontade, não podendo ser obrigatória. Ademais, o imóvel foi adquirido antes da criação da associação, não podendo ser-lhe exigida a contribuição mensal. Cabimento. Impossibilidade de admitir de forma automática a integração da ré no quadro social do autor. Ausente comprovação da presença de cláusula convencional quando da instituição do loteamento, impondo com efeitos *erga omnes* a obrigação aos proprietários de responder por despesas de conservação. São consideradas fontes das obrigações: o ato ilícito, a promessa de recompensa, a lei e o contrato. Inocorrência de alguma dessas hipóteses para justificar a pretendida condenação. Decisão adotada em consonância com o posicionamento do STF e do STJ. Decisão reformada. Recurso provido para julgar improcedente a ação.

0136239-30.2008.8.26.0002 Apelação

Acesso ao Sumário

Relator(a): Moreira Viegas
Comarca: São Paulo
Órgão julgador: 5ª Câmara de Direito Privado
Data do julgamento: 27/02/2013
Data de registro: 11/03/2013
Outros números: 990103866010
Ementa: Ação de cobrança - Associação de moradores - Extinção sem resolução do mérito afastada - Aplicação do art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil - Condomínio atípico - Cotas resultantes de despesas em prol da segurança e conservação de área comum - Cobrança de quem não é associado - Impossibilidade - Manifesta afronta ao art. 5C, XXXV, da CF - Precedentes do STJ e STF - Sentença reformada - Recurso desprovido.

Além do acima mencionado, não se demonstrou sequer tratar de loteamento fechado ou a existência de benefícios a ensejar a cobrança.

Destarte, o fato de edificar uma guarita, não serve a demonstrar que a autora estaria prestando os serviços mencionados na inicial, além de ter o demandado adquirido o lote em data muito anterior à constituição da associação, sem contar o fato de deixar a autora decorrer período de mais de dez anos para eventual cobrança.

Acrescenta-se que as notas juntadas aos autos e que se referem a eventuais pagamentos são recentes, não demonstrando, sequer pagamentos nos termos cobrados do requerido.

Mais não é preciso manter-se a sentença, por seus fundamentos, inclusive.

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

Ante o exposto e por este voto, ao recurso é negado provimento, nos termos enunciados.

A.C.MATHIAS COLTRO, Relator sorteado

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0011279-50.2013.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é apelante DANISHELY ALVES CARDOSO BAPTISTA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado MRV ENGENHARIA E PARTICIPAÇÕES S/A.

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 23.918)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DONEGÁ MORANDINI (Presidente sem voto), VIVIANI NICOLAU e CARLOS ALBERTO DE SALLES.

São Paulo, 15 de abril de 2015.

EGIDIO GIACOIA, Relator

Ementa APELAÇÃO - Ação de repetição de indébito - Improcedência - Compra e venda de imóvel - Termo de adesão - Venda casada do serviço de despachante - Inadmissibilidade - Ausência de prova da efetiva prestação do serviço - Devolução do valor de forma simples - Ausência de má-fé - Honorários advocatícios arbitrados de acordo com os termos do art. 20, CPC - Recurso Parcialmente Provido.

VOTO

Trata-se de ação revisional de contrato cumulado com repetição de indébito, ajuizada por Danishely Alves Cardoso Baptista em face de MRV Engenharia e Participações S/A.

A r. sentença de fls. 141/142, proferida pelo Magistrado **Flávio Dassi Vianna**, cujo relatório adoto, julgou improcedente o pedido, condenando a autora a arcar com honorários advocatícios fixados, por equidade, em R$ 678,00, com a ressalva do benefício da assistência judiciária.

Recurso da requerente (fls. 146/159) pugnando pela reforma integral da r. sentença com condenação da requerida à devolução em dobro da taxa de despachante indevidamente cobrada, com inversão do ônus da sucumbência e necessária majoração do valor dos honorários advocatícios.

Recurso tempestivo, isento de preparo e recebido no duplo efeito (fls. 185).

Acesso ao Sumário

Contrarrazões de apelação (fls. 187/197), pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

Cediço que a relação estabelecida entre as partes é regida pelo Código de Defesa do Consumidor e que o contrato é de adesão, não permitindo discussão acerca de suas cláusulas contratuais.

O serviço de despachante sequer foi comprovado pela empresa, além de ter sido efetuado através de venda casada, o que não se admite. Neste sentido forçoso citar os seguintes julgados deste E. Tribunal:

"COMPROMISSO DE VENDA DE COMPRA - Promitente comprador que pleiteia o reconhecimento da abusividade do contrato de adesão, e a restituição de valores pagos a título de comissão de corretagem e serviços de assessoria técnico-imobiliária (SATI), com a repetição em dobro do indébito - Sentença de parcial procedência - Custos da intermediação previstos expressamente no contrato ao promitente comprador no momento da aquisição e que seriam pagos diretamente ao corretor - Irrelevância de quem fará o pagamento direto, uma vez que a comissão sempre será embutida no preço final da unidade - Indevida, no entanto, a cobrança por serviço de assessoria técnico-imobiliária, sem comprovação do serviço útil prestado - Recibo emitido sem a devida discriminação do serviço prestado - Dever da ré de restituir o valor pago - Recurso improvido." (Apel. nº 0017920-54.2013.8.26.0576 - 6ª Câm. Dir. Priv. - rel. Des. FRANCISCO LOUREIRO - j. 20.02.2014)

APELAÇÃO - Compromisso de Venda e Compra - Parcial Procedência - Financiamento não realizado - Rescisão com retorno das partes ao estado anterior - Devolução das quantias recebidas, com dedução de 10% referente à compensação da vendedora com gastos de administração e corretagem - Súmula nº 1 do TJSP - Restituição dos valores cobrados indevidamente, referente à taxa de corretagem e despachante - Venda casada e ausência de comprovação da efetiva prestação do serviço - Recurso Parcialmente Provido. (Apelação nº 0023521-51.2012.8.26.0196, 3ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Egidio Giacoia, 18.11.2014).

Acesso ao Sumário

Dessa forma, deve mesmo ser reconhecida a ilegalidade da cobrança do valor referente ao serviço de despachante (R$ 250,00), cabendo ao autor o direito à repetição do indébito, com correção monetária, pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça, da data do desembolso e juros de mora da citação.

Contudo, tendo em vista a não demonstração de má-fé por parte da empresa ré, incabível a devolução em dobro do valor pleiteado pelo autor com fundamento no art. 42 do Código de Defesa do Consumidor.

Por fim, tratando-se de condenação de pequeno valor, de rigor o arbitramento dos honorários advocatícios nos termos do art. 20 do Código de Processo Civil.

Levando em consideração a simplicidade da causa: repetição de indébito de valor pago a despachante; o baixo valor da condenação: apenas R$ 250,00; o lugar da prestação do serviço: São José do Rio Preto; o tempo exigido para o serviço: apenas 05 meses entre o ajuizamento da ação e a sentença, cujo julgamento foi antecipado, de rigor manter o arbitramento dos honorários advocatícios em R$ 678,00, equivalente a 1 salário mínimo na data da sentença.

Dessa forma, de rigor o parcial provimento do recurso para condenar a requerida à restituição do valor cobrado pelo serviço de despachante, com correção monetária da data do desembolso e juros de mora da citação, mantida, no mais, a r. sentença.

Ante o exposto, pelo meu voto dou parcial provimento ao recurso, conforme e para os fins acima.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1008551-89.2013.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante UNIMED DO ESTADO DE SÃO PAULO - FEDERAÇÃO ESTADUAL DAS COOPERATIVAS MÉDICAS, são apelados MANOEL NUNES DE OLIVEIRA e IRMA PIVA NUNES.

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 aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15/16007)**

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

São Paulo, 22 de abril de 2015.

MIGUEL BRANDI, Relator

Ementa: PLANO DE SAÚDE - Ilegitimidade ativa - Inocorrência - O beneficiário do plano de saúde coletivo tem legitimidade para acionar diretamente a operadora - Conexão - Inocorrência - Ações com causas de pedir e pedidos diferentes - Interesse jurídico evidente - Necessidade, adequação e utilidade presentes - Preliminares afastadas.

Rescisão unilateral do contrato coletivo de saúde pela operadora - Migração do seguro coletivo para

Acesso ao Sumário

individual não observada pela ré - Ré que não provou ter possibilitado a mudança de plano - Transferência da natureza do plano que decorre de previsão normativa que visa a amparar o consumidor, parte hipossuficiente na relação - Migração que deve ocorrer sem a exigência do cumprimento de novos prazos de carência - Preservação do equilíbrio contratual - Recurso não provido.

VOTO

Cuida-se de apelação, tirada contra a sentença de fls. 423/426 que julgou parcialmente procedente a ação constitutiva com pedido de tutela antecipada, movida por MANOEL NUNES OLIVEIRA e IRMA PIVA NUNES em desfavor de UNIMED DO ESTADO DE SÃO PAULO - FEDERAÇÃO ESTADUAL DAS COOPERATIVAS MÉDICAS - FESP.

A sentença determinou que os requerentes sejam integrados em plano individual equivalente ao plano coletivo de que eram beneficiários, arcando com mensalidades compatíveis com o novo plano, sob pena de fixação de multa. Em razão da sucumbência mínima dos autores, a sentença condenou a ré ao pagamento das custas e despesas processuais, assim como ao pagamento dos honorários advocatícios, arbitrados em R$2.500,00, nos termos do art. 20, parágrafo 4º, do CPC.

Apela a ré (fls. 435/452), sustentando a reforma do julgado. Em suas razões, aduz, preliminarmente, que é parte ilegítima, que há conexão com o processo nº 0216216-97.2010.8.26.0100 e que falta interesse de agir.

No mérito, alega que não há possibilidade de requerer a manutenção do plano coletivo mediante migração para o plano individual. Sustenta que, no que tange ao contrato coletivo firmado com a ABFASP, nada impede que ocorra a sua rescisão unilateral, na medida em que tal possibilidade está expressamente prevista no contrato, sendo absolutamente legal, tal como os reajustes por sinistralidade que vem sendo aplicados. Afirma que a recorrente está impedida de comercializar planos individuais na categoria máster. Assevera que o contrato ao qual os recorrentes estão vinculados prevê expressamente todos os reajustes, que são aplicados segundo cálculos atuariais, imprescindíveis para manutenção do equilíbrio às partes (Unimed FESP e ABFASP) e a viabilidade do trato. Lembra, ainda, que referidos reajustes não foram realizados de maneira unilateral pela recorrente, mas através de negociações, ano a ano, com a empresa contratante.

Recurso preparado (fls. 453/454), recebido (fl. 456) e contrarrazoado (fls. 458/469).

Acesso ao Sumário

É o relatório.

O recurso não prospera.

De início, adoto a fundamentação da sentença, abaixo transcrita, para afastar as preliminares ventiladas.

Pois bem.

A Resolução nº 19 do Conselho de Saúde Suplementar CONSU, em seu artigo 1º dispõe:

> "As operadoras de planos ou seguros de assistência à saúde, que administram ou operam planos coletivos empresariais ou por adesão para empresas que concedem esse benefício a seus empregados, ou ex-empregados, deverão disponibilizar plano ou seguro de assistência à saúde na modalidade individual ou familiar ou universo de beneficiários, no caso de cancelamento desse benefício, sem necessidade de cumprimento de novos prazos de carência".

O artigo 3º da referida norma dispõe:

> "Aplicam-se as disposições desta Resolução somente às operadoras que mantenham também plano ou seguro de assistência à saúde na modalidade individual ou familiar."

Não há prova de que a ré UNIMED tenha disponibilizado plano ou seguro de assistência à saúde na modalidade individual aos autores quando do cancelamento do plano coletivo.

A materialização de rescisão de contrato coletivo de plano de saúde não pode redundar na imediata cessação da cobertura aos beneficiários, porquanto a Lei nº 9.656/98, em seu artigo inaugural, preconiza o caráter de continuidade que deve nortear a prestação de serviços de saúde, não sendo razoável que os beneficiários sejam tomados de surpresa com a rescisão.

Não se trata de afronta à livre iniciativa, porém, de imposição decorrente de previsão normativa que visa a amparar o consumidor, parte hipossuficiente na relação sub judice, sem causar prejuízos a seguradora, tendo em vista que poderá manter o plano de saúde individual, podendo transferir o seguro da autora sem qualquer dificuldade.

Haverá afronta ao princípio do equilíbrio contratual se o valor do prêmio continuar a ser aquele correspondente ao do seguro de saúde coletivo.

Dessa forma, os autores devem pagar o prêmio correspondente aos dos outros beneficiários de seguro de saúde individual da mesma classe. Porém, a seguradora não pode exigir o cumprimento de novos prazos de carência, mantendo o plano individual nas mesmas condições do coletivo.

Correta, pois, a sentença apelada, que determina que a seguradora dê continuidade na prestação de serviços, agora sob a modalidade de seguro de saúde individual, sem estabelecimento de qualquer carência, especialmente

Acesso ao Sumário

quando não se descortina prejuízo à empresa operadora do plano de saúde, considerando que sobrará aos apelados honrarem com o pagamento integral das mensalidades respectivas.

O fato de a apelante ser prestadora de serviço e ter formulado contrato com pessoa jurídica, não descaracteriza a relação de consumo para todos os fins legais, porque o plano foi celebrado para utilização das pessoas físicas (somente) vinculadas à estipulante e beneficiárias diretas do ajuste, e estas são consumidoras para todos os fins legais.

No mais, a circunstância do contrato ter previsão de resilição não significa que a cláusula respectiva não possa ser revista pelo Judiciário, se ofender normas de ordem pública.

Nesse sentido o entendimento desta Corte, inclusive em casos em que a apelante figurava como parte:

> "Ementa: Cerceamento de defesa. Inocorrência. Juiz não está obrigado a permitir dilação probatória, quando convencido de sua desnecessidade. Elementos constantes dos autos suficientes para formação da convicção. Preliminar rejeitada. Ação de obrigação de fazer. Autora beneficiária de seguro saúde coletivo contratado com a ré. Contrato de convênio médico rescindido unilateralmente. Necessidade de migração da autora para o seguro saúde individual. Artigo 1º da Resolução nº 19 do CONSU. Imposição decorrente de previsão normativa que visa a amparar o consumidor, parte hipossuficiente na relação sub judice. Valor do prêmio que deve corresponder aos dos outros beneficiários de seguro saúde individual da mesma classe, sem a exigência do cumprimento de novos prazos de carência, com a manutenção do plano individual nas mesmas condições do coletivo. Preservação do equilíbrio contratual. Ônus da sucumbência devem ser suportados pela ré. Autora que decaiu de parte mínima do pedido. Interpretação do artigo 21, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Prequestionamento. Ausência de negativa de vigência a dispositivos legais e constitucionais. Recurso provido parcialmente." (Apelação nº 0026582-48.2011.8.26.0003, 5ª Câmara de Direito Privado, Rel. Edson Luiz de Queiroz, j. em 19/12/2012).

> "SEGURO SAÚDE. Plano coletivo. Resilição unilateral pela operadora. Migração para plano individual. Alegação de que não oferece atualmente essa modalidade. Aplicação do CDC. Beneficiário em tratamento médico. Irrelevância de seguradora não comercializar apólices individuais. Aplicação, por analogia, do art. 30 da Lei n° 9.656/98. RECURSO DESPROVIDO." (Apelação nº 0023405-53.2012.8.26.0161, Diadema, Apte. Bradesco Saúde S/A, Apdo. Alexsandro Vigano Martins, 6ª Câmara de Direito Privado, Rel. Paulo Alcides, j. em 27/06/2013).

> "PLANO DE SAÚDE - Pleito de manutenção das mesmas condições do plano empresarial para o plano individual - A imposição de cláusulas limitativas de cobertura, bem como de carência revelam-se prática

Acesso ao Sumário

abusiva, mesmo diante de migração de categoria de plano coletivo para individual - Descabimento, entretanto, de indenização por danos morais - Apelo parcialmente provido." (Apelação nº 270.686-4, Apte. Bradesco Seguros S/A, Apdos. Marco Antonio de Souza e outra, 6ª Câmara de Direito Privado, Rel. Sebastião Carlos Garcia, j. em 02/02/2006).

No mais, a sentença monocrática bem resolve as questões em debate.

Desta feita, merece o édito singular ser mantido tal qual lançado, uma vez que da reanálise do caso, a interpretação é a mesma da sentença, cujos fundamentos transcrevo, porque os estou adotando, a teor do art. 252 do Regimento desta Corte:

"Afasto as preliminares arguidas pela empresa ré. Primeiramente, não há que se falar em ilegitimidade ativa. Isso porque, conforme entendimento sumulado do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, *'o beneficiário do plano de saúde tem legitimidade para acionar diretamente a operadora, mesmo que a contratação tenha sido firmada por seu empregador ou associação de classe'* (Súmula 101, TJ/SP). Não vislumbro, por seu turno, a ocorrência de conexão da presente demanda com a ação nº 0216216-97.2010.8.26.0100, em trâmite perante a 41ª Vara Cível. Conforme alegado pela própria empresa ré, a referida ação tem por objeto a declaração de nulidade da cláusula contratual que possibilitou a rescisão unilateral do contrato fixado. Por outro lado, a presente demanda tem como objetivo a migração do plano coletivo para plano individual em favor dos autores, dada liquidação da associações que intermediou a contratação do seguro saúde, inexistindo, portanto, congruência quanto à causa de pedir e pedido das duas ações. Não há que se falar, ademais, em ausência de interesse de agir, vez que, em verdade, a presente ação é medida necessária, adequada e útil à pretensão dos autores. No mérito, o pedido é parcialmente procedente. Diante da iminência da dissolução da Associação Beneficente dos Funcionários Aduaneiros de São Paulo ABFASP, a qual contratou com a ré planos de saúde coletivos, dentre eles o que os requerentes fazem jus, imperiosa a conclusão acerca da pertinência da migração dos autores a plano de saúde na modalidade individual, fornecido pela requerida. Salienta-se, nesse sentido, o entendimento do Egrégio Tribunal de Justiça de que a simples migração dos beneficiários de plano de saúde coletivo para plano de saúde na categoria individual não pode ser considerada uma nova contratação, mas mera adequação do contrato pactuado, do que se extrai, como consequência, a inexistência do período de carência. Vejamos: *'AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. CONTRATO DE SAÚDE COLETIVO.* ***MIGRAÇÃO. MODALIDADE INDIVIDUAL. AUSÊNCIA DE CARÊNCIA****. Sentença condenando a ré a manter a prestação de serviços à autora referentes ao seguro saúde de que gozava enquanto empregada, por tempo indeterminado,* ***mediante o pagamento de prêmio mensal, sem o cumprimento de nova carência****. Data da*

Acesso ao Sumário

distribuição da ação: 28/05/2013. Valor da causa: R$ 1.000,00.(...)'.1
Em tese, os autores teriam direito à migração a plano individual idêntico ao plano coletivo contratado, com todos os benefícios de atendimento já percebidos. Todavia, a peculiaridade do caso dos autos impede que o direito dos autores seja exercido em sua plenitude. Isso porque, no caso concreto, não há, na categoria individual, a modalidade de plano utilizada pelos requerentes quando na categoria coletiva, ou seja, o 'Plano Máster apartamento' somente possui registro junto à Agência Nacional de Saúde ANS, na categoria coletiva, o que impede a concretização da tutela específica pleiteada pelos autores. Assim, a fim de se garantir o resultado prático equivalente, imperioso que a empresa ré seja condenada a realizar a migração dos autores ao plano individual que mais se assemelhe com o anterior plano coletivo, lhes fornecendo idêntica qualidade de atendimento. No que tange à contraprestação a ser paga pelos requerentes, tem-se que a migração para a categoria individual exige a devida adequação do prêmio mensal a ser pagos pelos autores. Não é viável que se exija dos requerentes o mesmo pagamento, em plano individual, daquele que era suportado quando beneficiários de plano coletivo. Isso porque, em verdade, o cálculo atuarial e os riscos a serem calculados pela operadora de saúde são diferentes, de modo que a imposição judicial da manutenção de tais valores poderia ocasionar intenso desequilíbrio econômico financeiro na relação estabelecida. Não se pode olvidar, entretanto, que os autores, incontroversamente, são beneficiários de plano de saúde oferecido pela empresa ré desde janeiro de 2008, arcando com seus custos desde então. Assim, para fins de adequação das mensalidades à nova modalidade de plano de saúde, necessário considerar o tempo de contribuição, devendo os autores arcar com o pagamento mensal nas mesmas condições de beneficiário, com a mesma faixa etária e tempo de contratação. Diante deste quadro, patente a necessidade de cassação da tutela antecipada anteriormente deferida, para que seja proferida nova decisão de antecipação dos efeitos da tutela a fim de que os requerentes sejam integrador em plano individual adequado, arcando com mensalidades compatíveis com o novo plano, levando-se em consideração a idade e tempo de contratação dos serviços, sob pena de fixação de multa."

Diante do exposto, nego provimento ao recurso, mantendo a sentença tal qual lançada.

É como voto.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1098246-

54.2013.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FUNDAÇÃO SAÚDE ITAÚ, é apelada ALMIR LEAL LARANJEIRA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 12.826)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIS MARIO GALBETTI (Presidente sem voto), LUIZ ANTONIO COSTA e RAMON MATEO JÚNIOR.

São Paulo, 22 de abril de 2015.

RÔMOLO RUSSO, Relator

Ementa: Sentença *contra legem*. Não configuração. Elementos de convicção que não evidenciaram o valor da coparticipação do Banco Itaú no custeio do convênio médico. Interpretação da lei de acordo com seu fim social e exigências do bem comum. Critério de equidade. Legalidade. Nulidade não configurada. Preliminar rejeitada.

Plano de saúde. Obrigação de fazer. Empregado beneficiário de seguro-saúde coletivo estipulado pelo empregador. Demissão seguida da aposentadoria do beneficiário. Aplicabilidade do art. 31, *caput*, da Lei nº 9.656/98. Contribuição por mais de dez anos verificada. Coparticipação do empregado que não afasta o dever legal da operadora de manter as mesmas condições do plano de saúde coletivo gozado pela autora quando na ativa. Decisão mantida.

Convênio de assistência médica. Mensalidade. Legislação que assegura a manutenção do ex-empregado no plano de saúde nas mesmas condições de quando estava na ativa, mas não o congelamento do valor a ser pago, ou a sua fixação por equidade ou outros critérios subjetivos. Pagamento integral da contraprestação, correspondente à somatória da parcela que suportava como empregado e do valor subsidiado pela ex-empregadora. Fixação de um valor real das mensalidades. Descabimento, porquanto na liquidação se aferirá qual o valor que o beneficiário

Acesso ao Sumário

efetivamente deverá pagar. Recurso parcialmente provido.

VOTO

Da r. sentença que julgara parcialmente procedente a ação para condenar a requerida na manutenção da relação contratual com o requerente, nos termos do art. 31, *caput*, da Lei nº 9.656/98, nas mesmas condições do plano na vigência do contrato de trabalho, somente agregando à contraprestação mensal a coparticipação da ex-empregadora, equivalente a R$ 1.332,59 para o autor, seus dependentes e agregados, desde o término do prazo de extensão da cobertura, com participação do empregador, previsto na Convenção Coletiva de Trabalho (fls. 247/252), apela a operadora de saúde (fls. 260/274) arguindo preliminar de nulidade do julgado por ser *contra legem*, na medida em que fixou a mensalidade em valor que não atende à determinação legal.

A operadora de saúde sustenta que o *decisum* está fundado em interpretação equivocada da norma que regulamenta a manutenção do plano de saúde para aposentados, enfatizando que sua atuação está em consonância com a determinação da ANS sobre o tema.

Argumenta que as mesmas condições a que alude a lei não dizem respeito aos critérios econômicos do contrato de plano de saúde dos ex-funcionários, inexistindo semelhança entre o contrato oferecido aos funcionários ativos com aquele ofertado aos ex-funcionários.

Assinala a legalidade da Resolução nº 279 da ANS, a violação ao princípio da legalidade e ofensa à segurança jurídica, a impossibilidade de manutenção do valor da mensalidade de acordo com aquele antes praticado.

Requer seja declarada a inaplicabilidade dos reajustes de mensalidade promulgados pela ANS aos planos de autogestão. Requer o provimento do apelo.

Recurso preparado e respondido (fls. 306/328).

Não houve oposição das partes à realização do julgamento virtual (fls. 332).

É o relatório.

Da preliminar de nulidade do julgado: desacolhimento

De plano, cumpre afastar a tese de que a r. sentença é *contra legem*.

Com efeito, inexistindo elementos de convicção nos autos acerca do valor da coparticipação do Banco Itaú, o i. Magistrado houve por bem aplicar a lei de acordo com os fins sociais a que ela se dirige.

Como cediço, nas hipóteses de lacuna e omissão, há a possibilidade de o juiz invocar a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, bem como aplicar a lei de acordo com as exigências do bem comum e fins sociais (arts. 4º

e 5º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro).

Em outras palavras, o r. julgado de primeiro grau não violou qualquer diploma legal, o que afasta a arguição de nulidade, sobretudo porque tal apenas viria a delongar desnecessariamente o andamento do feito.

Por outro lado, a temática alusiva ao valor da contraprestação será adiante abordada, estando o *decisum* a merecer pequeno reparo nesse ponto.

Rejeita-se, por consequência, a prejudicial de mérito.

Do direito do segurado à manutenção no plano de assistência médica

O ponto nodal da causa reside na possibilidade de o beneficiário de contrato de plano de saúde coletivo empresarial, após o rompimento de seu vínculo empregatício, manter as mesmas condições de atendimento e de pagamento da época em que estava empregado.

No caso vertente, depreende-se dos autos que o autor, em decorrência de vínculo empregatício que mantivera com o Banco Itaú S/A, foi beneficiário de plano de saúde coletivo administrado pela ré.

Verifica-se, outrossim, que após sua demissão sem justa causa, em 30/04/2013 (fls. 36/37), época em que já estava aposentado (fls. 33/35), continuou a usufruir do aludido convênio médico (fls. 38/43), adimplindo com o pagamento das respectivas mensalidades (fls. 44/51).

Ocorre que, após o período de CCT (Convenção Coletiva de Trabalho), houvera aumento substancial do valor até então pago, que saltaria de R$ 340,68 (fls. 44, 46) para R$ 825,56 (fls. 40/41), razão pela qual postulou a manutenção do plano de saúde nas mesmas condições que gozava quando da vigência do contrato de trabalho.

De fato, a hipótese é de acolhimento da pretensão inicial.

É incontroverso que o autor foi admitido no Banco Itaú em 14/05/1979, desligando-se daquela instituição financeira apenas em 30/04/2013 (fls. 36/37).

Destarte, encontram-se preenchidos os requisitos do artigo 31 da Lei nº 9.656/98 para a sua manutenção como beneficiário do plano de saúde vinculado à ex-empregadora, nas mesmas condições outrora estabelecidas e por tempo indeterminado.

Sobre o tema, estabelece o *caput* do referido dispositivo legal, *verbis*:

> "Art. 31. Ao aposentado que contribuir para produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, em decorrência de vínculo empregatício, pelo prazo mínimo de dez anos, é assegurado o direito de manutenção como beneficiário, nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma o seu pagamento integral."

Em igualdade, a Resolução ANS 279/2011, em seu artigo 4º,

Acesso ao Sumário

expressamente prevê a manutenção de ex-empregado no plano de saúde "nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho" pelo prazo de até dois anos, *verbis*:

> "Art. 4º É assegurado ao ex-empregado demitido ou exonerado sem justa causa que contribuiu para produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do artigo 1º da Lei nº 9.656, de 1998, contratados a partir de 2 de janeiro de 1999, em decorrência de vínculo empregatício, o direito de manter sua condição de beneficiário, nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma o seu pagamento integral.
>
> Parágrafo único. O período de manutenção a que se refere o caput será de 1/3 (um terço) do tempo de permanência em que tenha contribuído para os produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do artigo 1º da Lei nº 9.656, de 1998, ou seus sucessores, com um mínimo assegurado de 6 (seis) e um máximo de 24 (vinte e quatro) meses na forma prevista no artigo 6º desta Resolução".

Pois bem.

No caso dos autos, restou comprovado que o apelado gozava dos benefícios do plano de saúde coletivo mantido pela ré e financiado por sua ex-empregadora, com efetiva participação no custeio, tendo cumprido o prazo mínimo estabelecido no dispositivo legal supracitado.

Reconhece-se, portanto, o direito à manutenção do seu plano de saúde e de seus dependentes junto à recorrente, nas mesmas condições contratuais de que gozava antes da rescisão do contrato de trabalho, mediante pagamento integral da contraprestação.

Em casos análogos, colhem-se os precedentes desta C. Corte de Justiça:

> "Plano de saúde - Aposentado - Art. 31 da Lei nº 9.656/1998 - Manutenção em plano de saúde nas mesmas condições vigentes na época em que vigorava o contrato de trabalho - Plano de saúde oferecido pela antiga empregadora constitui salário indireto - Aposentado contribui para pagamento da contraprestação pecuniária do plano e tem direito a continuidade - Atenção aos artigos 30 e 31 da Lei nº 9.656/98 - Continuidade do aposentado na empresa não afasta seu direito à continuidade do plano de saúde - Sentença que reflete fielmente o texto da Lei para o cálculo do prêmio - Sentença mantida - Recurso improvido." (Apelação nº 4004278-65.2013.8.26.0019, 7ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. LUIZ ANTONIO COSTA, j. 16/09/2014).
>
> "PLANO DE SAÚDE - Pedido de manutenção de aposentado o plano coletivo empresarial, nas mesmas condições anteriores ao seu desligamento da empresa estipulante - Procedência - Requisitos do artigo

Acesso ao Sumário

31 da Lei nº 9.656/98 preenchidos - Efetiva contribuição do autor para o plano por mais de dez anos comprovada - Eventual substituição de operadoras não interrompe a contagem do prazo mínimo de contribuição - Contraprestação do autor a ser calculada pela soma da cota patronal com a sua contribuição anterior - Sentença mantida - RECURSO NÃO PROVIDO." (Apelação nº 4004608-62.2013.8.26.0019, 10ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. ELCIO TRUJILLO, j. 09/09/2014).

"PLANO DE SAÚDE. Hipótese do art. 31 da Lei nº 9656/98. Apelo e recurso adesivo. Aplicação da Lei 9.656/98 a contratos anteriores. Autor aposentado que trabalhou por mais de 10 anos na ex-empregadora, contribuindo para o plano de saúde e que tem o direito de permanecer nas mesmas condições, assumindo o pagamento integral das prestações. Trato sucessivo." (Apelação nº 0015592-81.2010.8.26.0019, 4ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. FÁBIO QUADROS, j. 05/09/2013).

Acresça-se que tem prevalecido o entendimento de que o plano de saúde oferecido pela empregadora tem natureza de salário indireto.

Desse modo, é evidente que a segurada contribui (indiretamente) ao seu pagamento.

Nesse sentido, colhem-se os precedentes registrados no âmbito desta 1ª Subseção de Direito Privado: 1ª Câm.: Ap. nº 1021091-72.2013.8.26.0100, Rel. Des. PAULO EDUARDO RAZUK, j. em 25.02.2014; 2ª Câm.: Ap. nº 0220299-25.2011.8.26.0100, Rel. Des. ÁLVARO PASSOS, j. em 04.02.2014; 3ª Câm.: Ap. nº 0002506-55.2012.8.26.0445, Rel. Des. VIVIANI NICOLAU, j. em 20.08.2013; 4ª Câm.: Ap. nº 0001022-12.2013.8.26.0011, Rel. Des. MILTON CARVALHO, j. em 12.12.2013; 6ª Câm.: Embargos Infringentes nº 0008218-60.2011.8.26.0445/50001, Rel. Des. PAULO ALCIDES, j. em 27.02.2014; 7ª Câm.: Ap. nº 4000655-96.2013.8.26.0405, Rel. Des. MENDES PEREIRA, j. em 19.03.2014; 8ª Câm.: Ap. nº 0014669-12.2012.8.26.0625, Rel. Des. CAETANO LAGRASTA, j. em 31.07.2013; 9ª Câm.: Ag. nº 2012574-36.2014.8.26.0000, Rel. Des. JOSÉ APARÍCIO COELHO PRADO NETO, j. em 25.02.2014; 10ª Câm.: Ap. nº 0000466-34.2013.8.26.0100, Rel. DES. CARLOS ALBERTO GARBI, j. em 15.10.2013.

Do valor da mensalidade

Por outro lado, é certo que o art. 31 da Lei nº 9.656/98 apenas garante o direito de o ex-funcionário ser mantido, nas mesmas condições, no plano de saúde de que dispunha quando estava na ativa.

Para tanto, deve pagar o valor integral da mensalidade, não lhe conferindo, pois, nenhum direito ao 'congelamento' das quantias mensais devidas, nem tampouco a prerrogativa de decidir quanto deve pagar à operadora de saúde, segundo o valor que entende correto.

Acesso ao Sumário

No que tange ao pagamento integral referido no art. 31 da Lei nº 9.656/98, tal deve corresponder à exata soma da contribuição devida à época da vigência do contrato de trabalho com os valores antes subsidiados pela ex-empregadora.

Esta é a exegese consolidada por esta C. Corte de Justiça, a saber:

"PLANO DE SAÚDE - Aposentada dispensada após mais de dez anos de contribuição - Contrato de assistência médica mantido nas mesmas condições vigentes à época em que a recorrida estava na ativa - Cabimento - Inteligência do art. 31, da Lei nº 9.656/98 - Prêmio passa a ser devido integralmente pela beneficiária e deve ser composto pela parcela do empregado e a do empregador - Observado que a parte custeada pelo estipulante será fixada na média dos valores pagos pelo empregador nos últimos seis meses, dividida pelo número de beneficiários atendidos na mesma modalidade de plano - Resolução Normativa nº 279/2011 da ANS que não afasta a incidência do art. 31, da Lei nº 9.656/98." (Apelação nº 1045244-72.2013.8.26.0100, 7ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. MENDES PEREIRA, j. em 14/05/2014).

"PLANO DE SAÚDE COLETIVO - Autor, funcionário aposentado, demitido pela empregadora - Pretensão de se manter em plano de saúde com condições de cobertura e preço iguais às dos funcionários ativos - Aplicabilidade do Art. 31 da Lei 9.656/98 - Requisitos legais atendidos - Valor da mensalidade que deve ser composta da parte subsidiada pela empregadora mais a custeada pelo autor, com os mesmos reajustes aplicados aos funcionários da ativa, ou seja, no plano paradigma, desde que autorizados pela ANS, mantida a co-participação" (Apelação nº 1034456-96.2013.8.26.0100, Rel. Des. RUI CASCALDI, 1ª Câmara de Direito Privado, j. em 11/03/2014).

"PLANO DE SAÚDE - OBRIGAÇÃO DE FAZER - Art. 31 da Lei 9.656/98 - Deve ser assegurado ao funcionário aposentado a permanência no plano de saúde coletivo mantido pela ex-empregadora, com o qual contribuiu por mais de dez anos, desde que haja assunção da cota patronal - Hipótese que se subsume ao disposto no art. 31 da Lei nº 9656/98 - Peculiaridades do plano oferecido pela empregadora e dificuldade na apuração do valor real do prêmio que, da mesma forma, não podem elidir os benefícios conferidos por norma de ordem pública - Resolução administrativa da ANS que não pode extrapolar a lei naquilo que com ela colide, e tão pouco ferir direitos assegurados - Valor do prêmio que deve corresponder ao pagamento integral da contraprestação, a ser apurado em liquidação de sentença mediante efetivação de cálculo para equacionar a mensalidade atuarial..." (Apelação nº 1022784-91.2013.8.26.0100, 6ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. PERCIVAL NOGUEIRA, j. em 19/02/2014).

Acesso ao Sumário

Na linha dos aludidos precedentes, extrai-se que a apelada não deve estabelecer mensalidades aleatórias, pois não se trata de adesão a um novo contrato, mas de continuidade de assistência prestada há anos, agora sem a participação da estipulante.

Assim, o apelado continuará efetuando os depósitos dos valores relativos àqueles anteriormente descontados em sua folha de pagamento, sendo que, à míngua do montante exato de coparticipação da ex-empregadora, em execução se aferirá qual o montante que efetivamente deverá pagar.

No tocante à atualização do valor do prêmio, é certo que os reajustes deverão observar os índices autorizados pela ANS para atualização das mensalidades.

Por esses fundamentos, meu voto dá parcial provimento ao apelo para determinar a manutenção do negócio jurídico, mediante contribuição integral da contraprestação, correspondente à soma da contribuição devida à época da vigência do contrato de trabalho com os valores antes subsidiados pela empregadora.

Em face dos princípios da causalidade e da sucumbência, a carga sucumbencial comporta redistribuição.

Assim, repartem-se as custas processuais e a verba honorária, corrigida monetariamente da publicação deste, na proporção de 40% para o apelado, cabendo a fração remanescente de 60% à recorrente, mantido o arbitramento originário (fls. 251).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1002195-15.2013.8.26.0606, da Comarca de Suzano, em que é apelante BANDEIRANTE ENERGIA S/A, é apelado SILMARA PEREIRA LEAL (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 5142)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GRAVA BRAZIL (Presidente) e LUIZ AMBRA.

São Paulo, 23 de abril de 2015.

SILVÉRIO DA SILVA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Apelação cível - Declaratória c.c. indenização por dano moral - Inscrição indevida do nome da autora em cadastro de inadimplentes - Contratação de serviço não solicitado pela autora - Ausência de excludente de fato de terceiro e exercício regular do direito - Teoria do risco da atividade empresarial - Indenização fixada em R$ 10.000,00 não se mostra elevada, considerando as partes e o bem jurídico lesado - Recurso desprovido.

VOTO

A sentença de páginas 65/70 julgou parcialmente procedente a ação para declarar a inexigibilidade do débito questionado e condenar a requerida no pagamento de indenização por dano moral, equivalente a R$ 10.000,00, corrigido monetariamente da sentença e juros de mora da citação. Condenou a vencida nas custas processuais e honorários advocatícios fixados em 15% sobre o valor da condenação.

Apelou a ré às páginas 77/89, aduzindo que a autora está cadastrada como cliente da concessionária, sendo titular de unidade consumidora de energia elétrica, e que não há qualquer prova de que não resida no local da instalação, o que também não a eximiria de pagar as faturas de consumo. Ademais, aduziu que a autora não solicitou a alteração da titularidade da instalação, nem encerrou a relação comercial. Também não pode ser desconsiderada a hipótese de falsário, que se utilizou dos dados pessoais da autora. Aduziu exercício regular do direito a inclusão em cadastros de restrição ao crédito; fato de terceiro; ausência de prova da ocorrência de dano moral; excessivo valor indenizatório, pedindo sua redução.

O recurso foi recebido no duplo efeito às páginas 92.

As contrarrazões foram oferecidas às páginas 95/97.

Foi certificado o decurso de prazo para oposição ao julgamento virtual, páginas 107.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Deveria a ré fazer prova de que foi a autora que realizou a contratação do serviço de instalação, o que não ocorreu.

Não se desincumbiu de seu ônus, na forma do art. 333, II, do CPC.

A excludente de fato de terceiro não vinga.

Assumiu a ré o risco da atividade empresarial, devendo se valer de todas as cautelas para os negócios que pretende, em busca do lucro almejado.

Acesso ao Sumário

Quem tem o bônus tem o ônus.

É a teoria do risco da atividade empresarial de responsabilidade objetiva, pois quem aufere lucros de certa atividade, tem de suportar os riscos decorrentes da mesma atividade.

O parágrafo único do art. 927 do Código Civil de 2.002 determina que "*Haverá obrigação de reparar o dano, independente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem"*.

Pelo mesmo motivo, não comporta acolhimento a tese de exercício regular do direito, pois se o contrato não foi celebrado pela autora, ela não pode ser cobrada pela dívida, sendo um prejuízo a ser arcado pela empresa, pelo risco de seu lucrativo negócio.

Trata o presente caso de dano *in re ipsa*, ou seja, aquele que prescinde de comprovação, porque o abalo é ínsito, próprio da situação.

Ao negativar a autora por ato de terceiro estranho, sem sequer seu conhecimento ou autorização, a ré apelante praticou dano moral absoluto.

Neste sentido ensina o Juiz Carlos Dias Motta, no estudo publicado na RT 760/74: *"A vítima, que em virtude de ter indevidamente seu nome lançado no cadastro dos serviços de proteção ao crédito, vê negado um financiamento com o qual já contava, sofre evidente dano patrimonial. Poderá manejar ação de indenização contra o causador do dano..."*

Wilson Bussada leciona que *"Banco - Danos moral caracterizado. Responsabilidade Civil. Registro indevido do nome do correntista na central de restrições de órgão de proteção ao crédito. Ato ilícito absoluto. Indenização devida. Ementa oficial: Responde, a título de ato ilícito absoluto, pelo dano moral conseqüente, o estabelecimento bancário que, por erro culposo, provoca registro indevido do nome do cliente em central de restrições de órgão de proteção ao crédito"*.

Observo que a indenização fixada, R$ 10.000,00, observa os critérios de razoabilidade e proporcionalidade, considerando as condições pessoais das partes e o bem jurídico lesado.

Assim, deve ser mantida a sentença como prolatada, que bem fundamentou o acolhimento do pedido.

Nego provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 4005607-

29.2013.8.26.0079, da Comarca de Botucatu, em que é apelante MARIA RITA PILOTO DE OLIVEIRA, é apelado ASSOCIAÇÃO DE PROPRIETÁRIOS E MORADORES DO CONDOMÍNIO MORADA DO SOL.

ACORDAM, em 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 9.929)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIZ ANTONIO DE GODOY (Presidente) e RUI CASCALDI.

São Paulo, 14 de abril de 2015.

CLAUDIO GODOY, Relator

Ementa: Incorporação imobiliária. Construção por empreitada. Ação ajuizada por associação de adquirentes a fim de assumir a conclusão de empreendimento paralisado e condenar o incorporador e o proprietário do terreno ao pagamento de indenização por danos materiais e morais de seus associados. Ilegitimidade ativa quanto ao pleito indenizatório. Representação ou substituição processual dos associados, quanto ao mais, cuja autorização se pode inferir do próprio específico objeto da entidade. Necessidade, porém, de cientificação dos adquirentes não associados. Litisconsórcio passivo necessário não respeitado. Participação do cônjuge do titular tabular e comunheiro do bem. Ilegitimidade passiva, inépcia da inicial e impossibilidade jurídica do pedido afastadas. Assentada a carência quanto aos pedidos indenizatórios, no mais anulada a sentença. Recurso parcialmente provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de recurso interposto contra sentença (fls. 262/274) que julgou procedente a demanda para o fim de condenar, solidariamente, a incorporadora e promitente vendedora de unidades no empreendimento denominado *Morada do Sol* e sua representante legal e proprietária do terreno ao pagamento de indenização pelos danos materiais em razão da comercialização das unidades sem a regularização registrária da incorporação e do abandono do empreendimento, a serem apurados em liquidação; condenar as rés, solidariamente, ao pagamento de indenização por danos morais em favor dos associados da autora, no importe

de R$ 15.000,00, mediante demonstração em liquidação de que estavam adimplentes quando da substituição da incorporadora; e condenar as rés a entregar os documentos necessários à regularização do empreendimento aos associados da autora, incluindo a outorga das escrituras, em vinte dias, confirmada a tutela antecipada para a autora assumir a administração do empreendimento.

Sustenta a ré Maria Rita Piloto de Oliveira, em sua irresignação, que a autora é parte ilegítima para figurar no polo ativo da demanda, pois inexistente a imprescindível autorização dos associados para que a associação os represente em Juízo, sobretudo tratando-se de direitos individuais, e porque não há como a associação assumir o empreendimento sem a anuência de todos os adquirentes, incluindo os não-associados; que inepta a petição inicial por falta de documentos indispensáveis, quais sejam a relação de associados ou adquirentes e os documentos relacionados no Provimento CG 10/2004 como necessários para regularização do empreendimento; que é parte passiva ilegítima, pois os contratos foram firmados pelos associados com a sociedade limitada Tropical Construtora e Imobiliária de Piracicaba S/C (TROPICAL) e, apesar de ser sua sócia à época do lançamento do empreendimento, nunca exerceu a administração social; que sua personalidade jurídica não se confunde com a da sociedade corré, não podendo figurar no polo passivo somente por ser cotitular do terreno, e neste caso fazendo-se necessária a integração da lide por seu falecido marido; que carece a autora de interesse de agir quanto ao pedido de tomar a administração do empreendimento, pois desnecessária a intervenção judicial, bastando o requerimento administrativo nos termos do Provimento CG 10/2004; e que verificada a impossibilidade jurídica do pedido, pois não possui relação com a associação ou com seus associados para que se vincule à possibilidade de transmissão do empreendimento a terceiros.

Assevera que apenas a incorporadora corré é responsável pelos supostos danos, nos termos do art. 43, II, da Lei nº 4.591/64, não havendo previsão contratual ou legal que a torne, enquanto coproprietária do terreno, responsável solidária; que assumiu a frente do empreendimento em agosto de 2000 por ocasião da saída da TROPICAL, que deixou as construções inacabadas e dívidas, com a Previdência Social, inclusive, o que impossibilitou a regularização do empreendimento; que a falta do registro de que trata o art. 32 da Lei nº 4.591/64 não enseja o desfazimento dos contratos ou o dever de indenizar, sobretudo diante da valorização do imóvel desde a negociação e da plena fruição e posse dos bens; que não foram desfeitos os contratos com os adquirentes dos blocos não construídos, o que afasta o dano, não comprovada a quitação do preço e o afastamento da previsão do art. 476 do CC; e que não há danos morais a indenizar.

Recurso regularmente processado e respondido.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Narrando que as rés, pessoa natural titular do terreno e sociedade limitada que prometeu unidades autônomas à venda se apresentando como incorporadora, abandonaram o empreendimento denominado *Morada do Sol*, iniciado em 1996, deixando de efetuar o registro da incorporação, instituição do condomínio edilício e mesmo de construir quatro das seis torres previstas, a associação autora ajuizou a presente demanda em outubro de 2013, formulando pleitos voltados à assunção do empreendimento a fim de regularizar seu registro e concluir sua construção e pediu a condenação das rés ao pagamento de indenização pelos danos materiais e morais causados a cada um de seus *associados*.

Pois a primeira questão a enfrentar está na legitimidade da associação para fazê-lo.

A respeito, a Suprema Corte vem de firmar o entendimento, em julgamento de recurso submetido ao regime da repercussão geral (art. 543-B, do CPC), de que a legitimidade das associações para ajuizar demandas em defesa de interesses de seus associados, nos termos do artigo 5º, inciso XXI, da Constituição Federal, assim na qualidade de substituta ou de representante, portanto não de legitimada extraordinária, está condicionada a autorização expressa, a tanto não servindo a autorização genérica dos estatutos (**RE nº 573232/SC, Plenário, Rel. p/ acórdão Min. Marco Aurélio, j. 14/05/2014, DJe 18/09/2014**).

Ora, de um lado, parece não se ter na espécie a legitimidade extraordinária própria do CDC ou da Lei da Ação Civil Pública, ainda que para defesa dos interesses individuais homogêneos. Mas, de outro, e seja como for, destarte posto que da perspectiva da substituição ou representação, é bem de ver que não se tem, no caso, autorização genérica dos estatutos, reputada insuficiente pela Suprema Corte. Antes, consta a constituição de associação com o fim e propósito específico justamente de assumir e terminar a construção dos edifícios em questão. Daí a autorização específica dos associados subscritores do ato de constituição e representados pela autora.

E disso se extraem duas conclusões. Uma, a de que, para o pleito indenizatório, o mesmo raciocínio não vinga. Para tanto deveria existir a autorização expressa que não se colhe da finalidade com que instituída a associação. Daí se acolher o recurso para reconhecer a carência quanto aos pedidos constantes dos itens 'e' e 'f' da petição inicial (fls. 31), nos termos do art. 267, VI, do CPC, ao final da demanda considerada a questão para fixação sucumbencial.

Porém, a duas, o pleito de assunção do empreendimento é em tese possível. Mas também com uma ressalva: a necessidade de citação dos demais adquirentes, para que venham ao feito se, afinal, possível que não lhes interesse vinculação, antes que com a incorporadora originária, e sim com a associação, representativa de alguns adquirentes, apenas, tudo sem verificação de deliberação

Acesso ao Sumário

majoritária.

Note-se, nesta senda, a previsão do artigo 43, VI, da Lei nº 4.591/64, que possibilita, quando o incorporador contrata a prazo e preço definidos, e desde que paralise a obra sem justa causa por mais de trinta dias, o seu afastamento e o seguimento da construção com os interessados, todavia uma vez havida deliberação da maioria absoluta dos adquirentes. Por isso a necessidade de sua citação.

Insista-se, o pedido, tal como formulado, implica alteração nos contratos firmados por todos os adquirentes, associados e não associados, substituídas as rés pela autora na posição contratual de construtora e promitente vendedora das unidades.

Não se está, portanto, diante da tutela de direito coletivo, seja porque o pedido se faz em favor da própria associação, que, frise-se, consta não englobar todos os adquirentes, seja porque não há convergência de interesses de uma coletividade, assim em torno de um objeto incindível. Isto é, possível que alguns dos adquirentes prefiram a permanência das rés à frente do negócio, contra a qual podem exercer suas pretensões com base no ajuste que firmaram, ou que o empreendimento seja assumido por outra associação de adquirentes ou mesmo por uma terceira construtora. Tudo o que ao menos reclamava deliberação majoritária, e qualificada, dos adquirentes, como se viu.

É verdade não ser estranha ao sistema de execução de obrigação de fazer a tomada de medidas que assegurem o resultado prático equivalente à execução do contrato (art. 461 do CPC), especificamente a promoção dos atos necessários por iniciativa da parte ativa às custas do devedor (art. 633 do CPC). Mas, posto a isto se assemelhe, disso não se cogitou e o pedido inicial foi além, de modo que a conclusão do empreendimento não se submeteria ao controle jurisdicional.

Neste sentido, posto que diante da falência da construtora, este Tribunal já teve ocasião de conceder alvará em falência para que associação de adquirentes assumisse o empreendimento imobiliário (v.g. **Agravo de Instrumento nº 366.739-4/7-00, Rel. J.G. Jacobina Rabello, 4ª Câmara de Direito Privado, j. 14/04/2005**), mas lá aproveitada a publicidade e a cientificação dos promissários compradores inerente ao feito falimentar.

Também não há que se falar em falta de documentos indispensáveis à propositura da demanda, assim entendidos aqueles que condicionam o exercício do direito, como, por exemplo, a prova da propriedade na reivindicatória.

Como se disse, a atuação da associação se dá na exata esteira de sua previsão estatutária e diante da alegação de inadimplemento, buscando-se com a demanda justamente ter acesso aos documentos em poder das rés, necessários à regularização do empreendimento.

Depois, também não se entende seja a recorrente parte ilegítima para

Acesso ao Sumário

figurar no polo passivo da demanda.

Como é sabido, as condições da ação, em razão da posição abstratista adotada pelo CPC quanto à natureza jurídica do direito de ação, são apreciadas em tese e *in statu assertionis*, isto é, tal como postos os fatos na inicial.

Dizendo-se que afeta à apelante, na qualidade de sócia administradora da promitente vendedora e incorporadora e de titular tabular do terreno, a obrigação de concluir o empreendimento a ser assumida pela associação autora, evidenciada a pertinência subjetiva da demanda, ao mérito concernindo aferir, inclusive conforme a prova produzida, a procedência destas alegações.

Mas, finalmente, tem-se caso de litisconsórcio passivo necessário, cuja integridade há de ser preservada nos termos do art. 47, par. único, do CPC. Nos exatos termos do artigo 31, 'a' e parágrafo único, da Lei nº 4.591/64, à incorporação é necessária a participação do titular tabular do terreno, cujo direito real, afinal, será transferido em frações ideais aos adquirentes das unidades autônomas.

E, no caso, sequer registrada a incorporação, não se pode cogitar do não atingimento da esfera jurídica do proprietário do terreno, assim apenas por se tencionar substituir o incorporador, impondo-se sua participação para fins de continuidade registrária, até.

Segundo consta, o terreno sobre o qual iniciado o empreendimento *Morada do Sol* consta da transcrição nº 13.928 do 2º Registro de Imóveis daquela Comarca (fls. 50/51) e é titulado pela apelante, mas que, como consta da certidão imobiliária, se casou antes da Lei nº 6.515/77 com Arnaldo de Melo Oliveira, que se afirma falecido.

Assim, impõe-se a integração do polo passivo, senão por Arnaldo, mas por seus sucessores, seja por força do disposto no art. 10, § 1º, I, do CPC, seja porque, aparentemente casados em comunhão universal de bens e sem que conste tenha havido a partilha, permanece o imóvel integrando a comunhão, ainda que com os sucessores do marido da apelante.

Acesso ao Sumário

Note-se que o conhecimento desta questão não está sujeito à preclusão, por dizer respeito à própria validade e eficácia da sentença. A propósito, calha a lição de Cândido Dinamarco, *"não implementado o litisconsórcio necessário, será nula a sentença assim proferida sem a presença de partes indispensáveis. Ainda que formalmente perfeita e estruturada de modo adequado (art. 458), ela é inválida por contaminação porque a omissão do juiz terá sido causa de nulidade de todo o processo. Ele terá descumprido o que preceitua o parágrafo do art. 47 do Código de Processo Civil e, a partir da omissão, estará comprometido tudo que houver sido feito no processo (CPC, art. 248 - infra, n. 715). Essa é uma nulidade absoluta, porque não diz respeito exclusivamente ao interesse das partes do processo, mas da própria Justiça e dos terceiros omitidos; por ser*

absoluta, ela será reconhecida pelo tribunal ao qual a causa for endereçada em eventual recurso, mesmo que nenhuma das partes a invoque ou peça a anulação da sentença (arts. 245, par., e 267, §3°). Se ocorrer o trânsito em julgado, será admissível a ação rescisória (art. 485, inc. V) com fundamento na violação à literal disposição do art. 47, que institui a necessariedade do litisconsórcio, e do seu parágrafo, que manda o juiz determinar a implementação" (**Instituições de Direito Processual Civil, v. II, 6ª ed., Malheiros, 2009, item 576, p. 363-364**).

Para estes fins, então, é que se anula a sentença.

Ante o exposto, **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso, nos moldes acima declinados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000796-62.2014.8.26.0008, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MARCO LEANDRO MENDONÇA GIROTO - ME, é apelado EDITORA NOSSA CULTURA LTDA..

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.214)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VITO GUGLIELMI (Presidente), PERCIVAL NOGUEIRA e EDUARDO SÁ PINTO SANDEVILLE.

São Paulo, 4 de maio de 2015.

VITO GUGLIELMI, Relator

Ementa: DIREITO AUTORAL. VIOLAÇÃO. USO INDEVIDO DE OBRA PARA A ELABORAÇÃO DE RESUMO. PROVA PERICIAL QUE APONTA PARA A CONFIGURAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO DIREITO AUTORAL. CULPA CARACTERIZADA. DANO EXISTENTE. AÇÃO PROCEDENTE. INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL QUE ATENDEU OS DITAMES LEGAIS. PRETENDIDA REDUÇÃO. INADMISSIBILIDADE. HIPÓTESE EM QUE NÃO COMPROVADO O NÚMERO DE

Acesso ao Sumário

EXEMPLARES EDITADOS. VALOR ARBITRADO QUE ATENDE AO PRECEITUADO NO ARTIGO 103, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 9.610/98. PRETENSÃO AFASTADA. DANO MORAL FIXADO EM VALOR EXCESSIVO. REDUÇÃO ADMISSÍVEL. SUCUMBÊNCIA QUE SE MOSTRA EXCESSIVA. VALOR REDUZIDO. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

1. Trata-se de recurso, tempestivo e bem processado, interposto contra sentença que julgou procedente ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por danos materiais e morais movida por Editora Nossa Cultura Ltda. contra Marco Leandro Mendonça Giroto - ME, nome fantasia "Book Records".

A autora ingressou com a presente ação sob o argumento de que é legítima detentora dos direitos de edição, publicação, distribuição e comercialização dos audiolivros das obras "Pai Rico, Pai Pobre", "Como Parar de se Preocupar e Começar a Viver" e "Como Fazer Amigos e Influenciar Pessoas", adquiridos de contratos com os legítimos proprietários dos referidos direitos, e que o requerido teria editado, publicado e comercializado resumos em audiolivros, em violação aos direitos da autora. Requereu a cessação da comercialização das obras além da indenização por danos materiais e morais.

Segundo o juízo, à vista do laudo pericial, restou configurada a violação do direito da autora e, em consequência, condenou o requerido à imediata cessação das vendas, por si ou por meio de seus revendedores ou parceiros, retirando todo o conteúdo dos respectivos servidores, *sites* ou meios físicos; condenou-o ainda ao pagamento de danos materiais, no importe correspondente ao valor de 3.000 exemplares de cada obra, além daqueles apreendidos, corrigidos monetariamente do ajuizamento, acrescido de juros legais de 1% ao mês, contados da citação; condenou ainda o réu ao pagamento de indenização por danos morais, arbitrada em R$ 30.000,00, valor a ser corrigido a partir da data da sentença, acrescido de juros de 1% ao mês, contados da citação; por fim, condenou o requerido ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em 20% do valor da condenação.

Inconformado, apela o réu. Argumenta que a perita indicada pelo juízo não tinha competência técnica para atuar no feito, tendo em vista que a questão de fundo exigiria o conhecimento de um perito especializado em Língua Portuguesa e não em propriedade intelectual. Acrescenta que a perita não ouviu

Acesso ao Sumário

o texto dos audiolivros, mas ateve-se apenas ao sumário para a confecção do laudo. Sustenta que as obras por ele produzidas não são resumos das obras originais, mas sim paráfrases, que não caracterizam violação de direito autoral. Acrescenta que quando da propositura da ação os contratos da autora com os titulares originais das obras encontravam-se vencidos, pelo que não deveria ter sido dado seguimento ao feito. Conclui pela reforma.

Recebido (fls. 344) e processado o recurso, vieram aos autos as contrarrazões (fls. 347/360).

Intimadas a manifestar eventual oposição ao julgamento virtual, informou a apelada que não se opõe (fls. 383/384), quedando-se inerte a apelante (fls. 385).

É o relatório.

2. Cuida-se de demanda de obrigação de fazer cumulada com pedido de indenização por danos materiais e morais, em razão de violação de direito autoral. Julgada procedente a demanda, sobreveio o presente recurso que, com efeito, merece parcial provimento.

Isso porque, vindo aos autos prova pericial, restou confirmada a semelhança (fls. 262/285) entre as obras originais e aquelas editadas e comercializadas pelo requerido. De fato, ao contrário do que sustenta o apelante, o mero cotejamento da estrutura das obras é suficiente para evidenciar a semelhança entre elas, deixando claro tratar-se de um resumo, e não de uma "paráfrase" como argumenta.

E nem poderia ser diferente, visto que não existe paráfrase da integralidade de uma obra. Como se verifica da definição constante do laudo pericial, "paráfrases pressupõem comentários inovadores como exercício legítimo do direito de crítica e opinião: o autor da paráfrase pensa e reinventa o trecho parafraseado, não a obra inteira" (fls. 279/280). E mais, "parafrasear a integralidade da obra, caracteriza o que as leis nacionais e internacionais alcunham de reprodução fraudulenta" (fls. 280).

Some-se a isso que, conforme documentos acostados à inicial (fls. 03/04), o requerido comercializava as obras como "resumos" e não como "paráfrases". Na página de internet do requerido não havia nenhuma referência que indicasse tratar-se de um comentário crítico, de uma análise ou de qualquer outra possível indicação de que pudessem se tratar de "paráfrases" das obras. Ao contrário, a página indicada de maneira clara tratar-se de "resumos" das obras.

Desse modo, resta claro que não apenas o requerido editou resumos derivados das obras de propriedade da autora, como comercializou tais resumos utilizando-se do nome e reconhecimento das obras originais para obter vantagem indevida. Evidente, pela apresentação da página na internet, que a referência às obras originais e seus autores serve tão somente para induzir o

Acesso ao Sumário

consumidor a equívoco e não para esclarecê-lo. É claro que o visitante da página seria imediatamente levado a crer que os "resumos" tivessem sido editados com a devida autorização dos autores, fortalecendo ainda mais a evidência de obra derivada, com violação de direito autoral.

Descabido o argumento de que a autora não seria titular do direito no momento da propositura da demanda. Veja-se que, por ocasião do saneador (fls. 244/245), em decisão contra a qual o requerido não se insurgiu, o Juízo reconheceu em favor da autora a titularidade dos direitos autorais sobre as três obras, de modo exclusivo à época do ajuizamento, tendo em vista os documentos apresentados pela autora que indicavam claramente a intenção dos cedentes na continuidade dos contratos.

Também não se sustenta a argumentação do requerido no que tange à suposta imprestabilidade do laudo pericial. O laudo foi bem constituído e detalhadamente explicado. Não gera dúvidas e não padece de contradições.

A discussão acerca da área de conhecimento da expert é impertinente. Não há nada que desabone o minucioso laudo oficial elaborado por perita de confiança do juízo, tendo sido o trabalho bem desenvolvido, alcançando resultado suficiente.

Portanto, restando inequívoca a utilização ilícita de obra intelectual de titularidade da autora é evidente que por isso deva o requerido ser responsabilizado.

A condenação, pois, era mesmo de rigor.

No tocante ao valor da indenização, verifica-se que a fixação do *quantum* obedeceu aos ditames legais.

Note-se que, embora tenha o réu sido contatado para que informasse o total de exemplares vendidos, negou-se a fornecer tal informação, tampouco produzindo qualquer prova neste sentido. Logo, como duvidoso o número efetivo de reproduções, bem reconhecido o valor de três mil exemplares, pois obedecido critério legal objetivo para sua fixação, em função do artigo 103, parágrafo único, da Lei nº 9.610/98, devendo tal valor ser corrigido e acrescido de juros a partir da data da citação.

De outro lado, a fixação dos danos morais em R$ 30.000,00 parece-nos excessiva. Isso porque a indenização não deve ser tal que traduza enriquecimento sem causa, e nem tão ínfima, que traduza, por via reflexa, despreocupação com eventual reincidência na prática.

Em hipóteses como a dos autos, de resto, e à falta de critério legal objetivo, sobrelevam as condições econômicas das partes e a intensidade da culpa.

Presente essa conjugação de fatores, e bem que o autor não venha a locupletar-se da situação, deve a indenização ser limitada a R$ 15.000,00 (quinze mil reais), para a data do acórdão, com juros a partir da citação, quantia

Acesso ao Sumário

que se mostra suficiente para a justa reparação.

Também o valor arbitrado a título de honorários de sucumbência está a merecer reparo. Atento aos critérios do § 3º do art. 20 do Código de Processo Civil, considerando a relativa simplicidade da causa, que não ensejou incidentes ou recursos, parece razoável a fixação dos honorários a serem pagos pelo réu em 10% do valor da condenação, corrigidos da data do acórdão.

Em resumo, mantida a condenação do réu, reforma-se parcialmente a sentença apenas para reduzir o valor dos danos morais e dos honorários advocatícios.

3. Nestes termos, dá-se parcial provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes Autos da Apelação nº 0001132-72.2011.8.26.0563, da Comarca de São Bento do Sapucaí, em que são apelantes MARIA CÉLIA PEREIRA LEITE, AMAURY RIBEIRO LEITE e JOSÉ FRANCISCO PEREIRA FILHO, são apelados CRISTIANO PEREIRA DA SILVA e ELIANA PEREIRA DA SILVA.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U. Sustentou oralmente o Dr. Braz Martins Neto.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21918)**

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

São Paulo, 6 de maio de 2015

Grava Brazil, Relator

Ementa: Usucapião extraordinária - Sentença que decide duas ações buscando o reconhecimento da prescrição aquisitiva do mesmo imóvel - Procedência de uma das demandas e improcedência de outra - Inconformismo - Acolhimento - Apelantes que comprovaram o preenchimento dos requisitos para a concessão da usucapião - Posse com *animus domini* por 20 anos - Apelado que ingressou no imóvel a convite do primeiro possuidor, para cuidar do imóvel - Caráter da posse que não se transmudou

Acesso ao Sumário

após o falecimento do pai dos apelantes - Provas de que o possuidor direto reconhecia a posse indireta dos herdeiros - Existência de relação de confiança e proximidade entre as partes - Sentença reformada, com inversão do julgamento - Procedência da ação movida pelos apelantes e improcedência da movida pelo apelado - Recurso provido.

VOTO

I - Trata-se de sentença que, em ação de usucapião extraordinária, movida por ELIANA PEREIRA DA SILVA e CRISTIANO PEREIRA DA SILVA (sucessores de EXPEDITO PEREIRA) julgou a demanda procedente, julgando, ainda improcedente a ação de usucapião movida por MARIA CÉLIA PEREIRA LEITE, AMAURY RIBEIRO LEITE e JOSÉ FRANCISCO PEREIRA FILHO. Confira-se fls. 516/528.

Inconformados, apelam MARIA CÉLIA PEREIRA LEITE e OUTROS (fls. 531/549), sustentando, em resumo, que sua posse, somada a de seus pais, supera o período de 30 anos. Esclarecem que após determinado tempo de moradia, a casa passou a ser um local onde passavam finais de semana e férias, visto que os membros da família se mudaram para outras cidades, sem, contudo, deixar de zelar pela conservação do local. Destacam que o autor Amaury Ribeiro Leite mandou instalar linha telefônica no local. Asseveram estar comprovado por prova oral e documental que Expedito Pereira recebeu solicitação para cuidar do imóvel, limpando-o uma vez por semana. Relatam que a posse de Expedito decorre de comodato verbal, mediante solicitação dele que, na época, havia acabado de se separar de sua esposa, fatos que não foram por ele negados. Reportam-se ao depoimento de testemunhas, dizendo que comprovaram que Expedito Pereira passou a residir no imóvel para cuidar de José Francisco Pereira, pai dos autores, bem como que Francisco, Célia e Amaury iam ao imóvel uma vez por mês. Aduzem que enviavam dinheiro para que Expedito quitasse o IPTU, e que ele tomava o cuidado de xerocopiar os comprovantes de pagamento, tanto que não trouxe aos autos os comprovantes originais, que foram juntados pelos ora apelantes. Relacionam os documentos originais que juntaram, comprovando o pagamento de tributos e contas de consumo. Apontam a falsidade da afirmação dos autores Cristiano e Eliana, no sentido de que os carnês de pagamento teriam sido "retirados" subitamente de suas mãos. Asseveram que seus móveis ainda guarnecem a casa existente no local. Falam sobre a existência de confiança entre as partes, esclarecendo que Maria Célia e Amaury são padrinhos de um dos filhos de Expedito. Questiona o juízo de valor de melhor posse que constou da inicial.

Acesso ao Sumário

O preparo foi recolhido (fls. 550/551), sendo o recurso recebido (fls. 553) e contra-arrazoado (fls. 555/565).

É o relatório, adotado, quanto ao mais, o da sentença apelada.

II - A sentença recorrida julgou conjuntamente duas ações de usucapião que têm por objeto o mesmo bem (imóvel urbano de 378 m², com edificação de 168 m²).

Expedito Pereira (que faleceu no curso do feito) ajuizou a ação em outubro de 2011, referindo posse de mais de 10 anos.

Maria Célia Pereira Leite, Amaury Ribeiro Leite e José Francisco Pereira Filho, sucessores de José Francisco Pereira e Terezinha Mota Pereira, por sua vez, propuseram a ação em apenso em janeiro de 2012, alegando que o casal José Francisco e Terezinha (já falecidos) tomaram posse do imóvel, que se encontrava abandonado, há mais de 30 anos.

A sentença recorrida julgou procedente a primeira e improcedente a segunda ação, sob o fundamento de que Expedito comprovou exercer a melhor posse.

A sentença deve ser reformada.

Os requerentes Maria Célia Pereira Leite, Amaury Ribeiro Leite e José Francisco Pereira Filho, sucessores de José Francisco Pereira (que pelo despacho de fls. 271 foram integrados à ação proposta por Expedito Pereira como "réus"), comprovaram o exercício da posse com *animus domimi*, pelo menos, desde o ano de 1992.

É certo que há nos autos documentos que comprovam que a apelante Maria Célia Pereira Leite foi locatária do imóvel nos anos de 1980, 1981, 1987 e 1990 (fls. 171/180). No entanto, o depoimento da testemunha João Carlos Ferreira, que afirma residir no município há 34 anos, esclarece que o imóvel integrava o espólio de Benedita Gracioti, esposa de Mario Gracioti (locador), e foi deixado em testamento à Santa Casa. Contudo, a legatária "não conseguiu tomar posse do imóvel porque havia diversas pendências referentes aos bens tesados" (fls. 412).

Há, ainda, informação do Cartório de Registro de Imóveis indicando a inexistência de dados registrais envolvendo o imóvel (fls. 133/134).

Assim é que se comprovou que, pelo menos desde 1992, José Francisco Pereira exercia a posse do imóvel com *animus domini*, o que se encontra corroborado pelos documentos juntados ao apenso: carnês de IPTU (fls. 15/19), conta de telefone instalada em 1996 em nome de Amaury Ribeiro Leite (genro de José Francisco Pereira - fls. 25/28), contas de água (fls. 29/32) e contas de energia elétrica em nome de José Francisco Pereira (fls. 33/43).

Expedito Pereira, por sua vez, reconheceu, na manifestação de fls. 162/170, ter sido convidado, em janeiro de 1997, por José Francisco Pereira

Acesso ao Sumário

"para desempenhar alguns afazeres domésticos e residir consigo no imóvel usucapiendo. Motivou o convite no sentido de que necessitava de uma pessoa acompanhante, pois era pessoa idosa, residia sozinho, a esposa havia falecido recentemente e os filhos mudado para a cidade de Lorena-SP. No dia 02 de Fevereiro do mesmo ano o Peticionário e seus 02 filhos mudaram para a residência em tela e ali permaneceram até hoje. Em junho de 1998 o Sr. José Francisco Pereira veio a óbito e o peticionário permaneceu residindo no imóvel, sem contestação de qualquer pessoa, inclusive dos requerentes".

Analisando os fatos até aqui colocados, tem-se que, se de um lado, a posse dos apelantes tinha caráter precário, mas sofreu transmudação, quando o locador faleceu, sem posterior reclamação ou exercício de atos de posse por parte do legatário, o mesmo não ocorreu com a posse do apelado.

Consta que esse último ingressou no imóvel sob a permissão e a convite do possuidor, mas não passou, após o falecimento dele a exercer a posse com *animus domini*, visto que a família do falecido José Francisco não abandonou o bem.

Importante salientar que emana do conjunto probatório a existência de relação de proximidade entre as famílias litigantes, a indicar relação de confiança que, por algum motivo, veio a se quebrar, ensejando o ajuizamento de ações de usucapião por ambas as partes.

A própria manifestação do apelado nos, acima referida, indica que "vez ou outra" os apelantes lhe faziam "visitas", conquanto negue a existência de comodato verbal, ou de permissão para que ali residisse.

Confirma, contudo, que numa dessas visitas, a apelante Maria Célia solicitou os carnês de IPTU, que lhe foram entregues. Admite, ainda, que o apelante Amaury lhe entregou importância em dinheiro para pagamento do IPTU de 2011, que foi recebida, mas posteriormente depositada em Juízo.

Não é possível se ter certeza a respeito de quem efetivamente arcou com o pagamento do IPTU ao longo dos anos, visto que ambas as partes trouxeram comprovantes aos autos e o pedido de expedição de ofícios ao banco onde o falecido pai dos apelados mantinha conta foi indeferido (fls. 289/291). Assim, não foi comprovada a alegação de que havia reembolso dos valores quitados diretamente por Expedito.

No entanto, o simples fato desse último ter aceitado entregar os carnês (referentes aos anos de 1990, 1991, 1992, 1994, 1996, 1998, 2003, 2006, 2008, 2009, 2010 e 2011) é indicativo de que a posse indireta dos herdeiros de José Francisco era respeitada por Expedito, afastando, assim, o *animus domini*.

A existência de proximidade entre as partes foi confirmada, ainda, pela testemunha Claudemir Geraldo Silva, que foi caseiro do imóvel antes de Expedito lá residir, e confirmou que Amaury (oficial de registro de imóveis) chegou a trabalhar no fórum com Expedito (que era servente do fórum local).

Acesso ao Sumário

Confirmou, ainda, que os apelantes Amaury e Maria Célia são padrinhos de um dos filhos de Expedito (fls. 403/404).

A testemunha Márcio de Lacerda Arantes Silva confirma, também, a proximidade das partes (fls. 413).

De todo o conjunto, se extrai que não houve exercício de posse com *animus domini* pelo apelado no período indicado, uma vez que, para tanto, era necessário que os apelantes - herdeiros do possuidor que vinha exercendo a posse com *animus domini* - não tivessem dado continuidade (ainda que indiretamente) à posse exercida pelo pai, ou que fossem desconhecidos do possuidor direto, o que não parece ter ocorrido.

Por fim, o documento juntado a fls. 512/513, notas de materiais comprados na cidade pelo apelante José Francisco Filho em 2002, reforçam o exercício da posse indireta pelos apelantes.

Comprovado o exercício da posse mansa, pacífica, com *animus domini*, pelo prazo de pelo menos 20 anos, a prescrição aquisitiva é de ser reconhecida em favor dos apelantes, e não do apelado, como fez o Juízo de origem.

Nesse passo, a sentença deve ser reformada, a fim de se julgar procedente a ação proposta pelos apelantes e improcedente a proposta pelos apelados, reconhecendo-se a aquisição do domínio do imóvel descrito nas petições iniciais em nome daqueles, devendo ser expedido mandado ao Cartório de Registro de Imóveis competente, mantida a determinação de abertura de matrícula, com a juntada das peças determinadas pela sentença.

Deverão os apelados, em consequência da inversão do julgado, arcar com as custas processuais e honorários advocatícios do patrono dos réus, que ficam arbitrados em 15% sobre o valor da causa ajuizada por seu genitor.

III - Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso. É o voto.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0021033-92.2012.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante/apelado GAFISA SPE 48 S/A, são apelados/apelantes DONIZETTI FERREIRA e JANDIRA RODRIGUES DOS SANTOS FERREIRA.

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso da ré e deram parcial provimento aos dos autores. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.805)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOÃO

CARLOS SALETTI (Presidente) e ELCIO TRUJILLO.

São Paulo, 9 de junho de 2015.

CARLOS ALBERTO GARBI, Relator

Ementa: APELAÇÃO. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. UNIDADE FUTURA. ATRASO NA ENTREGA. FORTUITO INTERNO. DEMORA NA OBTENÇÃO DO FINANCIAMENTO QUE NÃO PODE SER IMPUTADA AOS CONSUMIDORES. DEVOLUÇÃO DA MULTA E DOS JUROS MORATÓRIOS. DANO MORAL.

1. Compromisso de compra e venda para aquisição de unidade futura. Atraso injustificado na entrega da unidade. Não há como afastar a responsabilidade pela mora no cumprimento da obrigação, visto que empresas do porte da ré, que atuam há anos no mercado imobiliário, devem se ajustar a eventuais embaraços para finalizar a obra que se comprometeram a vender. Os motivos alegados configuram o que se convencionou chamar fortuito interno, e, assim, não tem poder liberatório da obrigação.

2. Descumprido o contrato por culpa exclusiva da ré, responde ela pelas perdas e danos sofridos pelos autores (art. 389 do CC). A indenização por lucros cessantes corresponde à privação injusta do uso do bem e encontra fundamento na percepção dos frutos que lhe foi subtraída pela demora no cumprimento da obrigação. Na falta de recurso da ré para alterar a sentença nesse ponto, deve ser admitida a fixação da indenização com base no aluguel de outro imóvel equivalente, e não em percentual do valor do imóvel objeto do contrato, conforme recomenda a jurisprudência.

3. Considerando que a demora na contratação do financiamento pode ser imputada à empresa indicada pela ré, que demorou mais de quatro meses para concluir o procedimento de liberação do crédito imobiliário, ensejando significativa evolução do saldo devedor, não se afigura razoável impor aos autores o ônus do pagamento da diferença apurada. Os

Acesso ao Sumário

compradores seguramente não fizeram distinção entre as empresas atuantes na cadeia de fornecimento e não tiveram a oportunidade de escolher o profissional que lhe conviesse. Representam a parte vulnerável na cadeia de consumo em exame e não podem, portanto, ficar sujeitos às relações obrigacionais mantidas entre os fornecedores. Diante da prova do prejuízo sofrido, deve ser indenizada por qualquer dos fornecedores em virtude da solidariedade existente entre eles no dever de reparar.

4. Dano moral. Embora a questão cuide de inadimplemento contratual, risco inerente a qualquer negócio jurídico, é inegável a configuração do dano moral. Atraso injustificável. A aquisição de bem imóvel gera expectativas e esperanças que, no caso em exame, acabaram frustradas. A conduta da ré seguramente afetou a dignidade dos adquirentes, que não puderam usufruir do bem adquirido no tempo esperado. Indenização por dano moral fixada em R$ 20.000,00, valor que não é excessivo e se aproxima daquele adotado pela jurisprudência do Tribunal em casos semelhantes.

5. Recurso da ré não provido. Recurso dos autores provido parcialmente nos termos explicitados.

VOTO

Apelaram as partes da sentença proferida pelo Doutor PAULO SÉRGIO MANGERONA que julgou parcialmente procedente o pedido para condenar a ré ao pagamento de indenização equivalente ao aluguel de imóvel do mesmo padrão por mês de atraso, de dezembro de 2010 até a entrega das chaves.

A ré, em seu recurso, sustentou que não concorreu com o atraso, uma vez motivado por fortuito e força maior. Sustentou, ainda, que não foi demonstrado prejuízo a justificar a reparação pleiteada e que, alternativamente, deve ser reduzido o período da mora a apenas onze meses, adequando-se a sentença, inclusive, ao que foi pedido na inicial.

Os autores, por sua vez, sustentaram que a demora em concluir o financiamento se deve à atuação da empresa indicada pela ré exatamente para facilitar a obtenção do crédito imobiliário, daí porque deve ser admitida a devolução dos juros e da multa contratual indevidamente acrescidos ao saldo devedor. Sustentaram, ainda, que a função da indenização por danos morais

Acesso ao Sumário

também é evitar novos comportamentos ilícitos da ré, devendo, portanto, indenizar o intenso sofrimento causado pelo atraso na entrega do imóvel prometido à venda.

As partes responderam aos recursos, respectivamente.

É o relatório.

As partes celebraram, em 02/07/2007, compromissos de compra e venda para aquisição dos apartamentos 222 e 223, bloco A - Torre Nobile, do "*Condomínio Enseada das Orquídeas*", empreendimento da ré na cidade de Santos - SP, pactuados em R$ 254.094,29 e R$ 261.608,45, cuja entrega estava prevista para o dia maio de 2010, admitido o prazo de tolerância de 180 dias.

Ocorre que, somente em outubro de 2011, ou seja, depois de decorridos 11 meses do prazo inicialmente previsto no contrato - já computada a tolerância de 180 dias admitida - é que receberam a unidade que lhes foi prometida à venda. Não fosse por isso, a demora para viabilizar o financiamento necessário à quitação do preço, imputada igualmente à ré, teria ensejado o acréscimo de encargos indevidos ao saldo devedor, razão pela qual os autores ajuizaram a presente demanda.

Citada, a ré não refutou o atraso, ao contrário, procurou justificá-lo em razão de fatores como o superaquecimento do mercado imobiliário, que resultou em escassez de mão de obra e equipamentos de construção civil, bem como a burocracia para obtenção de licenças e alvarás. Todavia, não há como afastar a sua responsabilidade pela mora no cumprimento da obrigação, visto que empresas do porte da ré, que atuam há anos no mercado, devem se ajustar a eventuais embaraços para finalizar a obra que se comprometeram a entregar. Cuida-se do que se convencionou chamar **fortuito interno** e que não tem poder liberatório da obrigação.

A esse respeito esclarecem **Cristiano Chaves de Farias** e **Nelson Rosenvald**: *"Constatada a ocorrência do fato inevitável e necessário, o efeito será a exclusão de qualquer obrigação de indenizar por parte do devedor. Todavia, em certos casos o fortuito não será óbice à responsabilização do devedor. [...] c) em sede de responsabilidade civil, existem casos em que o fato danoso não resultou da culpa do agente, mas de uma situação que se liga diretamente aos riscos da atividade profissional exercitada pelo causador do dano. Cuida-se da figura do fortuito interno, cujo risco vem de 'dentro para fora' e culmina por se tratar de um evento evitável pro parte de quem assumiu a atividade"* (Direito das Obrigações, Ed. Lumen Juris, 2011, p. 531/532).

Nesse sentido, oportuno lembrar também o voto do Desembargador **Luis Francisco Aguilar Cortez**, no julgamento de caso análogo: "*os problemas administrativos enfrentados na obtenção das licenças ambientais não podem ser considerados causas de suspensão dos prazos para o início das obras*

Acesso ao Sumário

de construção do loteamento, porque tais circunstâncias, em decorrência da natureza do contrato e atividade desenvolvida pelas promitentes vendedoras, não são fatos imprevistos ou não inevitáveis" (TJSP - Ap. nº 9067923-17.2005.8.26.0000 - j. 23/08/2011).

A existência de exigências administrativas para construção e entrega do imóvel, bem como eventuais excessos de chuva e dificuldades de encontrar mão-de-obra especializada e insumos, são circunstâncias conhecidas pela ré, empresas que, de acordo com seu estatuto social, dedica-se à construção e comercialização de imóveis, e, portanto, deveriam ter sido consideradas no momento da contratação, quando fixada a data prevista para a entrega do imóvel ao autor. Prometido à venda o imóvel com a estipulação de prazo certo para a sua entrega, deve o compromissário vendedor, que tem recebido as prestações pactuadas, entregá-lo no prazo previsto.

O prazo inicial para conclusão das obras foi estabelecido para maio de 2010, mas somente em agosto de 2011 foi obtido o "*habite-se*" para o empreendimento (fls. 331), com entrega das chaves em outubro do mesmo ano. Dessa forma, diante da mora da ré em promover a entrega da unidade, estava justificada a sua condenação em perdas e danos, nos termos dos arts. 389 e 402, ambos do Código Civil.

Se houve injustificado descumprimento do contrato, é dever da ré ressarcir os autores pelos danos que lhe foram ocasionados em decorrência do atraso na entrega do bem. Esta indenização independe da cláusula penal, bem como da finalidade eventualmente afirmada ou da prova dos prejuízos, porque corresponde à privação injusta do uso do bem e encontra fundamento na percepção dos frutos que lhe foi subtraída pela demora no cumprimento da obrigação, e se convencionou chamar de lucros cessantes.

É nesse sentido a orientação da jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça em casos semelhantes:

> "AGRAVO REGIMENTAL - COMPRA E VENDA. IMÓVEL. ATRASO NA ENTREGA - LUCROS CESSANTES - PRESUNÇÃO - CABIMENTO - DECISÃO AGRAVADA MANTIDA - IMPROVIMENTO. 1.- A jurisprudência desta Casa é pacífica no sentido de que, descumprido o prazo para entrega do imóvel objeto do compromisso de compra e venda, é cabível a condenação por lucros cessantes. Nesse caso, há presunção de prejuízo do promitente-comprador, cabendo ao vendedor, para se eximir do dever de indenizar, fazer prova de que a mora contratual não lhe é imputável. Precedentes..." (STJ - AgRg no REsp 1202506/RJ - rel. Min. **Sidnei Beneti** - DJe 24/02/2012).
>
> "CIVIL. CONTRATO. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. RESOLUÇÃO POR CULPA DA CONSTRUTORA...

Acesso ao Sumário

LUCROS CESSANTES PELO VALOR DO ALUGUEL MENSAL QUE IMÓVEL PODERIA TER RENDIDO. PRECEDENTES [...] A inexecução do contrato pelo promitente-vendedor, que não entrega o imóvel na data estipulada, causa, além do dano emergente, figurado nos valores das parcelas pagas pelo promitente-comprador, lucros cessantes a título de alugueres que poderia o imóvel ter rendido se tivesse sido entregue na data contratada. Trata-se de situação que, vinda da experiência comum, não necessita de prova (art. 335 do Código de Processo Civil). Recurso não conhecido" (STJ - REsp 644984/RJ - rel. Min. **Nancy Andrighi** - DJ 05/09/2005).

Nesse passo, embora não se afigure razoável fixar a indenização com base no aluguel de outro imóvel equivalente, porque, não se podendo precisar suas dimensões e valor de mercado, a indenização pode não refletir o dano efetivamente experimentado pelos compradores, verifica-se que, superado o fundamento da excludente de culpabilidade por fortuito e força maior, não se verifica irresignação da ré em face do valor fixado pela sentença, mas somente com relação ao tempo de mora, de modo que não pode ser alterada sentença para redefinir a base de cálculo dos frutos que os autores deixaram de perceber em razão do atraso.

Os aluguéis são devidos durante o prazo em que os autores tiveram que aguardar a efetiva entrega da unidade adquirida, desde setembro de 2010, prazo final para conclusão das obras - reconhecida a validade do prazo de tolerância previsto no contrato - até a data da expedição da efetiva entrega da unidade, que, no caso, ocorreu em outubro de 2011.

Os autores também impugnaram os encargos que foram incluídos no saldo devedor, ao que tudo indica, em razão da demora na contratação do financiamento.

É certo que, expedido o *habite-se* para o empreendimento e individualizadas as matrículas das unidades adquiridas, inexistia impedimento à obtenção do crédito imobiliário necessário à quitação do preço, forma de pagamento expressamente admitida pelo contrato. Nesse passo, para facilitar a contratação do financiamento, reconhecida a complexidade do procedimento, a ré recomendou aos adquirentes de unidades do *Condomínio Enseada das Orquídeas*, os serviços da *DMR Assessoria Imobiliária*, conforme se verifica da missiva datada de 23/09/2011 (fls. 93/94).

Com a expedição do *habite-se* em agosto de 2011, a ré, por liberalidade, alterou o prazo de vencimento da prestação final para integralização do preço para o dia 02/01/2012 (fls. 99/100), de modo que os adquirentes contavam com pelo menos 90 dias para diligenciar a obtenção do crédito imobiliária junto à instituição financeira de sua escolha.

Acesso ao Sumário

Mesmo na ausência do respectivo instrumento, os elementos dos autos permitem afirmar com segurança que autores contrataram a empresa *DMR Assessoria Imobiliária* para prestação de serviços de assessoria técnica, de modo a facilitar a obtenção do financiamento necessário à quitação do preço. Referida empresa, decerto, foi escolhida pela ré como prestadora de serviços aos adquirentes de unidades do empreendimento em questão, atuando em favor daquela para aprovação do financiamento. Os autores seguramente não fizeram distinção entre as empresas atuantes na cadeia de fornecimento, de modo que deve ser reconhecida a legitimidade passiva da ré para responder também pela devolução dos valores que cobrou em razão de atraso que não pode ser imputado aos autores.

Como esclarece **Flávio Tartuce**: "*Deve-se atentar que, no fato do serviço ou defeito, há evidente solidariedade entre todos os envolvidos na prestação, não havendo a mesma diferenciação prevista para o fato do produto, na esteira do que consta dos arts. 12 e 13 do CDC. Isso porque é difícil diferenciar quem é o prestador direto e o indireto na cadeia de prestação, dificuldade que não existe no fato do produto, em que a figura do fabricante é bem clara [...] Na verdade, a tarefa de identificação de quem seja o prestador direto não poderia trazer a impossibilidade de tutela jurisdicional da parte vulnerável [...] Tais conclusões, sem dúvida, ampliam muito a responsabilidade dos parceiros de prestação.*" (Manual de Direito do Consumidor, Direito Material e Processual, Ed. Método, 2012, p. 153/154).

Os autores representam a parte vulnerável na cadeia de consumo em exame e não podem, portanto, ficar sujeitos às relações obrigacionais mantidas entre os fornecedores. Diante da prova do prejuízo sofrido, devem ser indenizados por qualquer dos fornecedores em virtude da solidariedade existente entre eles no dever de reparar. A busca é pela reparação efetiva e rápida, de modo a proteger o consumidor, hipossuficiente na relação (art. 6º, inc. VI, do Código de Defesa do Consumidor).

Das cópias das mensagens eletrônicas juntadas aos autos (fls. 114/182) é possível afirmar que em novembro de 2011 os autores já haviam recorrido aos serviços da *DMR Assessoria Imobiliária* para viabilizar o financiamento do saldo devedor das unidades, porque, em 17/11/2011 já havia sido enviada à referida empresa a documentação necessária para dar andamento à solicitação do empréstimo. Dessa forma, não há como atribuir a demora na contratação do financiamento aos autores, que, tudo indica, contrataram os serviços da DMR Assessoria Imobiliária, mediante indicação da ré e com pelo menos 45 dias antecedência, exatamente para esse fim.

Sucede que somente em março de 2012 os autores foram convocados para assinar o financiamento (fls. 117), fato que ensejou a cobrança de encargos moratórios pela ré, no importe de R$ 10.365,20 referente ao apartamento 222,

Acesso ao Sumário

e de R$ 16.832,81, referente ao apartamento 223 (fls. 345/350). Considerando que a demora na contratação do financiamento pode ser imputada à *DMR Assessoria Imobiliária*, que demorou mais de quatro meses para concluir o procedimento de liberação do valor pleiteado, ensejando a evolução do saldo devedor pelo acréscimo de multa e juros de mora, não se afigura razoável impor aos compradores o ônus do pagamento da diferença reclamada, daí o direito à restituição das quantias pagas a esse título que deve ser reconhecido em seu favor.

De outra parte, é evidente que a demora na entrega do apartamento aos autores também causou o prejuízo moral alegado. Como se vê, não puderam se mudar para a unidade adquirida na data prevista e, por certo, tiveram frustradas as expectativas e esperanças inerentes à aquisição de bens imóveis.

A ré, sem dúvida, abusou da boa-fé dos adquirentes, que confiaram no prazo prometido, conduta esta que, com segurança, afetou sua dignidade. Na ausência de questionamento a esse respeito, tudo indica que os autores cumpriram todas as demais obrigações assumidas ao subscrever o contrato e, mesmo assim, não puderam usufruir o bem adquirido no tempo esperado. Assim, não obstante a questão trate de inadimplemento contratual - risco inerente a qualquer negócio jurídico -, justifica-se o pedido de reparação por danos morais. Já decidiu nesse sentido o Tribunal em casos semelhantes: TJSP - Ap. nº 0044332-77.2008.8.26.0000 - rel. Des. João Francisco Moreira Viegas - j. 14.03.12; TJSP - Ap. nº 0001671-13.2011.8.26.0248 - rel. Des. Natan Zelinschi de Arruda - j. 06/10/2011.

É certo que a indenização deve ser fixada com moderação. Neste ponto, importante o esclarecimento de **Sérgio Cavalieri Filho**: "*Na fixação do quantum debeatur da indenização, mormente tratando-se de lucro cessante e dano moral, deve o juiz ter em mente o princípio de que o dano não pode ser fonte de lucro. A indenização, não há dúvida, deve ser suficiente para reparar o dano, o mais completamente possível, e nada mais. Qualquer quantia a maior importará enriquecimento sem causa, ensejador de novo dano*" (Programa de Responsabilidade Civil, Malheiros, 2003, 5ª ed., pág. 108).

Acesso ao Sumário

A indenização por danos morais considera a natureza do dano, a capacidade econômica do ofensor e do ofendido e também o caráter pedagógico da reprimenda que poderá, assim, evitar novos abusos, ou seja, a dosimetria deve mostrar-se adequada à frustração e ao constrangimento experimentados pela parte e atender ao binômio mitigação da dor e desestímulo da reiteração de atos da espécie.

No caso, o valor da indenização por danos morais deve ser fixado em R$ 20.000,00 (vinte mil reais), valor que atende à moderação que se reclama nestes casos e está muito próximo aos valores adotados em condenações desta natureza

de acordo com a orientação da jurisprudência do Tribunal, corrigidos a partir do julgamento deste recurso, nos termos da Súmula n. 362 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, com juros de mora desde a data prevista para a entrega dos imóveis.

Pelo exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso da ré e **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso dos autores para condenar a ré a restituir os valores cobrados a título de multa contratual e juros de mora pela demora na contratação do financiamento (R$ 27.197,71), atualizados dos desembolsos e com juros de mora da citação, bem como para condenar a ré ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 20.000,00, nos termos explicitados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0221626-78.2006.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante BANCO DO BRASIL S.A., são apelados MARIA ROSA DE MARCHI, EXPOR ENGENHARIA LTDA., ROBERTO ZARIF e IVO GUIDA CANTON.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27734)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JAMES SIANO (Presidente sem voto), ERICKSON GAVAZZA MARQUES e J.L. MÔNACO DA SILVA.

São Paulo, 15 de abril de 2015.

A.C.MATHIAS COLTRO, Relator

Ementa: Outorga de escritura - Compra e venda de imóvel - Direito real de hipoteca instituído pela construtora e a favor do agente financeiro - Compradora que quitou o imóvel junto à construtora - Recusa da entidade financeira em retirar o gravame - Impossibilidade - Adquirente que não pode ser prejudicado, ainda que o gravame conste de cláusula contratual - Aplicação da Súmula 308 do Superior Tribunal de Justiça e precedentes desta Corte - Sentença mantida - Preliminar rejeitada e recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Argumentos da autora: após o cumprimento de suas obrigações e pagamento integral do preço do imóvel adquirido da ré, esta não promoveu o desligamento da hipoteca, nem lhe outorgou a escritura definitiva de venda e compra. Requereu o cancelamento do gravame e a obtenção da escritura definitiva, sob pena de multa diária equivalente a um salário mínimo.

Defesa (111/130): alega preliminarmente, ilegitimidade passiva, carência da ação por falta de interesse de agir e denunciação da lide do Banco Nossa Caixa S/A. No mérito, aduz que ficou estabelecido no contrato, a necessidade de quitação do financiamento para a outorga da escritura definitiva e valor abusivo da multa.

Sentença (fls. 246/260): julgou procedente o pedido, para determinar o cancelamento do gravame hipotecário que recai sobre o imóvel representado pela unidade 51 (apartamento e garagem), do Condomínio Edifício Campo Siena e a expedição de carta de adjudicação, depois de pagos os impostos devidos, inclusive o de transmissão, expedindo-se mandado de cancelamento da hipoteca, condenando as rés ao pagamento de despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 20% do valor da causa.

Recurso (fls. 277/279): inicialmente, alega preliminar de ausência de interesse de agir. No mérito, busca a reforma do decisum, com a improcedência do pedido.

Regularmente processado o apelo, com apresentação das contrarrazões (fls. 287/289).

É o relatório.

De início, cumpre salientar que descabidas as contrarrazões apresentadas às fls. 309/312, visto não haver recurso da requerente.

No caso, descabido falar-se em falta de interesse de agir da autora.

A cláusula XIII, do compromisso de compra e venda previa que a escritura definitiva e o cancelamento da inscrição hipotecária seria efetuada após integral quitação do preço.

Restou comprovado nos autos que a autora cumpriu todas as obrigações e quitou totalmente o valor do imóvel, sendo irrelevante que a unidade condominial adquirida ainda esteja com o gravame hipotecário por culpa da construtora, que ainda não pagou o financiamento.

Assim, afasta-se a preliminar de ausência de interesse de agir.

No mérito, melhor sorte não assiste ao recorrente.

O gravame sobre os imóveis para garantir a dívida da construtora não possui qualquer eficácia sobre os adquirentes, não podendo prejudicá-los,

Acesso ao Sumário

quando da aquisição dos mesmos, ainda que constantes de cláusula contratual.

Restou incontroversa a quitação da totalidade do preço do imóvel, bem como de todas as obrigações assumidas pela autora, não podendo ser prejudicada por uma relação exclusiva entre o banco e a construtora ou ainda, responder por dívidas existentes entre as duas últimas.

Ademais disso, não constou do contrato, que a hipoteca somente seria cancelada se a construtora pagasse seu débito com o banco e ainda que conste cláusula através da qual o consumidor tem ciência de que a vendedora contraiu financiamento junto ao banco para construção do imóvel, dando com garantia o próprio bem, o certo é que esta garantia não produz efeito em relação à adquirente.

Ademais disso, a instituição financeira aceitou como garantia do financiamento, imóvel destinado a alienação de terceiras pessoas.

A desconsideração da garantia oferecida às Instituições Financeiras nas mesmas condições descritas nos autos tem sido reiterada pela Jurisprudência. O Superior Tribunal de Justiça sumulou entendimento bem claro nesta situação, na Súmula 308:

> "A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel."

A jurisprudência desta Corte de Justiça, por seu turno, é pacífica neste sentido:

> 0087471-21.2004.8.26.0000 Apelação/Condomínio
> Relator(a): Galdino Toledo Júnior
> Comarca: São Paulo
> Órgão julgador: 10ª Câmara de Direito Privado
> Data do julgamento: 23/11/2010
> Data de registro: 17/12/2010
> Outros números: 0342840.4/2-00, 994.04.087471-0
> Ementa: COMPROMISSO DE VENDA E COMPRA - Obrigação de fazer - Outorga de escritura definitiva de imóveis já quitados - Recusa fundada na existência de hipoteca constituída em favor de agente financeiro - Descabimento - Relação entre a construtora e o banco que constitui "res inter alios" e não pode interferir no direito do adquirente de boa-fé - Natureza potestativa de cláusula contratual que limita essa obrigação sem prazo definido - Incidência do art. 122 do Código Civil - Caráter abusivo da disposição que também afronta o CDC (art. 51, IV) - Questão ademais pacificada no STJ (Súmula 308) - Manutenção da multa diária, adequado apenas seu montante que se mostrava excessivo, nos termos dos art. 412 e 413 do CC - Recurso parcialmente provido.
> 0121697-47.2007.8.26.0000 Apelação/Promessa de Compra e Venda

Acesso ao Sumário

Relator(a): Teixeira Leite
Comarca: São Paulo
Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Privado
Data do julgamento: 09/12/2010
Data de registro: 13/12/2010
Outros números: 0544356.4/6-00, 994.07.121697-4
Ementa: OUTORGA DE ESCRITURA. Pedido de alvará em falência. Compradores que quitaram suas obrigações têm o direito à escritura do imóvel. Via adequada. Pedido juridicamente possível. Competência da Justiça Estadual, nos termos da Lei 11.101/2005. Sentença de procedência. Hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro que é ineficaz perante o adquirente do imóvel. Súmula 308 do STJ. Recurso voltado a alterar essa decisão, desprovido.

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

Ante o exposto, rejeitada a preliminar, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0003458-98.2010.8.26.0123, da Comarca de Capão Bonito, em que são apelantes D.V.C.F. (JUSTIÇA GRATUITA) e J.M.F. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)), é apelado UNIÃO QUÍMICA FARMACÊUTICA NACIONAL S.A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19310)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JAMES SIANO (Presidente), MOREIRA VIEGAS e EDSON LUIZ DE QUEIROZ.

São Paulo, 21 de maio de 2015.

JAMES SIANO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. Alegação de falha em método contraceptivo culminando em gravidez indesejada. Sentença de improcedência. Apela a autora, sustentando o cerceamento de defesa, por não ter sido realizada a perícia no lote do anticoncepcional, o método contraceptivo não surtiu o efeito esperado, ensejando responsabilidade civil e consequente dever de indenizar; houve nexo causal entre a ineficácia do medicamento e a gravidez indesejada. Descabimento. Cerceamento de Defesa. Inexistência. Impossibilidade de realização de perícia em lote já vencido e não mais comercializado à época da propositura da demanda. Exibição do certificado de análise e controle de qualidade do lote que demonstra a observância aos padrões técnicos e específicos. Não há como se atribuir responsabilidade ao laboratório. Não se demonstra defeito ou falha no produto. Possibilidade de uma gravidez, mesmo quando o produto tenha sido utilizado de maneira adequada. Método cuja eficácia é passível de falhas, inclusive, mencionadas na bula do medicamento. Recurso improvido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a sentença de f. 606/610 que julgou improcedente a ação de indenização por danos materiais e morais proposta por D.V.C.F. em face de União Química Farmacêutica Nacional S.A..

A autora ingressou com demanda ressarcitória sob o argumento de ineficácia de método contraceptivo oral, que não evitou, conforme esperado, gravidez indesejada e de risco.

Irresignada, apela a autora sustentando: (i) preliminarmente, o cerceamento de defesa por não ter sido realizada a perícia no lote do anticoncepcional; (ii) a litigância de má-fé da ré em deixar de oferecer amostra de tal lote para realização da perícia; (iii) a falha do produto, tomado regularmente; (iv) a deflagração dos danos morais decorrentes da gravidez inesperada.

Recurso recebido (f. 632) e respondido (f. 635/648).

Parecer da D. Procuradoria de Justiça (f. 652/655) pelo improvimento ao recurso.

É o relatório.

O apelo não procede.

Acesso ao Sumário

Sustenta a recorrente que, apesar de fazer o correto uso do medicamento CICLO 21, há mais de 15 anos, fabricado pela requerida, sobreveio uma gravidez indesejada, motivando o pedido de danos morais.

Impende destacar a inexistência do alegado cerceamento de defesa pelo indeferimento ao pedido de realização de perícia em amostras do lote tomado pela autora.

Ocorre, entretanto, que o indeferimento se deveu a impossibilidade material em se encontrar amostras do produto, cujo lote à época da propositura da ação já tinha escoado o prazo de validade.

Salienta-se inexistir o dever da requerida em manter amostras de todos os lotes, até porque os resultados de eventual perícia pouco diriam além da perda de sua eficácia pelo decurso do tempo.

Apesar da impossibilidade de periciamento no lote do produto, a ré trouxe aos autos, o certificado de análise de controle de qualidade realizado no lote do medicamento (f. 216), demonstrando a conformidade aos padrões técnicos e específicos à sua disponibilidade e comercialização, contendo as dosagens hormonais necessárias para eficácia do medicamento.

Também não se olvide que a própria bula do medicamento é expressa quanto à possibilidade de falha, principalmente se utilizado inadequadamente (f. 97), advertida a possibilidade do advento de gravidez.

A responsabilidade do fabricante é objetiva por defeitos de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos (art. 14 do CDC).

O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele se espera, considerando-se circunstâncias relevantes (art. 14, § 1º, CDC). Essa segurança exigida pelo CDC não é absoluta (arts. 8ª e 9ª, do CDC).

No dizer de Sílvio Ferreira da Rocha:

"na valoração do caráter defeituoso do produto deve-se atender não só às expectativas subjetivas da vítima, à segurança com que ela pessoalmente contava, mas às expectativas objetivas do público em geral, isto é, a segurança esperada e tida por normal do tráfico do respectivo setor de consumo".

Não há como se imputar responsabilidade à fornecedora, se não se demonstrar o defeito do produto (intrínseco) ou falha na informação (extrínseco).

Sem essa demonstração, não há como concluir pela responsabilidade da ré.

Este Tribunal, em casos análogos, assim se posicionou:

"Dano moral - Responsabilidade civil - Medicamento sem efeito

Acesso ao Sumário

contraceptivo - Gravidez indesejada da autora - Fato que não caracteriza abalo moral - Impossibilidade de ressarcimento a esse título - Indenização indevida - Recurso da autora improvido e provido em parte o da ré." (Apelação Cível nº 443.672-4/1-00 - Mauá - 9ª Câmara de Direito Privado - Relator: José Luiz Gavião de Almeida - 27.03.07 - V.U. - Voto nº 12668)

"Responsabilidade civil - Dano material - Ação de indenização em face de gravidez consumada apesar da alegação de uso de anticoncepcional - Falibilidade natural de todos os métodos contraceptivos - Comprovação de irregularidade no medicamento prejudicada pela ausência de amostras - Sentença de improcedência mantida - Recurso improvido." (Apelação Cível nº 453.928-4/9 - Marília - 8ª Câmara de Direito Privado - Relator: Caetano Lagrasta - 16.01.08-V.U. - Voto nº 15.749)

Essa Câmara também já se manifestou nesse sentido:

"Recurso de Apelação - Ação de indenização por danos materiais e morais - Utilização do anticoncepcional Perlutan - Superveniência de gravidez que se pretendia evitar - Alegação de responsabilidade objetiva do fornecedor do produto - Responsabilidade do fornecedor afastada - Inexistência do nexo de causalidade - Não caracterização de defeito ou ineficiência do medicamento - Inexistência de método anticoncepcional 100% seguro - Manutenção da sentença de improcedência." (AP nº 9180595-65.2005.8.26.0000, Rel. Des. Christine Santini. J. em 16/02/2011).

Portanto, apesar do inesperado resultado, não há como se atribuir responsabilidade ao laboratório por defeito ou falha no produto.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0028451-89.2004.8.26.0068, da Comarca de Barueri, em que é apelante FERNANDO GOMES DE MELO FILHO, são apelados MULTIMIL CONSTRUTORA LTDA., MILTON MANOEL MARTINS, DANILO MARTINS, HISSAYUKI KAGA e JOSÉ EDUARDO MAGALHÃES GONÇALVES.

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 22262)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores FÁBIO QUADROS (Presidente) e NATAN ZELINSCHI DE ARRUDA.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 26 de março de 2015.
TEIXEIRA LEITE, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. Indenização por danos morais e materiais. Engenheiro alega utilização indevida de seu acervo técnico por ex-sócios. Sentença de improcedência. Induvidosa apropriação indevida de acervo de obras e projetos do engenheiro autor. Prova testemunhal consistente. Fraude para participação de licitação. Danos materiais arbitrados em salários do profissional pelo período. Danos morais de R$ 30.000,00. Impossibilidade de restituição de valores gastos com escritório de advocacia. Participação nos lucros da empresa não devida. Recurso provido em parte.

VOTO

A r. sentença (fls. 586/592), julgou improcedente ação proposta pelo Engenheiro Fernando Gomes de Melo Filho que pretende indenização por danos morais e materiais decorrentes de apropriação de seu acervo técnico pela Multimil Construtora Ltda..

Fernando, em suas razões (fls. 608/636) reitera que seu acervo técnico está sendo objeto de fraude e apropriado indevidamente por seus ex-sócios, fatos que estão sendo analisados pelo CREA. Reitera que outros engenheiros falsificaram documentos para demonstrar que participaram de obras, onde ele era o único responsável técnico, com a finalidade de utilizar seu acervo em benefício da empresa para participar de licitações. Alega que esse fato lhe causou sérios constrangimentos, concluindo que deve ser indenizado pelos atos ilícitos praticados pela apelada.

Contrarrazões às fls. 656/664.

Este é o relatório.

Trata-se de pedido de indenização por danos morais e materiais formulado por engenheiro que alega que a empresa Multimil, da qual era sócio, utiliza indevidamente seu acervo técnico com a finalidade de participar de licitações. Afirma, ainda, que um dos sócios da empresa, atribui para ele obras nas quais não teve qualquer participação, inclusive fabricando documentos falsos.

No caso, por se tratar de questão técnica que envolve atividade específica regulada pelo CREA, o acórdão de fls. 439/440 anulou a r. sentença que julgou o pedido improcedente para dar oportunidade ao autor de comprovar seus

argumentos.

Assim, o engenheiro juntou aos autos acórdão que julgou improcedente ação de reintegração de posse proposta contra ele pela Multimil que pretendia a posse do acervo técnico. Contudo, naquela decisão, ficou esclarecido que: *"os acervos técnicos são, portanto, constituídos por cada profissional e só subsidiariamente, passam a pertencer, também, às pessoas jurídicas, como é o caso da apelada"*. (fls.460)

Aliás, o acervo técnico pertence ao engenheiro, mas, ele pode vir a ser apropriado pela Multitimil que é a pessoa jurídica formada por profissionais que possuem acervo técnico, de acordo com o artigo 4º da Resolução 317/86 do CREA, como bem fundamentou o i. Desembargador Fortes Barbosa naquela decisão.

Por outro lado, foi instaurado processo administrativo no CREA (fls. 485/486) para averiguar as atitudes do Engenheiro Hissayuki Kaga que, supostamente, se apoderou indevidamente do acervo do apelante, ou seja, declarou ter sido ele o executor de obras de responsabilidade do Engenheiro Fernando, e, a existência desse processo foi informada ao Ministério Público (fls. 492) que instaurou Inquérito Policial, conforme informação no processo interno do CREA, às fls. 496.

Vale mencionar que o Engenheiro Relator naquele processo chegou à conclusão que Hissayki Kaga em conluio com a Multimil, se apoderou indevidamente do acervo técnico, ou ARTs do Engenheiro Fernando, declarando indevidamente que executou obras ou projetos de autoria do apelante (fls. 498). Porém, após análise da questão, a Câmara Especializada de Engenharia Civil decidiu encerrar o assunto e arquivar o processo (fls.320).

Com relação à prova testemunhal, a antiga funcionária da Multimil esclareceu: *"que o CREA permitia que tal se desse através de formulário próprio no qual o responsável técnico autoriza a inclusão de outro engenheiro como co-responsável. A depoente a pedido da Multimil preencheu em nome de Fernando tal formulário e assinou de próprio punho se fazendo passar por Fernando. Sabia que isso era crime mas assim procedeu por ser uma funcionária da Multimil. Não conhece nenhum contrato assinado entre a Multimil e o Engenheiro Hissa em 1996."* (fls. 548/549).

E, o depoimento do engenheiro que fiscalizava as obras na ocasião: *"A obra da rodoviária era acompanhada em campo pelo depoente e pelo Engenheiro Fernando. Nenhum outro engenheiro da Multimil acompanhou a obra."* (fls. 550).

Nesse rumo, apesar da empresa Multimil, supostamente, poder utilizar de acervo técnico de um de seus sócios, conforme o artigo 4º da Resolução 317/86 do CREA, conclui-se que não foi isso que ocorreu, porquanto restou comprovado

Acesso ao Sumário

que outro engenheiro, Hissayki Kaga, se apoderou de forma fraudulenta, em conluio com a Multimil, de direitos autorais sobre obras e projetos executados pelo apelante.

Daí porque, respeitado o entendimento da MM. Juíza, evidente que os atos ilícitos praticados pelos apelados causaram danos ao apelante, que devem ser indenizados.

Com relação aos danos materiais, o correto é arbitrar remuneração do engenheiro pelo período em que seu acervo foi indevidamente utilizado, de agosto de 2001 a dezembro de 2003, com o preço desses honorários apurados em liquidação, inclusive com consulta ao CREA para a retribuição mínima. Afinal, a utilização de um serviço que deveria ser remunerado significou um ônus a menos à empresa que dele se utilizou.

Contudo, não pode o apelante pretender restituição de valores pagos para escritório de advocacia, ou, receber quantias referentes aos lucros aferidos pela Multimil, até porque já estava extinta a relação contratual entre as partes.

E, verificado o nexo de causalidade dessa conduta com o resultado de dano, os apelados devem ser condenados a indenizar tal prejuízo de ordem moral suportado pelo autor.

Analisando o valor da indenização, e buscando atender sua dupla função, a saber: reparar o prejuízo, buscando minimizar os danos sofridos e, punir o ofensor, para que não volte a reincidir, é necessário assegurar uma justa compensação, sem, entretanto, incorrer em enriquecimento ilícito por parte de quem a recebe, e, paralelamente, determinar a ruína daquele responsável pelo seu pagamento.

No caso, tendo em conta a capacidade socioeconômica das partes e os prejuízos causados razoável a indenização de R$ 30.000,00, com juros desde a citação e a correção monetária a partir desta fixação (Súmula 362 STJ).

Portanto, a r. sentença deve ser reformada para julgar o pedido procedente em parte e condenar as rés nos pagamento de indenização por danos materiais, apurando-se em liquidação, tendo como base a remuneração de engenheiro pelo período de agosto de 2001 a dezembro de 2003, e, R$ 30.000,00 a título de danos morais, além das despesas do processo com honorários de 10% da condenação.

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000802-76.2014.8.26.0038, da Comarca de Araras, em que é apelante/apelado CABRINI

BERETTA E CIA. LTDA., é apelada/apelante ANGÉLICA APARECIDA PESSOA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento ao recurso da ré e negaram provimento ao recurso adesivo. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 9085 JV)**

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

São Paulo, 28 de maio de 2015.

LUIS MARIO GALBETTI, Relator

Ementa: Responsabilidade civil - Roubo no estacionamento de supermercado - Responsabilidade do estabelecimento comercial, que tem o dever de proteger a segurança e a integridade física dos seus clientes em áreas de sua dependência - O roubo de veículo em estacionamento não permite o reconhecimento de caso fortuito, força maior e fato de terceiro, pois havendo o fornecimento de espaço para esse fim a empresa assume a responsabilidade pela incolumidade do bem - Dever de vigilância - Havendo falha na sua prestação, responderá pelo dano resultante - Indenização pelo veículo roubado que deve observar o valor da Tabela FIPE à época do ocorrido - Dano moral *in re ipsa* - Manutenção do quantum indenizatório fixado em R$ 10.000,00 por danos morais - Autora que, na inicial, pleiteou ressarcimento em razão da subtração de seu celular no valor de R$ 996,00 - Indenização, nesse ponto, que deve ser reduzida para a referida quantia - Honorários advocatícios arbitrados em conformidade com os critérios legais - Recurso da ré provido em parte, improvido o adesivo.

VOTO

1. Trata-se de apelação interposta contra sentença que julgou procedente o pedido formulado em ação indenizatória, condenada a ré ao pagamento do valor de mercado do veículo subtraído - pela Tabela FIPE - na data do evento e da quantia de R$ 1.200,00 pelo celular subtraído, a título de danos materiais,

Acesso ao Sumário

e de R$ 10.000,00 por danos morais, além das custas, despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 15% sobre o valor da condenação.

Alega a ré, ora apelante que: a) o roubo não ocorreu em seu estacionamento, mas na via pública; b) as testemunhas arroladas pela apelada foram pouco verossímeis e contraditórias, enquanto as que arrolou foram precisas; c) possui em suas dependências vigias que não trabalham armados; d) a ocorrência do roubo não lhe pode ser imputada, cabendo ao Poder Público o fornecimento de segurança; e) pode-se constatar que a apelada estava sendo seguida, inviabilizando que o crime fosse evitado, caracterizados caso fortuito, força maior e fato de terceiro; f) inexistiu contrato de depósito entre as partes, dever de vigilância ou proveito econômico; g) não se aplica na hipótese a Súmula 130 do Superior Tribunal de Justiça; h) não foram preenchidos os requisitos para a configuração da responsabilidade civil; i) a apelada não comprovou que o veículo estava em seu estacionamento, nem que possuía o celular descrito na inicial; j) a apelada pleiteou indenização pela subtração do celular no valor de R$ 996,00, porém, o juiz, de forma ***extra petita***, fixou-a em R$ 1.200,00; k) a quantia pretendida a título de danos materiais não tem qualquer respaldo e deve ser minorada; l) inexistiram danos morais e, subsidiariamente, seu valor comporta redução.

A autora interpôs recurso adesivo afirmando que: a) o automóvel roubado fora financiado e faltavam 44 parcelas de R$ 517,86 a serem pagas, as quais teve de suportar; b) tal prejuízo - R$ 22.785,84 - supera o valor do veículo à época conforme a Tabela FIPE, e deve ser ressarcido; c) os honorários advocatícios comportam majoração para 20% do valor da condenação.

Os recursos foram recebidos e contrarrazoados. A ré pleiteou a condenação da autora por litigância de má-fé.

2. Segundo a inicial, em 17 de dezembro de 2013, às 20:25 horas aproximadamente, a autora estacionou seu veículo FORD KA, ano de fabricação 2009, no estabelecimento da ré para fazer compras. Porém, foi abordada por duas pessoas armadas que anunciaram o assalto e levaram seu veículo, sua carteira e seu celular da marca SAMSUNG. Pleiteou ressarcimento por danos materiais - em razão do furto do veículo e do celular - e morais.

O estacionamento faz parte do espaço físico do estabelecimento da ré e traz lucro indireto ao supermercado, pois cria expectativa de maior segurança aos consumidores, aumentando a frequência do comércio. Assim, por obter proveito econômico, mesmo que indiretamente, a ré não pode se escusar da responsabilidade de indenizar a autora pelo ocorrido devido à falta de segurança no local.

O estabelecimento que oferece estacionamento aos clientes e aufere lucro de sua atividade tem o dever de propiciar segurança na área disponibilizada.

Acesso ao Sumário

Neste sentido a Súmula 130 do Superior Tribunal de Justiça com o seguinte teor: ***"A empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorrido em seu estabelecimento"***.

O roubo de veículo em estacionamento não permite o reconhecimento de caso fortuito, força maior ou fato de terceiro, pois havendo o fornecimento de espaço para esse fim a empresa assume a responsabilidade pela incolumidade do bem. É o dever de vigilância. Existindo falha na sua prestação, responderá pelo dano resultante.

Como bem decidiu o juiz,

"a prova produzida demonstrou que de fato, a autora foi assaltada no interior do estacionamento do estabelecimento da requerida, quando acabava de parar seu veículo no local, conforme o relato das testemunhas presenciais, André (fls.111): '(...) o veículo da autora estava estacionado na lateral próximo a cancela aonde ficava o vigia do estacionamento do supermercado, mas já na parte interior do estacionamento'. E Luiz de Palma (fls.125): 'no dia dos fatos eu estava com meu veículo juntamente com esposa e filhos atrás do veículo conduzido pela autora. Ela entrou no estacionamento do mercado e eu entrei atrás. Na seqüência eu virei para a esquerda e ela virou para a direita cada qual estacionando o veículo. (...)'. As testemunhas da requerida, informaram que visualizaram as filmagens do circuito de monitoramento, e que os fatos teriam ocorrido fora do estabelecimento (fls.112/115). Entretanto, fica evidente que faltam com a verdade, uma vez que seria muito mais fácil a requerida preservar as imagens do circuito e demonstrar sua isenção de culpa, do que tentar supri-la por testemunhas, quando tinha o domínio da técnica no momento e referida prova poderia lhe ser contrária. A credibilidade dos depoimentos, aliada ao interesse da ré, denotam a ausência de verossimilhança das respectivas alegações. (...)Cabe a reparação do dano material, com o pagamento de indenização do valor do veículo pela tabela FIPE (fls.21), na data do fato. Não há que se falar no ressarcimento das parcelas do financiamento, posto que o que foi subtraído foi a garantia do negócio. Logo, se não ocorresse o roubo, a autora estaria na posse do bem com o pagamento do financiamento. A indenização tem por escopo restituir a autora ao ***status quo ante***".

Em conformidade com o artigo 252 do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça, nos recursos em geral o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la.

Já reconheceu o Superior Tribunal de Justiça a viabilidade de o órgão julgador adotar ou ratificar o juízo de valor firmado na sentença, inclusive transcrevendo-a no acórdão, sem que tal medida acarrete omissão ou falta de fundamentação (REsp 66.272-RS, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 04.09.2007).

Acesso ao Sumário

No que tange aos danos morais, é incontroverso o fato de que um assalto à mão armada submete o ser humano a intenso sofrimento, angústia e abalo emocional. Não se trata, nesta hipótese, de mero dissabor a que todos estamos sujeitos nas mais diversas situações do cotidiano, visto que a expectativa do homem médio é manter-se em segurança em áreas de domínio da ré, incluindo o estacionamento.

Por isso, a jurisprudência dos nossos Tribunais é unânime em dizer que é devida a indenização por danos morais em casos como este, já que o dano decorrente do roubo é considerado ***in re ipsa***, sendo desnecessária a comprovação de efetivo prejuízo para sua caracterização. Nesse sentido:

> Recurso Especial - Ação de indenização por danos morais em razão de roubo sofrido em estacionamento de supermercado - Procedência da pretensão - Força maior ou caso fortuito - Não reconhecimento - Conduta omissiva e negligente do estabelecimento comercial - Verificação - Dever de propiciar a seus clientes integral segurança em área de seu domínio - Aplicação do direito à espécie - Possibilidade, ***in casu*** - Dano moral - Comprovação - Desnecessidade - ***"Damnum in re ipsa"***, na espécie - Fixação do ***quantum*** indenizatório - Observância dos parâmetros da razoabilidade - Recurso especial provido. I - É dever de estabelecimentos como shoppings centers e hipermercados zelar pela segurança de seu ambiente, de modo que não se há falar em força maior para eximi-los da responsabilidade civil decorrente de assaltos violentos aos consumidores; II - Afastado o fundamento jurídico do acórdão ***a quo***, cumpre a esta Corte Superior julgar a causa, aplicando, se necessário, o direito à espécie; III - Por se estar diante da figura do ***"damnum in re ipsa"***, ou seja, a configuração do dano está ínsita à própria eclosão do fato pernicioso, despicienda a comprovação do dano. IV - A fixação da indenização por dano moral deve revestir-se de caráter indenizatório e sancionatório, adstrito ao princípio da razoabilidade e, de outro lado, há de servir como meio propedêutico ao agente causador do dano; V - Recurso Especial conhecido e provido. (STJ, REsp nº 582.047/RS, 3ª Turma, rel. Min. Massami Uyeda, j. 17.02.2009).

Acesso ao Sumário

Em relação ao ***quantum*** indenizatório, já se decidiu que o juiz deve ser a um só tempo razoável e severo, pois só assim atenderá a finalidade de compensar e dar satisfação ao lesado e de desincentivar a reincidência. A indenização deve ser razoavelmente expressiva, sem que seja fonte de enriquecimento (Apelação Cível 253.723-1, Des. José Osório, JTJ-Lex 199/59).

Com o intuito de atingir esse equilíbrio o julgador deve recorrer ao princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, como pondera Flávio Tartuce: ***"Se, por um lado, deve entender que a indenização tem função pedagógica ou educativa para futuras condutas, por outro, não pode o valor pecuniário gerar enriquecimento sem causa ou ruína do ofensor, devendo ser aplicado o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade***

na fixação do quantum indenizatório" (Manual de Direito Civil, Editora Método, 1ª ed., pg. 434).

Levando em conta os quesitos acima, entendo razoável a fixação da indenização em R$ 10.000,00 por danos morais, que se mostra adequada às peculiaridades do caso concreto.

No que tange aos danos materiais atinentes ao telefone celular, verossímil a alegação da autora de que ele fora subtraído, o que também foi informado no Boletim de Ocorrência (fls. 18/20). Num ponto, porém, a sentença comporta reparo. Na inicial, a autora pleiteou ressarcimento em razão da perda do celular no valor de R$ 996,00, razão pela qual a tal quantia deve se limitar a indenização nesse ponto.

Por fim, os honorários advocatícios não comportam majoração, pois arbitrados em conformidade com os critérios legais (CPC 20, §3º).

Deixo de condenar a autora por litigância de má-fé, pois adotou postura compatível com a defesa de um direito.

3. Ante o exposto e tudo mais que dos autos consta, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso da ré para reduzir a indenização relativa ao celular subtraído para R$ 996,00, IMPROVIDO o adesivo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1031831-55.2014.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado AMIL ASSISTÊNCIA MÉDICA INTERNACIONAL S.A., é apelado/apelante MARCOS VOLPI.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso da ré e deram provimento ao recurso do autor. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 11.024)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GRAVA BRAZIL (Presidente sem voto), SILVÉRIO DA SILVA E LUIZ AMBRA.

São Paulo, 1 de junho de 2015.

PEDRO DE ALCÂNTARA DA SILVA LEME FILHO, Relator

Ementa. Plano de saúde. Ação cominatória cumulada com indenização por dano moral julgada parcialmente procedente. Indicação médica sobre a necessidade de

Acesso ao Sumário

tratamento de urgência em hospital não credenciado. Ausência de impugnação quanto ao defeito na prestação do serviço prestado pela rede credenciada. Ausência de informação quanto à existência de equipe médica credenciada, habilitada e apta a alcançar com êxito o mesmo resultado oferecido pelo hospital não credenciado. Recusa da ré embasada em cláusula contratual. Inadmissibilidade. Dano moral. Cabimento. Situação que ultrapassou o limite do mero aborrecimento, causando angústia e sofrimento. Recurso da ré improvido e do autor provido.

VOTO

Apelações interpostas contra a sentença de fls. 197/199, cujo relatório se adota, complementada em embargos de declaração pela decisão de fls. 209/210, que julgou parcialmente procedente a ação cominatória cumulada com indenização por dano moral movida por Marcos Volpi em face de Amil Assistência Médica Internacional S/A, para o fim de condenar a ré a arcar com todas as despesas decorrentes do tratamento do autor, bem como custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R$ 1.000,00.

A ré pugna pela reforma integral da sentença pelas razões de fls. 218/225 e o autor pleiteia a condenação em danos morais pelas razões de fls. 229/244.

Recursos recebidos (fls. 227 e 246) e respondidos (fls. 252/256 e 257/269).

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Trata-se de ação cominatória cumulada com indenização por dano moral, por meio da qual o autor pleiteia a condenação da ré ao custeio integral das despesas médico-hospitalares oriundas do tratamento de cálculo renal, bem como a condenação da ré ao pagamento de indenização por dano moral.

Concedida a antecipação de tutela (fls. 79 e 97), houve regular processamento do feito com posterior prolação de sentença de parcial procedência, contra a qual se insurgem as partes.

Inicialmente, cumpre esclarecer que os contratos de plano de saúde submetem-se ao Código de Defesa do Consumidor.

De acordo com a Súmula n. 100 desta C. Corte: *O contrato de plano/seguro saúde submete-se aos ditames do Código de Defesa do Consumidor e da Lei n. 9.656/98 ainda que a avença tenha sido celebrada antes da vigência desses diplomas legais.*

Assim, as controvérsias decorrentes da relação jurídica estabelecida entre

Acesso ao Sumário

as partes devem ser dirimidas à luz das disposições contidas no referido diploma legal, dentre as quais, a de que as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor (art. 47).

No caso, a controvérsia cinge-se à obrigação ou não de a ré custear o tratamento ao qual o autor foi submetido, o que inclui honorários de médico não cooperado e despesas com hospital não credenciado, bem como se a negativa configurou dano moral.

Pois bem. Quanto à condenação da ré na obrigação de fazer, a sentença recorrida não comporta nenhum reparo. As despesas relativas ao tratamento de urgência ao qual se submeteu o autor no Hospital Beneficência Portuguesa devem ser cobertas integralmente, uma vez que a alegação de que o tratamento foi realizado naquele nosocômio em razão do defeito na prestação dos serviços por hospitais e médicos da rede credenciada não foi contestada.

O autor foi diagnosticado com cálculo renal, quadro infeccioso e queda do estado geral, inexistindo nos autos a informação quanto à existência de equipe médica credenciada, habilitada e apta a alcançar com êxito o mesmo resultado oferecido pelo Hospital Beneficência Portuguesa.

Em caso assemelhado (Apelação 0014829-71.2011.8.26.0625), julgado sob a segura relatoria do douto Desembargador ROBERTO MAIA, este E. Tribunal de Justiça decidiu:

"Transpondo-se ao mérito, reside o cerne da controvérsia na possibilidade de ser imposta à seguradora-ré a obrigação de custear o tratamento de segurado em hospital fora da abrangência de cobertura e por médicos não credenciados.

Não se desconhece a importância de fazer prevalecer a autonomia dos contratos e priorizar o princípio da boa-fé contratual, cabendo observar as cláusulas que fazem lei entre as partes, decorrentes da formalização do contrato de prestação de saúde, ainda que por adesão.

Indiscutível que o beneficiário deve se vincular ao atendimento oferecido, sob pena de quebra do equilíbrio contratual; e que é admissível a inserção de cláusulas limitativas sem ofensa ao direito do consumidor, desde que redigidas de forma clara que possibilite sua imediata compreensão, como já decidiu inúmeros julgados de nossos tribunais.

In casu*, a resistência da apelante reside na previsão expressa de cláusula que limita o atendimento à rede credenciada.*

Contudo, em deferência ao mesmo equilíbrio contratual, é dever do plano de saúde oferecer tratamento adequado para o problema de saúde que possui cobertura prevista contratualmente, de forma eficaz a produzir o resultado almejado.

Na hipótese em comento, há previsão de cobertura para tratamento da moléstia da qual o segurado é portador.

Acesso ao Sumário

Tal circunstância, por si só, impõe a obrigação da ré em oferecer o procedimento reclamado, ou arcar com os custos se a despeito não houve nosocômio ou profissional integrante apto dentro da rede credenciada.

O caso, portanto, não se restringe à cláusula de exclusão por mera opção de escolha do segurado, mas de obrigação legal da seguradora contratada em fornecer a prestação do serviço de saúde e tratamento prescrito pelo profissional médico, a saber, credenciado pela ré.

Anote-se que em observância aos termos estabelecidos pelo artigo 47 da Lei nº 8.078/90, na interpretação de qualquer contrato relativo à plano de saúde, impõe-se aquela mais benéfica à parte autora, especialmente quanto ao alcance do contrato e a concretização das atividades que se propôs o fornecedor de serviços, garantindo assim que não ocorra transferência de riscos ao consumidor. (...)

Em sendo assim, a cláusula excludente deve ser interpretada para limitar a prestação de serviços à rede credenciada apenas quando o serviço for colocado à disposição do segurado. (...)

Forçoso convir que a hipótese diverge daquela em que o paciente procura atendimento em rede credenciada por mera escolha quando tem outras opções disponíveis.

Saliente-se que a comprovação da existência de equipe médica credenciada, habilitada e apta a alcançar com êxito o mesmo resultado oferecido pelo (...) incumbia à ré (art. 333, II, do CPC e art. 6º, VIII, do CDC), que teve oportunidade de fazê-lo, mas não logrou êxito em demonstrar a existência de profissional capacitado para tanto na rede credenciada.

Deste modo, a cobertura das despesas médica se mostra mesmo de rigor, uma vez que a recusa da seguradora implica em negativa de tratamento previsto contratualmente, coberto pelas mensalidades do plano de saúde, o que não faz sentido."

Por sua pertinência à espécie, adoto como razão de decidir a douta fundamentação do v. acórdão acima transcrito.

No que toca a indenização por danos morais, entendo, em regra, descaber tal reparação quando a negativa de cobertura do tratamento ou cirurgia tem suporte em interpretação de cláusula contratual. Todavia, a questão é de ser analisada caso a caso, e, na espécie, o conjunto probatório aponta no sentido da caracterização do dano moral, na medida em que a recusa ultrapassou o mero dissabor, causando ao autor, já fragilizado pela enfermidade, angústia e transtornos.

Nesse sentido o E. STJ:

"CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. NEGATIVA INJUSTA DE COBERTURA SECURITÁRIA MÉDICA.

Acesso ao Sumário

CABIMENTO.

1. Afigura-se a ocorrência de dano moral na hipótese de a parte, já internada e prestes a ser operada - naturalmente abalada pela notícia de que estava acometida de câncer -, ser surpreendida pela notícia de que a prótese a ser utilizada na cirurgia não seria custeada pelo plano de saúde no qual depositava confiança há quase 20 anos, sendo obrigada a emitir cheque desprovido de fundos para garantir a realização da intervenção médica. A toda a carga emocional que antecede uma operação somou-se a angústia decorrente não apenas da incerteza quanto à própria realização da cirurgia, mas também acerca dos seus desdobramentos, em especial a alta hospitalar, sua recuperação e a continuidade do tratamento, tudo em virtude de uma negativa de cobertura que, ao final, se demonstrou injustificada, ilegal e abusiva.

2. Conquanto geralmente nos contratos o mero inadimplemento não seja causa para ocorrência de danos morais, a jurisprudência do STJ vem reconhecendo o direito ao ressarcimento dos danos morais advindos da injusta recusa de cobertura securitária médica, na medida em que a conduta agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do segurado, o qual, ao pedir a autorização da seguradora, já se encontra em condição de dor, de abalo psicológico e com a saúde debilitada.

3. Recurso especial provido." (REsp. nº 1.190.880 RS, Min. Nancy Andrighi, j. em 19.05.2011).

Anote-se que o autor procurou hospitais credenciados para realizar a cirurgia que necessitava, não encontrando local com instrumentos e médicos disponíveis, tendo que se socorrer de hospital não credenciado (apesar de ser beneficiário de plano de saúde).

Houve falha na prestação do serviço da ré, ao não disponibilizar o atendimento necessário para que autor realizasse a cirurgia em hospital credenciado, impondo-se o dever de indenizar à luz do Código de Defesa do Consumidor.

Para a fixação da verba indenizatória devida por dano moral, deve o julgador dosá-la dentro do princípio da prudência, do equilíbrio e da razoabilidade, à luz das peculiaridades de cada caso, notadamente em função dos litigantes e da maior ou menor gravidade da lesão.

Aliado aos critérios de julgamento deve-se sempre buscar no bom senso e na razoabilidade esteios para o arbitramento desta medida.

Portanto, arbitro a indenização por danos morais em R$ 10.000,00 (dez mil reais), com incidência de juros moratórios a contar da citação e correção monetária a partir do arbitramento (Súmula 362 do STJ).

Condeno a ré, ainda, a responder pelas custas processuais e honorários advocatícios, que fixo em 10% sobre o valor da condenação.

Acesso ao Sumário

Para fins de prequestionamento, observo que a solução da lide não passa necessariamente pela restante legislação invocada e não declinada, despicienda a menção explícita de dispositivos uma vez encontrada a fundamentação necessária, consoante entendimento consagrado no Eg. Superior Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, meu voto nega provimento ao recurso da ré e dá provimento ao recurso do autor.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0021090-90.2009.8.26.0344, da Comarca de Marília, em que é apelante/apelado COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO HABITACIONAL E URBANO DO ESTADO DE SÃO PAULO, são apelados/apelantes ANDERSON RICARDO PEREIRA DE ARAÚJO (JUSTIÇA GRATUITA) e JULIANA CARVALHO ANANIAS DE ARAÚJO (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19058)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DONEGÁ MORANDINI (Presidente) e CARLOS ALBERTO DE SALLES.

São Paulo, 3 de junho de 2015.

VIVIANI NICOLAU, Relator

Ementa: APELAÇÃO. AÇÃO ORDINÁRIA. Pretensão de reparação dos danos materiais e morais. Sentença de parcial procedência. Condenação da ré a reparar os danos materiais suportados pelos atores além dos danos morais. Inconformismo bilateral. Não acolhimento. Conjunto habitacional Marília T, no qual o imóvel dos autores está inserido, que apresentou problemas estruturais provenientes de má execução da obra. Prova pericial conclusiva neste sentido. Autores que foram privados de ocupar o lar, que foi interditado, até a reparação das fissuras. Desgaste emocional causado pelo temor de desmoronamento e necessidade de se abrigarem

Acesso ao Sumário

em alojamento coletivo a cada chuva. Dano moral configurado. Valor arbitrado em R$30.000,00 que se mostra razoável ao caso. Verba honorária fixada, em primeira instância, em 15% do valor da condenação, que se mostra adequada. Manutenção da sentença por seus próprios fundamentos, nos termos do artigo 252 do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça. Negado provimento aos recursos.

VOTO

ANDERSON RICARDO PEREIRA DE ARAÚJO e **JULIANA CARVALHO ANANIAS DE ARAÚJO** ingressaram com ação pelo rito ordinário com pedido de antecipação de tutela contra **COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO HABITACIONAL URBANO DO ESTADO DE SÃO PAULO - CDHU, MÁRCIA REGINA FRANCESCHINI** e **JAIR DIAS DE OLIVEIRA FILHO**, cujo pedido foi julgado **parcialmente procedente**, nos termos da r. sentença de fls. 688/699. Os autores foram condenados ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios fixados em 15% do valor da condenação para Márcia Regina Franceschini e Jair Dias de Oliveira Filho, observada a gratuidade de justiça, e a ré CDHU foi condenada ao pagamento aos autores das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 15% do valor da condenação.

Dois os recursos.

Inconformada, apela a CDHU, alegando, em síntese, que a sentença foi proferida contrariamente à prova dos autos, vez que os danos nos imóveis foram ocasionados pelas fortes chuvas que geraram o deslocamento do solo e as rachaduras dos imóveis, razão pela qual não há responsabilidade dos apelantes ou irregularidade nos imóveis. Afirma que para minimizar aborrecimentos, pagou aos mutuários valores destinados a aluguéis até a recuperação dos imóveis e entregou o imóvel recuperado, não havendo dano moral a ser reparado. Subsidiariamente, pleiteia a diminuição do valor arbitrado para reparação dos danos morais (fls. 702/706).

De seu turno, apelam adesivamente os autores, pugnando, em síntese, pela majoração da indenização por danos morais, vez que adquiriram imóvel novo, porém tiveram que permanecer por mais de ano alijados de sua moradia. Discorrem que anteriormente à interdição do imóvel pela Defesa Civil a cada chuva eram obrigados a se refugiar na escola municipal, diante do temor de desabamento. Argumentam que a ré apenas tomou providência quando da iminência do desmoronamento. Afirmam que em caso similar a reparação foi fixada em R$ 20.000,00 para cada autor. Ainda, pleiteiam a majoração dos

Acesso ao Sumário

honorários advocatícios para 20% do valor da condenação (fls. 729/734).

Isento de preparo o recurso adesivo por serem os autores beneficiários da justiça gratuita (fls.197) e efetuado o preparo do recurso da ré (fls. 707/710), os apelos foram recebidos em seus efeitos legais (fls.711 e 735) e contrarrazoados (fls. 713/723 e 738/741).

A CDHU informou às fls. 774 a revogação do mandato e a constituição de novos patronos, sem apresentar a devida procuração. Intimados para sanar a irregularidade (fls. 777) os novos patronos quedaram-se inertes, razão pela qual os prazos contra ela devem correr como se revel fosse.

As partes foram intimadas para se manifestarem sobre eventual oposição ao julgamento virtual (fls. 772 e 775), sobrevindo certidão de decurso de prazo sem qualquer impugnação (fls. 776).

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É O RELATÓRIO.

Os recursos não são providos.

Cumpre consignar, inicialmente, que os autores, consoante a r. sentença, fundam seu pedido nos seguintes fatos: *"ANDERSON RICARDO PEREIRA DE ARAÚJO E JULIANA CARVALHO ANANIAS DE ARAÚJO, qualificados nos autos, propuseram a presente ação de reparação de danos, com pedido de antecipação da tutela, contra COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO HABITACIONAL URBANO DO ESTADO DE SÃO PAULO ? CDHU, MARCIA REGINA FRANCESCHINI e JAIR DIAS DE OLIVEIRA FILHO, igualmente qualificados, alegando que adquiriram dos corréus MARCIA E JAIR, em data de 7 de janeiro de 2.008 um imóvel residencial localizado nesta cidade de Marília, imóvel esse edificado pela ré CDHU. Entretanto, passado algum tempo da aquisição, começaram a surgir problemas estruturais e, inicialmente, arcaram com os valores dos reparos, mas posteriormente, constatou-se falha estrutural do projeto do conjunto habitacional, podendo provocar o desmoronamento dos imóveis, o que culminando pela interdição dos imóveis pela Defesa Civil Municipal. Ao final requerem a antecipação da tutela para lhes ser assegurada a importância de R$ 400,00 mensalmente para pagamento de aluguel; contratação pela ré de profissionais para reforma do imóvel, tornando-o habitável; e a procedência da ação para condenar os réus ao pagamento de indenização por danos materiais que tiverem no curso do processo; além da importância de R$ 178.653,65 por danos morais; em valor a ser apurado a título de depreciação do imóvel; e ainda em danos materiais em razão das reformas realizadas no importe de R$ 5.799,27."*

Acesso ao Sumário

O pedido de antecipação dos efeitos da tutela para compelir a ré ao pagamento de aluguel mensal no valor de R$ 400,00, além das despesas com o transporte da mudança foi **deferido** às fls. 202/203.

Dando ensejo aos presentes recursos sobreveio decreto de **parcial procedência**, para condenar a ré, CDHU, à reparação dos danos materiais em **R$ 5.799,27**, corrigidos desde o desembolso e acrescidos de juros de mora desde a citação, além dos danos morais em **R$ 30.000,00**, acrescidos de correção monetária desde o ajuizamento e juros de mora a partir da conclusão da prova pericial.

O pedido foi julgado **improcedente** quanto aos réus Márcia Regina Franceschini e Jair Dias de Oliveira Filho.

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

O art. 252 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça estabelece que *"Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la"*.

Na Seção de Direito Privado deste Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, o dispositivo regimental tem sido largamente utilizado por suas Câmaras, seja para evitar inútil repetição, seja para cumprir o princípio constitucional da razoável duração dos processos. Anote-se, dentre tantos outros: Apelação 99406023739-8, Rel. Des. ELLIOT AKEL, em 17/06/2010; AI 990101539306, Rel. Des. LUIZ ANTONIO DE GODOY, em 17/06/2010; Apelação 99402069946-8, Rel. Des. PAULO EDUARDO RAZUK, em 08/06/2010; Apelação 99405106096-7, Rel. Des. NEVES AMORIM, em 29/06/2010; Apelação 99404069012-1, Rel. Des. JOSÉ ROBERTO BEDRAN, em 22/06/2010; Apelação 99010031478-5, Rel. Des. BERETTA DA SILVEIRA, em 13/04/2010; Apelação 9940500973556, Rel. Des. JAMES SIANO, em 19/05/2010; Apelação 99401017050-8, Rel. Des. JOSÉ JOAQUIM DOS SANTOS, em 27/05/2010; Apelação nº 99404080827-0, Rel. Des. ALVARO PASSOS, em 17/09/2010; Apelação 99404073760-8, Rel. Des. PAULO ALCIDES, em 01/07/2010; AI nº 99010271130-7, Rel. Des. CAETANO LAGRASTA, em 17/09/2010; Apelação 99109079089-9, Rel. Des. MOURA RIBEIRO, em 20/05/2010; Apelação n° 990.10.237099-2, Rel. Des. LUIZ ROBERTO SABBATO, em 30.06.2010; Agravo de Instrumento 99010032298-2, Rel. Des. EDGARD JORGE LAUAND, em 13/04/2010; Apelação 991.09.0841779, Rel. Des. SIMÕES DE VERGUEIRO, em 09/06/2010; Apelação 991000213891, Rel. Des. PAULO ROBERTO DE SANTANA, em 09/06/2010; Apelação nº 99208049153-6, Rel. Des. RENATO SARTORELLI, em 01/09/2010; Apelação nº 992.07.038448-6, São Paulo, Rel. Des. CESAR LACERDA, em 27/07/2010; Apelação nº 99206041759-4, Rel. Des. EDGARD ROSA, em 01/09/2010; Apelação nº 99209075361-4, Rel. Des. PAULO AYROSA, em 14/09/2010; Apelação nº 99202031010-1, Rel. Des.

Acesso ao Sumário

MENDES GOMES, em 06/05/2010; Apelação nº 99010031067-4, Rel. Des. ROMEU RICUPERO, em 15/09/2010.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça tem prestigiado este entendimento quando predominantemente reconhece *"a viabilidade de o órgão julgador adotar ou ratificar o juízo de valor firmado na sentença, inclusive transcrevendo-a no acórdão, sem que tal medida encerre omissão ou ausência de fundamentação no* decisum*"* (REsp n° 662.272-RS, 2ª Turma, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, j. de 4.9.2007; REsp n° 641.963-ES, 2ª Turma, Rel. Min. CASTRO MEIRA, j. de 21.11.2005; REsp n° 592.092-AL, 2ª Turma, Rel. Min. ELIANA CALMON, j. 17.12.2004 e REsp n° 265.534-DF, 4ª Turma, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, j de 1.12.2003).

E também o Colendo Supremo Tribunal Federal tem decidido correntemente que é possível adotar os fundamentos de parecer do Ministério Público para decidir, assim o tendo feito recentemente na decisão da lavra do eminente Ministro DIAS TOFFOLI, nos RE 591.797 e 626.307, em 26.08.2010, em que assenta, textualmente, o que segue: *"Acompanho na íntegra o parecer da douta Procuradoria-Geral da República, adotando-o como fundamento desta decisão, ao estilo do que é praxe na Corte, quando a qualidade das razões permitem sejam subministradas pelo relator"* (Cf. ACO 804/RR, Relator Ministro CARLOS BRITTO, DJ 16/06/2006; AO 24/RS, Relator Ministro MAURÍCIO CORRÊA, DJ 23/03/2000; RE 271771/SP, Relator Ministro NÉRI DA SILVEIRA, DJ 01/08/2000).

Destarte, cabe ressaltar, nos termos da r. sentença:

"Pelo que se extrai da prova pericial a ação deve ser julgada procedente, ainda que de forma parcial.

Com efeito, inicialmente deve ser observado que o laudo de vistoria (fls. 97/99) demonstra a existência de violações às normas técnicas e de segurança da engenharia civil, dando conta de que a situação no conjunto habitacional é mesmo grave em razão de ameaça de movimentação do aterro.

E acrescenta o vistor:

'O comprometimento do aterro (foto 39) envolve todas as unidades, pois a queda de parte dele com certeza arrastarão as outras num movimento dominó (fls. 98)'.

No mesmo sentido é a conclusão do perito judicial (fls. 642/655 - 4º volume). Em resposta ao quesito 5.1, assevera o Perito:

'O projeto original aprovado pela Prefeitura de Marília, previa a execução de bermas e, com base em fotos e depoimentos, sabe-se que as bermas não foram executadas à época (fls. 650)'.

E, conclui o Perito:

'Que, os danos apontados na inicial, tiveram sua origem na má execução do serviço quando da execução da obra (aterro compactado).

Acesso ao Sumário

Esta anomalia, que decorre da inobservância às Normas e a boa técnica de Engenharia, contribuiu para o aparecimento de trincas e fissuras generalizadas, que comprometeram a solidez da edificação (fls. 650)'.

Assim, não obstante os documentos carreados para os autos dando conta da ocorrência de fortes chuvas, tal fato não guarda relação com os danos causados nos imóveis.

Por outro vértice, partindo-se da premissa de que as residências são construídas justamente para que sirvam de abrigo contra o mau tempo, chuvas, ainda que fortes, tais ocorrências não podem comprometer a integridade de um imóvel.

Portanto, pode-se concluir que houve falha na execução da obra realizada pela empresa contratada em regime de empreitada e na fiscalização do serviço pela corré CDHU, não subsistindo, pois a alegação de que os danos na construção dos autores decorreram de força imprevisível ou inevitável da natureza.

Aliás, ante a conclusão da prova pericial, dando conta da existência de falhas estruturais, ocorreu, pois o comprometimento estrutural do imóvel dos autores e, por consequência, se viram forçados a residir em imóvel ameaçado de ruína até que, por determinação da Defesa Civil, deixaram a residência.

Por conseguinte, o medo e a insegurança a que os autores ficaram sujeitos, superaram a normalidade e ensejam reparação civil.

(...)

Quanto aos danos morais, como já acenado, a questão ultrapassou em muito a chateação e incomodo. Portanto, na fixação quantitativa do valor, deve ser levado em consideração o sofrimento dos autores, trazendo-lhes conforto que compense a experiência negativa porque passaram. Também é destinada a punir o infrator, exercendo função didática, a fim de evitar a repetição do atentado, mas não pode ser excessiva, porque limitada pela vedação ao enriquecimento sem causa.

Por conseguinte, o valor que mais se adéqua ao caso é de R$ 30.000,00, a título de danos morais." (fls. 693/698).

De fato, a culpa pelos danos no imóvel, consoante a avaliação pericial, decorreu da má realização do serviço quando da execução da obra, vez que *"as trincas e fissuras tiveram sua origem em recalques de fundação devido aos problemas com o aterro existente"* (fls. 652).

Cabe ressaltar, nos termos da prova pericial, que *"Em todos os imóveis vistoriados foi observado o mesmo processo de fissuração, ou seja, as fissuras apresentam as mesmas configurações quanto a localização e tipo e ocorrem em uma linha bem definida a qual corresponde a linha do aterro."* (fls. 654).

Logo, em que pese a alegação de que as fortes chuvas que assolaram a região constituem o motivo para os danos no imóvel, a prova produzida nos autos demonstra que as fissuras foram originadas do aterro existente (fls. 652),

Acesso ao Sumário

não havendo demonstração pela ré de que a conclusão pericial é equivocada.

Quanto aos danos morais, evidente que eles foram suportados pelos autores que adquiriram o imóvel no empreendimento Marília T, construído pela ré, e pouco tempo depois tiveram que abandonar o lar em decorrência do risco de desmoronamento (fls. 50/52).

Apesar de a ré ter buscado minimizar os danos que estava causando aos moradores, por meio da disponibilização de quantia mensal para custeamento de aluguel em R$ 400,00, tal circunstância não a isenta de reparar o abalo moral causado aos autores.

Assim, as peculiaridades do caso concreto indicam que não houve um simples aborrecimento.

SÉRGIO CAVALIERI FILHO (*"Programa de Responsabilidade Civil"*, Malheiros, 2ª ed., n. 19.4) afirma que *"só deve ser reputado dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada está fora da órbita do dano moral"*.

Para que se possibilite indenização por dano moral, é necessário que ocorram os pressupostos da responsabilidade civil, ou seja, o dano moral indenizável exige a conjugação de fatores (dano, ilicitude e nexo de causalidade).

O dano moral tem por escopo indenizar quem efetivamente sofreu angústia, desgosto ou passou por situação vexatória; algo que efetivamente macula a dignidade da pessoa.

Ora, os danos do imóvel causados pela má execução do projeto geraram desgaste emocional aos autores, pois a cada chuva se abrigavam em local coletivo diante do temor de desmoronamento e, ainda, tiveram que deixar a segurança do lar para residir em outro local devido à interdição realizada no imóvel, o qual ameaçava ruir. A situação ultrapassa o limite do mero aborrecimento.

Acesso ao Sumário

A fixação da indenização por dano moral também não comporta qualquer reforma, vez que deve corresponder à gravidade objetiva do fato, assim como à condição econômica do ofensor e da vítima, revelando-se ajustada ao princípio da equidade, não implicando no enriquecimento desta, mas tendo eficácia para produzir, no causador do dano, impacto capaz de inibir à prática de nova conduta ilícita.

Assim, o valor da indenização por danos morais fixado pela r. sentença em **R$ 30.000,00** demonstra-se razoável para o caso dos autos.

Apresentam-se como princípios norteadores para a quantificação do dano moral, o princípio da razoabilidade e, ainda, o princípio que veda o enriquecimento ilícito, deles não podendo se divorciar o julgador.

Acerca do princípio da razoabilidade que deve nortear o arbitramento de indenização por danos morais, leciona **Humberto Theodoro Júnior**:

> *"Mais do que em qualquer outro tipo de indenização, a reparação do dano moral há de ser imposta a partir do fundamento mesmo da responsabilidade civil, que não visa criar fonte injustificada de lucros e vantagens sem causa. Vale, por todos os melhores estudiosos do complicado tema, a doutrina atualizada de CAIO MÁRIO, em torno do arbitramento da indenização do dano moral: 'E, se em qualquer caso se dá à vítima uma reparação de damno vitando, e não de lucro capiendo, mais do que nunca há de estar presente a preocupação de conter a reparação dentro do razoável, para que jamais se converta em fonte de enriquecimento'" (Dano Moral, Ed. Juarez de Oliveira, 2ª ed., 1.999, pag.36).*

Na ausência de dispositivo legal, a fixação do valor da indenização fica ao prudente arbítrio do Juiz da causa, que deve evitar aviltar o sofrimento do lesado e onerar excessivamente o agente.

Tecidas estas considerações, forçoso concluir que a importância fixada na origem (R$ 30.000,00) não se mostra excessiva, tampouco diminuta para o caso dos autos, mas se afigura compatível como o grau de reprovabilidade da conduta da ré, com a repercussão do dano na vida dos autores e a capacidade econômica da responsabilizada. Ou seja, o valor não se mostra mínimo, a ponto de não atender sua finalidade pedagógica em relação à atitude da ré e nem exagerado a ponto de propiciar um enriquecimento ilícito da autora.

Também o valor dos honorários advocatícios sucumbenciais foi adequadamente fixado em 15% do valor da condenação e não comporta alteração, pois adequado ao disposto no artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil. Ou seja, levando-se em conta o trabalho elaborado pelo patrono dos autores e a complexidade da causa, o valor não se mostra diminuto.

E outros fundamentos são dispensáveis diante da adoção integral dos que foram deduzidos na r. sentença, e aqui expressamente adotados para evitar inútil e desnecessária repetição, nos termos artigo 252 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, **nega-se provimento aos recursos.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0369224-89.2008.8.26.0577, da Comarca de São José dos Campos, em que é apelante BANCO DO BRASIL S/A, é apelado FÁTIMA REGINA CARVALHO DE

Acesso ao Sumário

MOURA.

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 18188)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores AFONSO BRÁZ (Presidente sem voto), HENRIQUE NELSON CALANDRA e SOUZA LOPES.

São Paulo, 13 de abril de 2015.

PAULO PASTORE FILHO, Relator

Ementa: EXECUÇÃO POR TÍTULO EXTRAJUDICIAL – Transação levada a efeito pelas partes, homologada judicialmente - Extinção do processo, ante o silêncio do credor quanto ao integral cumprimento da obrigação - Impossibilidade - Decurso de prazo que não implica em adimplemento - Decisão anulada - Recurso provido.

VOTO

O apelante pretende a reforma da r. sentença de fls. 58, que julgou extinta a execução por título extrajudicial, com base no art. 794, I, do Código de Processo Civil, diante do silêncio do recorrente quanto ao integral cumprimento da transação levada a efeito entre as partes, homologada judicialmente.

Afirma (fls. 60/67) que a decisão não pode prevalecer, porque não é possível presumir a ocorrência de quitação da dívida, apenas porque o apelante não informou no prazo estipulado a satisfação ou não de seu crédito, ressaltando, ainda, que ele sequer foi intimado pessoalmente para tanto.

O recurso foi recebido no duplo efeito (fls. 70) e o preparo está anotado (fls. 68/69 e 73).

Não há contrarrazões.

É o relatório.

A decisão que extingue a execução em virtude do cumprimento integral da obrigação tem duplo aspecto. O processual e o material, este fazendo certo que não há mais nenhuma obrigação a ser cumprida, relativamente ao objeto da execução.

Por esta razão, o mero silêncio quanto ao cumprimento não pode servir de confissão quanto ao pagamento integral do débito, nem permite que se lhe adote como presunção.

O extinto Primeiro Tribunal de Alçada Civil, em ação rescisória de

Acesso ao Sumário

sentença proferida nas circunstâncias da hipótese dos autos, já proclamou em acórdão relatado pelo Desembargador Oscarlino Moeller (proc. Nº 979.796-6) que: *"AÇÃO RESCISÓRIA - Sentença de extinção de execução (CPC. Art.794, I) - Conteúdo material da decisão - Reconhecimento por ela da ocorrência do fato jurídico que serviu de causa à extinção - Rescisória cabível - AÇÃO RESCISÓRIA - Violação de literal disposição de lei - Ação de cobrança encerrada por acordo - Silêncio do credor, quanto ao seu cumprimento que não implica reconhecimento da satisfação da obrigação por parte do devedor - Decisão que extingue a execução em face da inércia do exeqüente, a ensejar quitação da dívida, viola o disposto no art. 939 e 940 do Código Civil - Sentença rescindida para o prosseguimento da execução - Ação procedente"*.

Da mesma forma a 13ª Câmara deste Egrégio Tribunal, em acórdão prolatado pelo Des. Heraldo de Oliveira, também proclamou: *"EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA CONTRA DEVEDOR SOLVENTE. Acordo. Homologação. Extinção do feito nos termos do artigo 794, II do CPC. Impossibilidade. Hipótese em que, a extinção do processo somente é possível, quando o acordo tenha sido cumprido por inteiro. Possibilidade de prosseguimento da execução, nos próprios autos em caso de inadimplemento do avençado. Acolhimento do recurso para declarar a suspensão do feito até o cumprimento integral da obrigação, nos termos do artigo 792 do CPC. Recurso provido para tal fim"* (Apelação nº 0011781-98.2008.8.26.0079, j. em 30.1.2013).

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso para anular a decisão proferida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0158642-53.2009.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes MORVAN SAADE (E OUTROS(AS)), MACPLAN ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÃO LTDA. e PARTPLAN SERVIÇOS EMPRESARIAIS LTDA., são apelados CAIO DE ALCANTARA MACHADO JUNIOR (E OUTROS(AS)), MARIA CRISTINA DE ALCANTARA MACHADO, EDUARDO DE ALCANTARA MACHADO, ANNA TEREZA DA SILVEIRA DE ALCANTARA MACHADO, ALCANTARA MACHADO EMPREENDIMENTOS S/A, LUIS AUGUSTO DE ALCANTARA MACHADO (E OUTROS(AS)) e MARIA CECILIA DE ALCANTARA MACHADO (ESPÓLIO).

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

Acesso ao Sumário

acórdão. **(Voto nº 31938)**

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

São Paulo, 8 de abril de 2015.

ENIO ZULIANI, Relator

Ementa: Obrigação de fazer. Sócios que não assinam a alteração da sociedade civil em sociedade empresária, como exigido pelo art. 2031, do CC. Abuso do direito de recusar. Minuta do novo modelo de personificação que não altera as linhas mestras traçadas no primeiro contrato da sociedade, sendo que algumas alterações são obrigatórias e não alteram os pontos cardeais. Não há prejuízo e seria um contrassenso exigir votação de 75% (inalcançável) para aprovar o modelo novo. Provimento para julgar procedente a ação, na forma do art. 466-B, do CPC.

VOTO

Vistos.

Os recorrentes integram "uma sociedade civil por quotas de responsabilidade limitada" e a participação acionária de cada qual está estampada na 13ª alteração ocorrida em 5.7.1999 (fls. 71). Os recorrentes são, sem dúvida, majoritários: de 10.254,545 quotas os recorrentes ostentam 5.469.091. Os dois sócios remanescentes possuem 4.785.454.

Os recorrentes ingressaram com ação visando compelir os dois sócios a subscreverem um novo contrato adaptado ao regime do Código Civil Brasileiro, transformando a sociedade em empresária com registro na JUCESP. Os recorrentes alegam que a ré Alcântara Machado recusa emitir a declaração de vontade e não apresenta uma razão plausível, em virtude da necessária adaptação. O outro sócio, pessoa física (Caio) faleceu e os herdeiros nada realizam com o propósito de regularização.

A Alcântara Machado apresentou a defesa de fls. 158 e argumenta que a mudança depende de prévia deliberação dos sócios, matéria que explora com minúcias nas contrarrazões quando elenca as mudanças (prazo de duração da sociedade, forma de prestação de contas, dispensa da criação de conselho fiscal, aprovação das deliberações sociais e distribuição de lucros). Afirma, citando o art. 1071, V e 1076, I, do Código Civil, que a aprovação depende de aprovação

Acesso ao Sumário

de 75% dos detentores do capital social e os recorrentes possuem 53,3% (fls. 449).

O Espólio de Caio, pela inventariante Roseti Moretti, provou ter solicitando alvará para assinar a alteração e existe até petição pela qual concordam com a alteração (fls. 170). O alvará foi deferido pelo Juízo do inventário (fls. 194). O processo demorou cerca de três anos para citação dos herdeiros e foi aí que sobreveio a resposta com os fundamentos acolhidos pela respeitável sentença (fls. 353).

Em síntese, entendeu a nobre Juíza que a ação intentada era desnecessária porque a emissão do alvará revelava a predisposição dos herdeiros de assinarem o adendo contratual e que as alterações que estão lançadas na minuta não integram o pedido inicial e não poderia a sentença dispor a respeito.

É o relatório.

As sociedades civis que não se adaptam ao novo figurino serão consideradas irregulares por não cumprimento da exigência. É essa a conclusão natural que decorre do desrespeito ao disposto no art. 2031, do Código Civil. Não perde, completamente, a personificação outorgada pelo registro do Cartório de Títulos e Documentos, o que não a coloca como sociedade empresária digna de figurar no meio das demais companhias em plena atividade e desenvolvimento, porque para essas, especialmente, de sociedade por quotas de responsabilidade limitada, o registro na JUCESP é imprescindível.

Os requeridos não desejam subscrever documento algum e isso está claro nos autos. Afirmam que não se opõem e até procederam de forma amistosa no inventário de Caio, afirmando que concordavam com as alterações propostas. No entanto, não subscreveram e nem demonstram vontade de fazê-lo. Alegam, agora, que a minuta exibida altera de maneira substancial a natureza do contrato plurilateral e dizem que somente uma prévia deliberação de sócios, com aprovação por 75% do capital, poderia convalidar a remodelação desejada pelos recorrentes.

As objeções dos recorridos não procedem quando comparados os termos da minuta da repaginação (fls. 79/86) com o primeiro contrato subscrito pelos interessados em 1989 (fls. 24), sendo que as linhas mestras ou a estrutura dorsal do regime de administração e de repartição de lucros, foi preservada. As outras alterações que não constam do contrato primitivo são, agora, elencadas, por imperiosa obrigatoriedade da mudança e não constituem matérias que necessitem de votação pelo *quórum* especial de 75% do titulares. Aliás e se for mantido o entendimento que reclama essa maioria para aprovar o texto adaptado, não sairia do impasse, porque os recorrentes não possuem o capital informado e os recorridos não modificam o entendimento. Portanto, não é caso de aplicar o instituto da modificação do contrato previsto no art. 1071, V e 1076, I, do CC,

Acesso ao Sumário

porque não se está modificando o contrato, mas, sim, adaptando ao novo regime.

Embora conste da minuta o "prazo indeterminado" (cláusula 4º) e o original tenha sido escrito "prazo determinado" (fls. 21) na verdade sempre teve a natureza da indeterminação, tanto que não foi fixado o termo *ad quem*. A forma de prestação de contas é salutar e torna a administração transparente, sendo dever legal (cláusula 8ª). Não existia conselho fiscal antes e não há motivo para criar esse comitê agora. As cláusulas 12ª e 13ª seguem o padrão do Código Civil no que diz respeito às votações e deliberações. A questão da distribuição dos lucros (cláusula 15ª da minuta) está em consonância com o que foi escrito em 1989 (fls. 23).

Nesse instante é que entra em cena a questão da ponderação de valores. A quem interessa manter o estado caótico e qual o sentido de manter esse quadro de instabilidade jurídica? Os recorrentes perseguem uma definição para regularidade estrutural da sociedade e não inovaram de maneira a suprimir direitos ou faculdades fundamentais dos demais sócios. Os recorridos, por outro lado, não apresentam justificativa adequada e racional e agem em nítido abuso do direito de recusa, o que confirma a situação do art. 187, do CC. A sentença deveria acolher a ação.

Os autores são majoritários e apresentam uma minuta que deve constituir a gênese da nova sociedade que, embora ressurgida do embate, possui condições para desenvolver suas metas e aspirações nos termos do art. 170, da Constituição Federal.

A posição dos réus é de recusa. O Espólio e herdeiros não estão em posição de requerer decisão por equidade que lhes favoreça porque somente se movimentaram após a notificação e, ainda assim, agiram em contradição, porque requereram o alvará para consentir e não subscreveram o documento. Na forma do art. 466-B, do CPC, a sentença faz as vezes do título não formalizado espontaneamente e servirá de documento hábil para registro na JUCESP.

Isso posto, dá-se provimento para julgar procedente a ação e, nos termos do art. 466-B, do CPC, considerar consolidado o novo modelo da sociedade empresária (minuta de fls. 79/86), para registro na JUCESP, expedindo-se, oportunamente, o mandado. Os requeridos pagam as custas e honorários, esses fixados em R$ 10.000,00, nos termos dos §§ 3º e 4º, do CPC.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1023143-10.2014.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes JONATHAN ALVES DE FARIA (JUSTIÇA GRATUITA), RONALDO

INACIO DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), SILVANY FERNANDES DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), JONATHAN FERREIRA RODRIGUES (JUSTIÇA GRATUITA), JERONIMO HENRIQUE FERREIRA LIMA (JUSTIÇA GRATUITA), ALAN WILLIAM RIBEIRO (JUSTIÇA GRATUITA), FERNANDA MARIA DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), SABRINA DOS SANTOS DOMINGOS (JUSTIÇA GRATUITA), SHIRLEY MARTINS SANTIAGO OLIVEIRA (JUSTIÇA GRATUITA), ANDREZA FERREIRA FLORENTINO GONÇALVES (JUSTIÇA GRATUITA), MARCOS EVANGELISTA DE PAULO (JUSTIÇA GRATUITA), EVA RODRIGUES DE SOUZA (JUSTIÇA GRATUITA), CAIQUE BELTRÃO DE ALBUQUERQUE (JUSTIÇA GRATUITA), JOÃO SILVESTRE ROSA (JUSTIÇA GRATUITA), FELIPE REIMBERG BARBOSA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), ADRIANO RIBEIRO DO REGO (JUSTIÇA GRATUITA), JOSÉ HILTON PAULO (JUSTIÇA GRATUITA), GESSER CLEMENTE DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), BRUNO MACIEL (JUSTIÇA GRATUITA), RAFAEL MARTINS PEREIRA SOUZA (JUSTIÇA GRATUITA), MARIA HELENA RODRIGUES DE SOUZA (JUSTIÇA GRATUITA), ADELMA CANUTO DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), KATIA NASCIMENTO (JUSTIÇA GRATUITA), ENIOVALDO PEREIRA DE SOUZA (JUSTIÇA GRATUITA), ISMEDIA CANDIDA DO Ó SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA), FABIANA DE OLIVEIRA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), IRINEIDE EVANGELISTA DE PAULO (JUSTIÇA GRATUITA), GILVANDIO R. DE SOUZA (JUSTIÇA GRATUITA), JAKSUEL CONCEIÇÃO MATOS (JUSTIÇA GRATUITA), PATRICIA RODRIGUES DE SOUZA (JUSTIÇA GRATUITA), SEBASTIÃO FERREIRA MAGALHÃES (JUSTIÇA GRATUITA), IRANETE DOS SANTOS MENDES (JUSTIÇA GRATUITA), MARIA APARECIDA DA COSTA (JUSTIÇA GRATUITA), ALAN ALVES DE FARIA (JUSTIÇA GRATUITA), GILSETE MELO ARAÚJO (JUSTIÇA GRATUITA), ERIKA RODRIGUES DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), DAIANA CARLA RIBEIRO (JUSTIÇA GRATUITA), MARCOS ZIEL DE OLIVEIRA (JUSTIÇA GRATUITA), CHRISTIAN NASCIMENTO (JUSTIÇA GRATUITA), ANTONIO VIEIRA DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), GIRLENE DOS SANTOS GUIMARÃES (JUSTIÇA GRATUITA), LUZIA FERREIRA DOREA (JUSTIÇA GRATUITA), RAIMUNDA CONSTANTINO DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA), WEZELI DOS SANTOS TEIXEIRA (JUSTIÇA GRATUITA), PATRICIA ALVES UBALDINO (JUSTIÇA GRATUITA), JEFFERSON LIONE RAPOSO (JUSTIÇA GRATUITA), RAFAEL ANTONIO DE OLIVEIRA (JUSTIÇA GRATUITA), JOSILENE MARIA DA CONCEIÇÃO (JUSTIÇA GRATUITA), CLARICE OLIVEIRA MENEZES DE ANDRADE (JUSTIÇA GRATUITA), WILSON LIMA RAMOS (JUSTIÇA GRATUITA), LUIS CARLOS RIBEIRO (JUSTIÇA GRATUITA), ROSIMERE SALES DE LIMA (JUSTIÇA

Acesso ao Sumário

GRATUITA), MARIA LUZIANE DA CRUZ (JUSTIÇA GRATUITA) e JOSÉ VANDO MARTINS DE SOUZA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado RAFAEL SAVIANO SOBRINHO.

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 22621)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SEBASTIÃO FLÁVIO (Presidente sem voto), SÉRGIO SHIMURA e J. B. FRANCO DE GODOI.

São Paulo, 8 de abril de 2015.

PAULO ROBERTO DE SANTANA, Relator

Ementa: CERCEAMENTO DE DEFESA - JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE - NÃO OCORRÊNCIA - PROVAS PERICIAL E ORAL PRETENDIDAS PELOS APELANTES QUE NÃO TERIAM O CONDÃO DE ALTERAR O RESULTADO DA DEMANDA. INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL - DESCABIMENTO - REQUISITOS LEGAIS PREENCHIDOS - IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO E ILEGITIMIDADE PASSIVA - ALEGAÇÕES EVIDENTEMENTE DESCABIDAS - PRELIMINARES AFASTADAS.

REINTEGRAÇÃO DE POSSE - ESBULHO - COMPROVAÇÃO - IMÓVEL OCUPADO PELOS RÉUS NA CONDIÇÃO DE INVASORES - OCUPAÇÃO QUE SE DEU DE FORMA IRREGULAR A JUSTIFICAR A PROTEÇÃO RECLAMADA PELO AUTOR - PREENCHIDOS OS REQUISITOS DO ARTIGO 927, DO CPC - AÇÃO JULGADA PROCEDENTE - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Apelação interposta pelos réus contra a sentença que julgou procedente a ação de reintegração de posse e condenou-os ao pagamento das verbas de sucumbência.

Sustentam preliminar de cerceamento de defesa, em razão do julgamento

antecipado da lide; inépcia da petição inicial, por não descrever o imóvel objeto da ação; impossibilidade jurídica do pedido e ilegitimidade passiva. No mérito, alegam estar de boa-fé e que a ocupação ocorreu em razão do déficit habitacional existente na cidade de São Paulo. Insistem no fato de que o terreno que ocupam estava abandonado e não é o mesmo imóvel reivindicado pelo autor. Alegam que os bens estão localizados na mesma rua, porém são diferentes. Afirmam que não foram preenchidos os requisitos do artigo 927, do Código de Processo Civil.

O recurso foi processado na forma da lei.

É o relatório.

Primeiramente, não houve cerceamento de defesa, pois as provas pericial e oral requeridas não teriam o condão de alterar o resultado da demanda.

O julgamento antecipado da lide é autorizado pelo Código de Processo Civil, quando *"a questão de mérito for unicamente de direito, ou sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência"* (artigo 330, inciso I).

Ora, uma vez que existentes nos autos elementos de prova documental suficientes para formar o convencimento do magistrado, não há que se falar em cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da controvérsia.

Nesse sentido, julgado desta 23ª Câmara de Direito Privado:

"Julgamento antecipado da lide - Cerceamento de defesa - Prolatora da sentença que tinha em mãos os elementos necessários para apreciar os argumentos desenvolvidos na demanda - Suficiente a prova documental existente - Prescindibilidade de produção de outras provas - Inocorrência de nulidade da sentença." (Apelação nº 991030652414 (1231481300). Rel. JOSÉ MARCOS MARRONE. DJ 30.09.2009).

Também não se verifica ser caso de inépcia, pois a petição inicial preenche os requisitos legais e veio acompanhada da documentação necessária. Tanto é assim que possibilitou o exercício do contraditório e a ampla defesa por parte dos réus, como pode se constatar nos autos.

Segundo THEOTÔNIO NEGRÃO:

"A petição inicial só deve ser indeferida, por inépcia, quando o vício apresenta tal gravidade que impossibilite a defesa do réu, ou a própria prestação jurisdicional (STJ-3ª Turma, REsp. 193.100-RS, rel. Min. ARI PARGENDLER, j. 15.10.01, não conheceram, v.u., DJU 4.2.02, p. 345)". ("Código de Processo Civil e legislação processual em vigor", p. 386, Saraiva, 35ª ed.)

A petição inicial atende, pois, ao disposto nos artigos 282 e 283, do Código de Processo Civil.

Por fim, afastam-se as alegações de impossibilidade jurídica do pedido e ilegitimidade passiva, uma vez que evidentemente descabidas diante dos fatos e

Acesso ao Sumário

dos documentos juntados aos autos.

No mérito, o recurso não merece provimento.

Por meio da presente demanda, busca o autor, ora apelado, ser reintegrado na posse do imóvel descrito na matrícula nº 17.232 (fls. 22 a 26), sob a alegação de que foi invadido pelos réus no dia 22/05/14, conforme Boletim de Ocorrência de fls. 66/68.

Afirma e comprova o apelado ser proprietário da área em questão e sobre ela efetivamente exercer a posse mansa e pacífica há mais de quinze anos, *"sempre cuidando e zelando, e evitando que a mesma seja invadida, visto estar em área de mananciais no escopo de preservar o meio ambiente, estando a área totalmente cercada..."* (fls. 02).

Incontroverso, ainda, que os apelantes estão ocupando o imóvel de maneira ilegítima, pois eles mesmos admitem a condição de invasores, o que é suficiente para caracterizar o esbulho.

Irrelevantes as alegações de que são pessoas honestas e, assim como outros milhares de paulistanos, não possuem um bem imóvel para fixar residência.

Como bem destacado em decisão anterior nos autos, proferida por esta Câmara em 27/08/14, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 2106680-87.2014.8.26.0000, interposto pelos réus contra o deferimento da liminar de reintegração:

"As próprias razões do recurso evidenciam o caráter político e social da ocupação realizada pelos agravantes porque, em última análise, objetivam sensibilizar as autoridades da administração pública para criação de programas habitacionais e construção de moradias populares, fato que está se tornando corriqueiro na região da grande São Paulo.

Contudo, num estado democrático de direito e de justiça, não é dado ao particular investir contra o patrimônio alheio para sensibilizar as autoridades constituídas, violando preceitos legais, a pretexto de se defender a dignidade da pessoa humana ou o direito à moradia ou qualquer outro bem da vida.

Por fim deve se consignar que na condição de invasores, os agravantes não possuem justo título, de forma que não lhes assiste nenhum direito sobre o imóvel, na medida em que a ocupação foi ilegítima, inexistindo boa-fé na conduta." (fls. 276/277).

Ressalta-se que, apesar da insistência dos apelantes em afirmar que a área ocupada por eles é diversa da pertencente ao apelado, há prova do contrário nos autos.

Os documentos de fls. 250/257, assim como o Boletim de Ocorrência de fls. 66/68 e a certidão do Oficial de Justiça de fls. 264 não deixam dúvidas de que se trata da mesma área.

Logo, é evidente o vício da posse exercida pelos apelantes a importar no reconhecimento do esbulho e justificar a proteção possessória reclamada na

Acesso ao Sumário

petição inicial.

Por esses fundamentos, fica mantida a sentença que julgou procedente a ação.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1009236-65.2014.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante I.S.A., é apelado Q.B.C.R.P.P.L.E.P.P..

ACORDAM, em 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 6145)**

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

São Paulo, 10 de abril de 2015.

RAMON MATEO JÚNIOR, Relator

Ementa: CONCORRÊNCIA DESLEAL - Ação cominatória - Sentença de parcial procedência, reconhecendo a prática de concorrência desleal, mas afastando o pedido de indenização por perdas e danos e danos morais - Reforma que se impõe - Danos materiais a serem aferidos em liquidação de sentença - Danos morais fixados em R$ 15.000,00 - Apelo provido.

VOTO

Cuida-se de ação cominatória proposta por I.S.A. em face Q.B.C.R.P.P.L.. Alega a autora que a ré, empresa que atua no mesmo ramo comercial em que desenvolve parte de suas atividades, tem se locupletado indevidamente à custa de sua marca, face à contrafação de produtos, o que caracteriza o ilícito de concorrência desleal e, em consequência, impõe o dever de abstenção de utilização da marca e de reparar os danos causados. Sustenta, ainda, que de forma manifestamente abusiva, utiliza-se a ré de suas marcas (...), o que não pode ser admitido. Requer, portais fundamentos, seja a ré condenada a cessar a utilização das referidas marcas, sob pena de multa diária, e ao pagamento de

Acesso ao Sumário

indenização pelos danos materiais e morais causados.

A ação foi julgada parcialmente procedente, nos termos da sentença de fls. 357/361, para tornar definitiva a tutela antecipada concedida, e determinar à ré que se abstenha de utilizar as marcas (...), sob pena de multa diária de R$ 1.000,00 (mil reais).

Apela a autora, reiterando que a ré estava comercializando artigos de vestuário com as marcas (...), imitando estamparias dos produtos e aplicando neles etiquetas com referidas marcas, com intuito de confundir os consumidores. Consigna que, embora na busca e apreensão não foram localizados produtos com sua marca, a violação restou comprovada pelo cupom fiscal. Acrescenta que a própria ré, em contestação, confessou haver comercializado mercadorias contendo suas marcas. Diante desses fatos, aduz que a condenação da ré na indenização por danos morais e materiais é de rigor.

Efetuado o preparo, o recurso foi processado e contrariado.

É o relatório.

Não há dúvida acerca da prática de concorrência desleal, tanto que, reconhecida em sentença a ilicitude da conduta da ré, esta quedou-se inerte, implicando em concordância com os termos do *decisum*.

Transcreve-se, para tanto, excerto da sentença monocrática: *"(...) ambas as partes atuam no mesmo segmento comercial, isto é, venda de produtos de vestuário, fato que, aliás, restou incontroverso. Assim, caracterizada a identidade entre as atividades das partes e no que se refere ao segmento de mercado em ambas atuam, impõe-se a observância do princípio da anterioridade, a fim de se evitar concorrência desleal e indução do consumidor a erro. (...) evidente que a utilização pela ré, de maras em todo semelhante à de titularidade da autora - (...) -, seja no aspecto gráfico, seja no sonoro, tem ao menos 'potencialidade' de causar prejuízo à segunda e de incutir 'confusão' nos tomadores dos serviços, o que não pode ser respaldado pelo Judiciário.(...)"* (fl.358).

No tocante ao pleito condenatório, respeitado o entendimento do douto magistrado sentenciante, mostra-se adequada a condenação da ré à indenização, seja por danos morais, seja por danos materiais.

Estes últimos (materiais) derivam do estatuído na Lei n.9.279/96, que dispõe, em seu art. 209, o seguinte: "*Fica ressalvado o direito de haver perdas e danos em ressarcimento de prejuízos causados por atos de violação de direitos de propriedade industrial e atos de concorrência desleal não previstos nesta Lei, tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios, a criar confusão entre estabelecimentos comerciais, industriais ou prestadores de serviço, ou entre os produtos e serviços postos no comércio."*

É certo que aprova dos prejuízos, muitas vezes, em hipóteses desse jaez, é de difícil obtenção.

Acesso ao Sumário

Na hipótese, entretanto, evidente haver a ré aproveitado do alto renome das marcas de titularidade da autora para aferir maior lucratividade, em proveito próprio, enriquecendo-se ilicitamente.

Basta considerar, para o efeito, o cupom fiscal de fls. 252, indicando a alienação, pela ré, de camisetas (...) masculina, pelo valor de R$ 49,90.

E, ainda as fotografias de fls. 254 a 259, referentes a produtos alienados pela autora, portando as marcas (...). Independentemente da quantidade de produtos localizados no estabelecimento da ré, o fato irrecusável, e que não mais pode ser questionado, é a violação das marcas de titularidade da autora.

Aliás, a orientação pretoriana é no sentido de que a simples violação do direito marcário acarreta o dever de indenizar.

Deverá, portanto, ser apurado, em sede de liquidação de sentença, os lucros cessantes do caso, com fundamento no art. 210, e seus incisos, da Lei de Propriedade Industrial, *verbis*:

"Art. 210. Os lucros cessantes serão determinados pelo critério mais favorável ao prejudicado, dentre os seguintes:

I - os benefícios que o prejudicado teria auferido se a violação não tivesse ocorrido; ou

II - os benefícios que foram auferidos pelo autor da violação do direito; ou

III - a remuneração que o autor da violação teria pago a o titular do direito violado pela concessão de uma licença que lhe permitisse legalmente explorar o bem."

Apenas não é possível, por ora, quantificar o efetivo prejuízo patrimonial ocorrido, em face de ausência dos elementos para tanto.

Ensina João da Gama Cerqueira: *"Aprova dos prejuízos, nas ações de perdas e danos, merece, entretanto, especial referencia. Esta prova, geralmente, difícil nos casos de violação de direitos relativos à propriedade industrial, é perfeitamente espinhosa quando se trata de infração de registros e marcas, não podendo os juízes exigi-la com muita severidade."* E continua: *"Frequentemente, porém, verifica-se que, não obstante a contrafação os lucros do titular da marca não diminuem, mantendo-se no mesmo nível ou na mesma progressão, não sendo raros os casos em que se verifica o seu aumento. Não se deve concluir, entretanto, só por esse fato, que a contrafação não tenha causado prejuízos, porque estes não se revelam, necessariamente, na diminuição dos lucros ou na sua estabilização e, determinado nível. O que o bom senso indica é que o dono da marca realizaria lucros ainda maiores, se não sofresse a concorrência criminosa do contrafator."*[1]

1 In *Tratado da Propriedade Industrial - vol. II - Tomo II - Ed. Lumem Juris - Rio de Janeiro, 2012 - pag. 217.*

Acesso ao Sumário

A quantificação dos danos materiais fica, pois, relegada para o âmbito da liquidação de sentença, que deverá ter como fundamento os artigos acima mencionados.

Ademais, o ilícito praticado pela ré não ofendeu apenas materialmente a autora, importando em ofensa extrapatrimonial, igualmente.

Nesse sentido, já sedimentado pela orientação pretoriana a possibilidade de a pessoa jurídica sofrer danos morais (S.227/STJ).

O que se indeniza, presentemente, é o dano à imagem da pessoa jurídica, seu bom conceito, sua credibilidade, seu prestígio.

Para a quantificação do *quantum debeatur*, deve-se levar em conta as funções ressarcitória e punitiva. Isso para que a vítima sinta-se um pouco confortada, e que sirva de desestímulo para reiteração de atos desse jaez. Sempre evitando que a indenização importe locupletamento indevido da vítima.

Fixa-se, pois, o valor da indenização por danos morais em R$ 15.000,00, corrigidos monetariamente a partir do arbitramento, com juros de mora de 1% ao mês, contados da citação.

Os ônus sucumbenciais deverão ser arcados pela ré, arbitrado o valor da verba honorária em 15% (quinze por cento) do valor da condenação.

Ante o exposto, **DÁ-SE PROVIMENTO** ao apelo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0162230-97.2011.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante RICARDO JOSÉ DA SILVA, é apelado BANCO PANAMERICANO 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: "Não conheceram do recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17286)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JACOB VALENTE (Presidente sem voto), SANDRA GALHARDO ESTEVES e CASTRO FIGLIOLIA.

São Paulo, 22 de abril de 2015.

TASSO DUARTE DE MELO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: FALTA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA. Recurso genérico, que não enfrenta de forma

específica os fundamentos da sentença. Violação ao art. 514, II e III, do CPC. Recurso não conhecido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta por Ricardo José da Silva (fls. 113/117) contra a r. sentença proferida pela MMª. Juíza da 23ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Capital, Dra. Carmen Lúcia da Silva (fls. 104/108), que julgou improcedente a ação revisional de contrato bancário c.c. consignação em pagamento ajuizada pelo Apelante em face de Banco Panamericano S/A .

Sustenta o Apelante (a) o cabimento da presente ação; (b) que os documentos que instruem a petição inicial seriam "idôneos à sua propositura", e mereciam uma análise mais acurada; e (c) a existência de elementos suficientes à procedência da ação. Pugna pela reforma da r. sentença.

O recurso é tempestivo.

Contrarrazões às fls. 122/137.

É o relatório.

O recurso não pode ser conhecido.

O recurso de apelação deve versar sobre os pontos da sentença que o recorrente entende devam ser modificados, apontando de forma específica quais são esses pontos e as razões de sua modificação, conforme o disposto no art. 514, II e III, do CPC.

O pedido também não pode ser genérico, mas sim deve especificar as matérias decididas que devem ser alteradas, para que o juízo *ad quem* possa julgar o cabimento e provimento do recurso corretamente.

Na espécie, as genéricas razões recursais, que discorrem acerca do cabimento da ação revisional de contrato e da pertinência dos documentos que instruem a petição inicial, não se relacionam com os fundamentos que levaram a r. sentença de mérito a julgar improcedente o pedido.

Não há qualquer relação entre a apelação e a sentença, não sendo possível conhecer do recurso, ante a afronta ao disposto no art. 514, II e III, do CPC, pois não há impugnação específica da decisão recorrida nem pedido de reforma ou anulação pormenorizado.

A jurisprudência é pacífica nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. RAZÕES DO RECURSO DISSOCIADAS DA SENTENÇA. ART. 514, INCISO II, CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PRECEDENTES. SÚMULA Nº 83/STJ. 1. As razões de apelação dissociadas do que decidido pela sentença equiparam-se à ausência de fundamentos de fato e de direito, exigidos pelo art. 514, II, do CPC, como requisitos de regularidade formal da apelação. Precedentes.

Acesso ao Sumário

(...) 3. Agravo regimental não provido." (STJ, AgRg no AREsp nº 37.483/PR, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, j. 24/04/2012)

"Recurso. Apelação. Apresentação de razões dissociadas dos fundamentos da r. sentença hostilizada. Desatendimento do disposto no inciso II do artigo 514 do Código de Processo Civil. Não conhecimento." (TJSP, Ap. nº 0007123-44.2012.8.26.0482, Rel. José Reynaldo, 12ª Câmara de Direito Privado, j. 17/04/2013)

Diante do exposto, não se conhece do recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000321-04.2012.8.26.0620, da Comarca de Taquarituba, em que são apelantes PAULO FERNANDO VIEIRA GOMES e PEDRO DIANAS VIEIRA GOMES, é apelado BANCO SANTANDER (BRASIL) S/A.

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 2444)**

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

São Paulo, 27 de abril de 2015.

ALBERTO GOSSON, Relator

Ementa: EMBARGOS DE TERCEIRO. ALEGAÇÃO DE DESCONHECIMENTO DA EXECUÇÃO. RELATIVIZAÇÃO DO PRAZO PREVISTO NO ART. 1.048 DO CPC. Anula-se a sentença, para determinar o prosseguimento do feito, uma vez que não está devidamente demonstrado que os terceiros embargantes tinham ciência da alienação do imóvel, supostamente ocupado por eles, no período do prazo previsto no art. 1.048 do CPC. Precedentes do C. STJ. Dá-se provimento ao recurso, para anular a r. sentença.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

A r. sentença (fls. 206) rejeitou os embargos de terceiro opostos por **Paulo Fernando Vieira Gomes** e **Pedro Dianas Vieira Gomes** contra **Banco Santander Brasil S.A.**, porque não foi observado o prazo de cinco dias após a arrematação do imóvel.

Apelam os embargantes (fls. 212/233). Sustentam que não figuraram como parte nos autos da execução ajuizada contra o pai deles, um dos devedores, que ofereceu o imóvel ocupado por eles, como garantia de acordo naquela demanda. Somente tomaram ciência da imissão de posse por meio de Oton Luiz de Almeida Goes, que reside em outra propriedade oferecida como garantia.

Pelo fato de morarem no imóvel por mais de 30 anos e serem filhos do executado, têm interesse de agir e legitimidade para integrar o polo ativo da demanda, para proteger bem de família.

Entendem que o prazo para a interposição dos embargos de terceiro começa a fluir da ciência do cumprimento do mandado de imissão e não da expedição da carta de arrematação.

Recurso tempestivo, preparado (fls. 234/235 e 242/243) e sem resposta porque a parte contrária não foi citada (fls. 245).

É o relatório.

Trata-se de embargos de terceiro opostos pelos filhos dos devedores nos autos de execução por quantia certa, ajuizada pelo Banco do Estado de São Paulo S.A., sucedido pelo Banco Santander Brasil S.A., em 25 de novembro de 1987 (fls. 65/71).

O exequente e os devedores firmaram acordo naquele processo e o imóvel objeto em discussão foi oferecido pelos pais dos embargantes como garantia da dívida, em 29 de junho de 1988 (fls. 102/130).

Em razão do descumprimento do acordo, o bem foi alienado em hasta pública, com carta de arrematação expedida em 19 de novembro de 1998 (fls. 133/163).

O mandado de imissão na posse foi expedido em 25 de novembro de 2011 (fls. 190) e, de acordo com os apelantes, que alegam morar no imóvel arrematado há muitos anos, só tiveram ciência da execução e da expedição do mandado porque foram informados por Oton Luiz de Almeida Goes, que ocupa outro imóvel oferecido como garantia do referido acordo.

É certo que o art. 1.048 do CPC prevê que: *"Os embargos podem ser opostos a qualquer tempo no processo de conhecimento enquanto não transitada em julgado a sentença, e, no processo de execução, até 5 (cinco) dias depois da arrematação, adjudicação ou remição, mas sempre antes da assinatura da respectiva carta."*.

Todavia, tal regra deve ser relativizada no caso em discussão, uma vez que

Acesso ao Sumário

ainda não há demonstração de que os embargantes tinham ciência inequívoca da execução dentro do prazo previsto no art. 1.048 do CPC, portanto, deve ser dado prosseguimento ao feito.

Assim já decidiu o C. Superior Tribunal de Justiça:

"AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. TEMPESTIVIDADE.

1. O terceiro alheio ao processo pode defender sua posse sem estar submetido ao prazo constante do art. 1.048 do Código de Processo Civil. Precedentes.

2. Agravo regimental não provido."

(AgRg nos EDcl no AREsp nº 243.495/MT, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/05/2013, DJe 22/05/2013)

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO. REINTEGRAÇÃO. DESCONHECIMENTO DO PROCESSO E DO ATO DE IMISSÃO. DEFESA DA POSSE. NÃO SUBMISSÃO AO PRAZO DO ART. 1.048 DO CPC. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS N. 211 DO STJ E 282 DO STF. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA.

(...)

3. Estando alheio ao processo e aos atos de reintegração de posse, o terceiro pode defender sua posse sem estar submetido ao prazo constante do art. 1.048 do Código de Processo Civil.

4. É pressuposto para a configuração da divergência jurisprudencial a existência de similitude fática entre os acórdãos confrontados.

5. Recurso especial não-conhecido."

(REsp nº 723.950/PR, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 15/12/2009, DJe 02/02/2010)

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso, para anular a r. sentença, determinando-se o prosseguimento do feito.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0003654-06.2011.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes CACILDA DE GODOY BERNARDES, OSWALDO SÁ LOPES e MARIA DE FÁTIMA DE BARROS SIQUEIRA, são apelados MASSA FALIDA DE MÁXIMO MARTINS DA CRUZ ENGENHARIA E COMÉRCIO S.A., UTIC PARTICIPAÇOES S.A., DRY PORT SÃO PAULO S.A. e FILGATE DO

BRASIL EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA..

ACORDAM, em 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.101)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FRANCISCO LOUREIRO (Presidente sem voto), ENIO ZULIANI e TEIXEIRA LEITE.

São Paulo, 6 de maio de 2015.

PEREIRA CALÇAS, Relator

Ementa: Apelo. Falência. Pedido de restituição de ações de sociedade anônima em face do não pagamento pela compradora. Contrato de alienação de participação acionária com cláusula expressa de resolução na hipótese de falência da sociedade compradora. Art. 85 da LRF c.c. art. 474 do CC. Validade da cláusula resolutória expressa em face da falência de um dos contratantes. Restituição deferida. Alegação de pagamento parcial do preço das ações a ser apurada em liquidação por artigos, necessária para que as partes retornem ao "*status quo ante*". Apelo provido, em parte.

VOTO

1. Trata-se de pedido de restituição de ações que **CACILDA DE GODOY BERNARDES, OSWALDO SÁ LOPES** e **MARIA DE FÁTIMA DE BARROS SIQUEIRA** movem na falência de **MÁXIMO MARTINS DA CRUZ ENGENHARIA E COMÉRCIO S/A**, rejeitado pela sentença de fls. 515/517, da lavra do Juiz MARCELO BARBOSA SACRAMONE, cujo relatório é adotado.

Apelam os requerentes Cacilda e Oswaldo (fls. 523/540). Insistem no direito à restituição das ações. Afirmam terem vendido à falida em 1997 os 70% da participação que tinham no capital social da Utic Participações S/A, por uma parcela fixa em valor equivalente a 5 (cinco) milhões de dólares americanos (US$ 5,000,000.00) e outra parte variável, em reais, equivalente ao valor do resultado da divisão por cinco do montante da receita bruta total, não incluído o IPI, realizada no período de 60 (sessenta) meses, contados a partir do mês de agosto de 1997 até julho de 2002. Ocorre que a Máximo Martins deixou de pagar o preço de compra das ações da UTIC previsto no contrato, encontrando-se

Acesso ao Sumário

inadimplente. Esclarecem que o contrato de venda da participação acionária foi ajustado com cláusula de irrevogabilidade e irretratabilidade, pactuando-se sob o nº 19, "b", no entanto, que, independentemente de notificação ou interpelação, o contrato seria reputado rescindido de pleno direito, "se a compradora incidir em falência". Em virtude de tal cláusula resolutória expressa, tendo em vista o decreto judicial de falência da compradora Máximo Martins, sustentam que as ações da companhia UTIC, que estavam precariamente em poder da compradora, ora falida, deveriam ser restituídas à apelante, enfatizando que a falida, em suas declarações iniciais do anterior pedido de concordata, arrolou referidas ações em sua relação de bens, apontando o respectivo valor de R$ 19.325.963,44. Pretendem a restituição das ações correspondentes a 70% do capital social da UTIC e o consequente controle acionário da DRY PORT, pretensão fundamentada na cláusula de resolução expressa da venda das referidas ações no caso de falência da companhia adquirente. Sustentam o equívoco da sentença ao proclamar a nulidade da cláusula resolutiva expressa, notadamente quando inserida em contrato de compra e venda de participação acionária, haja vista que o art. 474 do Código Civil autoriza a previsão da indigitada cláusula resolutória, em se tratando de contrato bilateral. Segundo entendem, o contrato somente permaneceria em vigor caso a administradora da massa falida, ao ser notificada pelos apelantes nos termos do art. 117, da Lei nº 11.101/2005, tivesse se manifestado expressamente em tal sentido, o que não ocorreu. Por tais motivos, pedem o provimento da apelação para se reformar a sentença hostilizada, ordenando-se a restituição das 306.511 ações correspondentes a 70% do capital social da UTIC e que foram arrecadadas pela Massa Falida de Máximo Martins da Cruz Engenharia e Comércio S/A, impondo-se aos sucumbentes os encargos perdimentais.

Em parecer de fls. 577/581, a ilustre Promotora de Justiça TELMA DE S. M. GORI MONTES opinou pela reforma da sentença apenas para possibilitar eventual produção de prova de que a rescisão do contrato ocorreu antes da quebra ou, considerando a prova colhida, pelo não provimento do apelo.

Pelo não provimento do apelo foi também o parecer da Procuradoria Geral de Justiça, pela brilhante pena da Promotora FERNANDA LEÃO DE ALMEIDA às fls. 589/592.

Relatados.

2. Os fatos que deram origem ao conflito de interesses em julgamento neste recurso já foram por mim analisados quando do julgamento do agravo de instrumento nº 0039883-71.2011.8.26.0000 (j. 20.09.2011), interpostos na ação declaratória de ineficácia de cessão de ações que os ora apelantes promovem contra a Massa Falida de MÁXIMO MARTINS DA CRUZ ENGENHARIA E COMÉRCIO S/A e outras (Voto nº 21.298), resultando no acórdão por votação unânime com a participação dos Desembargadores ROMEU RICUPERO e

Acesso ao Sumário

RICARDO NEGRÃO, de minha relatoria, de cujos termos, no que interessa a esta apelação, consta o seguinte:

"A prova documental é segura para demonstrar que Cacilda de Godoy Bernardes, Maria Fátima de Barros Siqueira e Oswaldo Sá Lopes cederam a participação acionária de que eram titulares e que correspondia a 70% do capital social de Utic Empreendimentos S/A para Máximo Martins da Cruz Engenharia e Comércio Ltda., conforme instrumento particular lavrado em 1º/08/1997 (fls. 58/66). Os direitos da UTIC, Brautic Terminais S/A e Plan Service Empreendimentos S/A, sendo esta última concessionária da DERSA pelo contrato 1797/89, também foram objeto da aludida cessão de posição contratual, nos termos da cláusula nº 4 (fl. 59). Anota-se que a cessão acionária foi precedida do contrato particular cujo instrumento está às fls. 67/74, firmado em 19 de setembro de 1996. Posteriormente, foi constituída a empresa Dry Port São Paulo S/A, derivada da incorporação da 'Brautic' pela 'Plan Service', em razão do que a 'Dry Port' tornou-se concessionária da DERSA, assumindo a posição contratual explicitada no contrato 1.797/89, passando a explorar a área de 1.600.000 m² do terminal de cargas intermodal, situado na região de Cumbica, Guarulhos, onde deveria ser construído um porto seco. Está demonstrado ainda que Máximo Martins da Cruz Engenharia e Comércio S/A não pagou as ações que lhe foram cedidas, as quais correspondem a 94,45% da participação na Dry Port São Paulo S/A. Os negócios impugnados neste recurso foram celebrados quando a cedente estava em regime de concordata preventiva, sendo certo que, ulteriormente, foi decretada a falência da cedente, situação prevista expressamente no contrato de cessão como causa de rescisão de pleno direito do aludido contrato e restituição das ações aos cedentes (vendedores) (cláusulas nºs 19 e 20).

Cumpre ressaltar que o inadimplemento contratual da cessionária Máximo Martins da Cruz Engenharia e Comércio S/A está mais do que evidenciado, tendo este relator examinado os acórdãos proferidos nas Apelações Cíveis nº 317.320-4/1-00 e nº 417.970-4/6/00, em ações movidas pela cessionária das ações objetivando a anulação das cambiais emitidas para pagamento e ação de nulidade cumulada com revisão do contrato firmado com os cedentes, onde se decidiu em favor dos ora agravantes, que, como ficou demonstrado naqueles recursos, cumpriram todas as obrigações pactuadas com a ora falida".

A questão que se coloca na sequência lógica do exame da pretensão de restituição das ações deduzida pelos apelantes exige, em primeiro lugar, a análise da validade da cláusula 19, alínea "b", do "contrato de venda e compra de participação acionária e outras avenças", firmado em 1º/08/1997, cujos termos são os seguintes: ***"Independente de notificação ou interpelação, judicial ou extrajudicial, o presente contrato será considerado rescindido de pleno direito, ocorrendo as seguintes hipóteses: (...); b) se a compradora incidir em falência"*** (pág. 34).

Acesso ao Sumário

Trata-se, como é de trivial sabença, do debate doutrinário sobre validade da chamada "cláusula resolutiva expressa do contrato em decorrência da falência", conhecida nos Estados Unidos como "cláusula *ipso facto* da insolvência" ou "*bankruptcy clause*".

No Código Civil de 1916, vigente ao tempo em que foi celebrado o negócio da venda das ações objeto deste recurso, previa-se, no art. 1.163, o "pacto comissório", nos seguintes termos: ***"Ajustado que se desfaça a venda, não se pagando o preço até certo dia, poderá o vendedor, não pago, desfazer o contrato, ou pedir o preço".*** Cuida-se da "lex comissória", originada no Código de Justiniano, perfilhada pelas Ordenações Afonsinas, Manoelinas e Filipinas, que segundo PONTES DE MIRANDA, ***"expirava ao ser exercida a pretensão ao preço"*** (Tratado de Direito Privado, vol. 39, §§ 4.308 e 4.309, p. 198). O Código Civil atual prevê, no art. 474, que ***"a cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito"***.

Há, no entanto, na doutrina, distinção dogmática da aplicabilidade da cláusula resolutória expressa em situação de solvência e insolvência do inadimplente.

A situação delineada nestes autos refere-se à validade da cláusula resolutória expressa em caso de insolvência do devedor, com referência indiscutível à hipótese de decreto judicial da falência da companhia que adquiriu as ações dos apelantes.

O art. 43 do Decreto-lei nº 7.661/1945, vigente na data em que foi celebrada a compra e venda das ações da UTIC, de propriedade dos apelantes, para Máximo Martins S/A, estabelecia que:

"Art. 43. Os contratos bilaterais não se resolvem pela falência e podem ser executados pelo síndico, se achar de conveniência para a massa.

Parágrafo único. O contraente pode interpelar o síndico, para que, dentro de 5 dias, declare se cumpre ou não o contrato. A declaração negativa ou o silêncio do síndico, findo esse prazo, dá ao contraente o direito à indenização, cujo valor, apurado em processo ordinário, constituirá crédito quirografário".

Atualmente, a Lei nº 11.101/2005, Lei de Recuperação e Falências, prevê no art. 117 regra similar, ao determinar o seguinte:

"Art. 117. Os contratos bilaterais não se resolvem pela falência e podem ser cumpridos pelo administrador judicial se o cumprimento reduzir ou evitar o aumento do passivo da massa falida ou for necessário à manutenção e preservação de seus ativos, mediante autorização do Comitê.

§ 1º. O contratante pode interpelar o administrador judicial, no prazo de até 90 dias, contado da assinatura do termo de sua nomeação, para

Acesso ao Sumário

que, dentro de 10 dias, declare se cumpre ou não o contrato.

§ 2º. A declaração negativa ou o silêncio do administrador judicial confere ao contraente o direito à indenização, cujo valor, apurado em processo ordinário, constituirá crédito quirografário".

Para se dirimir as questões suscitadas neste apelo, impõe-se verificar se é válida a cláusula de resolução do contrato de compra e venda no caso de falência da compradora (obviamente, que ainda não pagou o preço ajustado).

TRAJANO MIRANDA VALVERDE, ao comentar o revogado Decreto-Lei nº 7.661/45, afirma: ***"A Falência de um dos contraentes não se inclui entre as causas legais de rescisão do contrato. Nem mesmo os contratos feitos*** **intuitu personae debitoris**, ***salvo disposição em contrário, se resolvem de pleno direito com a falência. (...) É comum, entretanto, as partes pactuarem a rescisão do contrato no caso de falência de um dos contraentes. A cláusula encontra-se, geralmente, nos contratos de execução continuada, como no de locação de coisas. A sua validade é, em princípio, aceita, tanto pela doutrina, como pela nossa jurisprudência"*** (Comentários à Lei de Falências, atualizados por J.A. PENALVA SANTOS e PAULO PENALVA SANTOS, Ed. Revista Forense, 4ª edição, 1999, p. 298).

WALDEMAR FERREIRA cuida do "pacto rescisório do contrato", assim professando: ***"Estatuindo a lei não se resolver o contrato bilateral pela falência, senão pelo arbítrio do síndico quando sua execução seja inconveniente aos interesses da massa, surgiu o problema da legitimidade, ou não, do pacto entre os contratantes prevendo a resolução pela quebra de um deles. Manifestou-se a jurisprudência pela legitimidade da convenção. Admite-se a doutrina francesa, tanto quanto a jurisprudência. Para não ter que demandar judicialmente a resolução do contrato em caso de falência da outra parte, pareceu a Georges Ripert lícito a um contratante inserir no contrato a cláusula prevendo-lhe a resolução, de pleno direito, em caso de falência. Essa cláusula impede o síndico de optar por sua execução. Tem ela a vantagem de dar-lhe pronta solução. Sua validade não poderá ser posta em dúvida, por constituir um pacto comissório. É a cláusula, advertiu o tratadista, utilizada na venda, notadamente quando o contrato estabelece entregas sucessivas. Igualmente é encontradiça no contrato de locação de imóveis, em que o locador se reserva o direito de retomada pela falência do locatário. Embora reconhecida pela jurisprudência a validade do ajuste nesse sentido, a lei veio repeli-lo na locação comercial, a respeito da qual também dispôs a lei brasileira"*** (Tratado de Direito Comercial, Ed. Saraiva, 1965, São Paulo, vol. 14, p. 515/516).

RUBENS REQUIÃO, no Curso de Direito Falimentar, examina o "pacto de rescisão em caso de falência": ***"Vimos que a falência não configura caso fortuito ou de força maior, não se incluindo, pois, entre as causas legais de rescisão do contrato. Indaga-se, todavia, se é lícita a cláusula, inserida em contrato, de que este se rescindirá em caso de sobrevir a falência de***

Acesso ao Sumário

um dos contratantes. Nos contratos de execução instantânea a cláusula seria naturalmente inviável, sendo útil apenas nos contratos de execução continuada ou quando sua execução for diferida para o futuro. Esse pacto é comum nos contratos de locação de imóveis. A validade do pacto é geralmente admitida pelos juristas. O Prof. Spencer Vampré sustenta que 'em princípio se admite pactuar na previsão da falência futura: a) que esta determine, para a outra contratante, a faculdade de considerar rescindido, ou vencido o contrato, quer seja bilateral, ou unilateral, ou quer o falido seja credor ou devedor. Esta cláusula é perfeitamente admissível, uma vez que a massa não pode ter mais direitos, ou obrigações relativamente a terceiros, do que as que tenha o devedor, antes da falência' (Tratado Elementar de Direito Comercial, vol. III, pág. 394). No mesmo sentido decide Carvalho de Mendonça, pois não se vê razões que vedem aos contratantes se premunirem contra certas consequências da falência, como a incerteza, a demora ou a dificuldade que esta produzirá relativamente à execução dos contratos, ou ainda certos contratos 'intuitus personae' onde se atende especialmente à pessoa do contratante e à inconveniência de sua substituição pela massa falida ou por terceiro. Não há proibição de os contratantes estipularem, para o caso de superveniência da falência, a rescisão do contrato, antes de cumprido inteiramente. Não se dá ofensa a princípio algum de ordem pública (Tratado, vol. VII, nº 461). Os tribunais seguem os autores, na admissão da cláusula. Vale destacar alguns acórdãos: 'Não é contrária à lei cláusula contratual que estabelece a rescisão de pleno direito, de arrendamento, logo que seja declarada a falência do outorgado. De acordo com o estipulado no contrato, deve-se ter por verificada a condição resolutiva, no momento da declaração da falência, não podendo, assim, ser o mesmo contrato arrecadado pela massa' (3ª Câmara do TJGB, Ver. Forense, 62/243)" (obra citada, Ed. Saraiva, 16ª edição, 1965 vol. II, p. 163/164).

Em sentido contrário, MANOEL JUSTINO BEZERRA FILHO: ***"Mencione-se que é comum as partes estabelecerem, em contrato de execução prolongada, cláusula que preveja sua rescisão, resolução ou vencimento, em caso de falência. Essa cláusula não será considerada, porém, se o administrador judicial pretender dar cumprimento ao contrato, na forma do 'caput' deste artigo, tendo em vista as características também públicas da falência, embora situado o direito comercial ou empresarial no campo do direito privado. A falência, por se tratar de instituto colocado à disposição dos interessados para afastar do meio comercial aquele empresário que já está falido de fato, assume características que extrapolam o mero interesse privado"*** (Lei de Recuperação de Empresas e Falência, Ed. Revista dos Tribunais, 10ª edição, p. 282).

Na mesma linha, DÉBORAH KIRSCHBAUM, em trabalho intitulado "Cláusula Resolutiva Expressa Por Insolvência Nos Contratos Empresariais: Uma Análise Econômico-Jurídica", sustenta a ilegitimidade e consequente

Acesso ao Sumário

nulidade da aludida cláusula, sobretudo nos "contratos relevantes" para a formação dos ativos da empresa, sob a ótica do princípio que veda "obtenção de vantagens indevidas pelos credores em detrimento uns dos outros", sob a ótica da universalidade do processo de falência (Revista Direito GV 3, v. 2, nº 1, janeiro/junho 2006, pp. 37/54).

Examinando-se a doutrina, verifica-se, portanto, a formação de séria divergência sobre a validade da cláusula resolutória de contrato em virtude da falência de um dos contratantes. Com a devida vênia, perfilho o entendimento de que inexiste nulidade na cláusula resolutória de contrato por falência de um dos contratantes, haja vista que as nulidades devem ser expressas em lei. Em segundo lugar, porque tal cláusula tem fundamento histórico na "lex comissória" do direito romano, sendo simples consequência do inadimplemento de contrato bilateral. Assim, a interpretação histórica conforta sua validade.

Ademais, cumpre destacar que não se trata de contrato de fornecimento, nem de locação, nem de arrendamento de máquinas, veículos ou equipamentos, que eventualmente pudessem ser indispensáveis à continuidade provisória da empresa (situação, aliás, não delineada nos autos), mas, pura e simplesmente, cessão de participação acionária em companhia.

Cuida-se, na realidade, de negócio jurídico complexo, ou seja, contrato de venda e compra de participação acionária e outras avenças, que os apelantes firmaram com MÁXIMO MARTINS DA CRUZ ENGENHARIA E COMÉRCIO LTDA., pelo qual os vendedores venderam 70% do capital social da empresa UTIC EMPREENDIMENTOS S/A, companhia esta titular de participação majoritária de 76% do capital social de PLANSERVICE EMPREENDIMENTOS S/A e de BRAUTIC TERMINAIS S/A, com diversas garantias pactuadas em favor dos vendedores. Pactuou-se expressamente que ***"para garantia dos vendedores o controle acionário da UTIC será mantido em todas as empresas ligadas ao complexo Ticleste/EADI (DRY PORT), já existentes ou que venham a ser criadas, cujas ações ou contas de propriedade da UTIC ou do Complexo Dry Port, ficam obrigatoriamente caucionadas aos vendedores até o cumprimento de todas as cláusulas, condições e pagamentos previstos no presente contrato, sendo a caução obrigatoriamente registrada nos livros dessas empresas quando for o caso, valendo-se aqui as mesmas regras antes citadas"***. O levantamento das cauções ficou condicionado à constituição de fiança bancária em favor dos vendedores por instituição de primeira linha, por estes aprovadas. Ademais, ***"a compradora poderá alienar as ações objeto deste contrato, mediante comprovação da idoneidade moral e financeira do pretendente e prévio e expresso consentimento de cada um dos vendedores"*** (Cláusula 7 e seus parágrafos, fls. 28/29). Expressamente se pactuou: ***"O não pagamento das parcelas nos prazos acima implicará a devolução das ações objeto do contrato aos vendedores"*** (fl. 31).

Acesso ao Sumário

É sintomático, para o deslinde deste recurso, que MÁXIMO MARTINS DA CRUZ ENGENHARIA E COMÉRCIO S/A ajuizou duas ações contra os ora apelantes, tendo como base o contrato de compra e venda de participação acionária que também é objeto deste pedido de restituição.

A primeira ação foi ajuizada em 11.09.2003, perante a 29ª Vara Cível da Capital, pretendendo a declaração de nulidade, cumulada com revisão de contrato, forte na argumentação da invalidade da cláusula que atrela a correção dos pagamentos, ao valor do "dólar americano" e revisão do contrato sob a ótica do rompimento das bases do negócio. A sentença de improcedência foi mantida pela Colenda 3ª Câmara de Direito Privado desta Corte de Justiça, em aresto relatado pelo Desembargador Eduardo Braga (Apelação Cível nº 317.320.4/1-00).

A segunda ação, pleiteando a nulidade de títulos de crédito (notas promissórias), oriundos de contrato particular de compra e venda de ações de empresa, por estes expressarem valores indexados em dólar americano, foi ajuizada em 21.09.2005, perante a 19ª Vara Cível da Capital, também foi julgada improcedente, sendo a r. sentença mantida por acórdão da 3ª Câmara de Direito Privado desta Corte de Justiça, relatado pelo Desembargador Eduardo Braga (Apelação Cível nº 417.970.4/6-00).

Impende anotar que há notícias do ajuizamento de execução por quantia certa contra devedor solvente, promovida por Cacilda de Godoy Bernardes, e outra execução ajuizada por Oswaldo de Sá Lopes, ambas contra MÁXIMO MARTINS DA CRUZ E ENGENHARIA E COMÉRCIO S/A, com embargos à execução opostos. Ambas foram suspensas para julgamento em conjunto com a ação ordinária, em face da continência.

Em suma: diante do quadro probatório delineado nestes autos, está suficientemente demonstrado que os autores, ora apelantes, até a data deste julgamento, não lograram receber integralmente o preço da venda de sua participação acionária na UTIC EMPREENDIMENTOS S/A, celebrada em 1º.08.1996, mercê do que, em face da cláusula resolutiva expressa, validamente ajustada entre as partes contratantes, bem como da falência da compradora MÁXIMO MARTINS DA CRUZ ENGENHARIA E COMÉRCIO S/A, é de rigor o provimento parcial do recurso para se reconhecer a resolução de pleno direito do contrato celebrado entre apelantes e apelada (Massa Falida), deferindo-se o pedido de restituição aos autores das 306.511 ações ordinárias nominativas da UTIC Empreendimentos S/A (30% para Cacilda de Godoy Bernardes; 30% para Maria de Fátima de Barros Siqueira e 10% para Oswaldo Sá Lopes), com fundamento no art. 85 da Lei nº 11.101/2005 c.c. o art. 474 do Código Civil. Destaque-se que a certidão de fl. 191 comprova que as ações objeto deste pedido de restituição foram arrecadadas nos autos da falência da apelada.

Acesso ao Sumário

Outrossim, considerando-se que a resolução do contrato tem efeito *"ex tunc"* (retroativo), devem as partes ser repostas na mesma situação jurídica anterior à celebração do contrato (*"status quo ante"*), razão pela qual, havendo notícia nos autos de que houve o pagamento parcial do preço das ações - segundo a empresa MÁXIMO MARTINS DA CRUZ ENGENHARIA E COMÉRCIO S/A, esta informa que teria pago valor correspondente a US$ 2.388.178,28 (dólares americanos), mais R$ 350.584,43 e um apartamento no valor de R$ 270.000,00 (duzentos e setenta mil reais) -, impõe-se a apuração, em liquidação, dos efeitos da resolução, a fim de definir os termos exatos em que deverá se proceder a restituição das prestações que a compradora alega ter pago. A liquidação deverá ser feita por artigos, na dicção do art. 475-E, do Código de Processo Civil, cabendo à Massa Falida comprovar os pagamentos que a compradora alegou haver efetuado em adimplemento parcial ao contrato de compra das ações.

Considerando-se a sucumbência parcial da Massa Falida de MÁXIMO MARTINS DA CRUZ ENGENHARIA E COMÉRCIO S/A, fica ela condenada a pagar honorários advocatícios de 10% sobre a diferença a ser apurada na liquidação por artigos entre o valor do contrato e o preço eventualmente pago pela compradora.

Expeça-se mandado à Junta Comercial de São Paulo para se averbar a procedência do pleito de restituição das ações de que os autores, ora apelantes, são titulares no capital social da UTIC EMPREENDIMENTOS S/A.

3. Isto posto, pelo meu voto, dou provimento, em parte, ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0013485-88.2012.8.26.0344, da Comarca de Marília, em que é apelante MARTINIANO CAIRES SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado ITAÚ UNIBANCO S/A (ATUAL DENOMINAÇÃO DE BANCO ITAÚ S/A).

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 21154)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SEBASTIÃO FLÁVIO (Presidente) e PAULO ROBERTO DE SANTANA.

São Paulo, 27 de maio de 2015.

JOSÉ MARCOS MARRONE, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Sucumbência - Medida cautelar - Exibição de documento - Documento solicitado na inicial que foi apresentado com a contestação - Banco requerido que não contestou a demanda - Inexistência de indícios de que o requerente tenha formulado pedido administrativo de fornecimento do documento ao banco requerido, não bastando, para tanto, solicitação verbal - Caso em que, ademais, entre a data da distribuição da ação e a data da apresentação do documento transcorreram, aproximadamente, dois meses - Prazo que se mostra razoável para o cumprimento de tal providência - Inviabilidade de se admitir que o banco requerido tenha resistido à pretensão do requerente - Banco requerido que não deve arcar com os encargos da sucumbência - Apelo do requerente desprovido.

VOTO

1. Martiniano Caires Silva propôs ação cautelar de exibição de documento, de cunho satisfativo, em face de "Itaú Unibanco S.A." (fls. 2/14).

O banco requerido ofereceu contestação (fls. 30/32), havendo o requerente apresentado réplica (fls. 62/69).

Proferindo julgamento antecipado da lide, a ilustre juíza de primeiro grau considerou procedente a ação cautelar, tendo considerado satisfeita a obrigação de exibição do documento especificado na inicial. Deixou de condenar o banco requerido no pagamento das verbas de sucumbência em razão de não ter havido resistência (fl. 78).

O requerente opôs embargos de declaração (fl. 84/86), os quais foram rejeitados (fl. 87).

Inconformado, o requerente interpôs, tempestivamente, apelação (fl. 89), aduzindo, em síntese, o seguinte: o banco requerido negou-se a entregar o contrato pela via administrativa, tendo-o obrigado a ingressar com a ação cautelar; deve ser o banco requerido condenado no pagamento das verbas sucumbenciais; há de ser reformada em parte a sentença recorrida (fls. 90/101).

O recurso foi recebido apenas no efeito devolutivo (fl. 102), foi respondido (fls. 105/106), não tendo sido preparado, por ser o requerente beneficiário da justiça gratuita (fl. 26).

É o relatório.

Acesso ao Sumário

2. O reclamo manifestado pelo requerente não comporta acolhimento.

Com efeito, o contrato solicitado na inicial, mais especificamente, a "Proposta de Contratação de Abertura de Crédito em Conta Corrente - LIS - Limite Itaú para Saque", foi apresentada pelo banco requerido no curso da demanda (fls. 46/49), juntamente com a contestação (fls. 30/32).

O banco requerido não contestou a obrigação de exibir o título almejado, tendo apenas postulado a juntada do documento, assim como a sua isenção quanto ao pagamento dos ônus sucumbenciais (fl. 32).

Ademais, não há indícios de que o requerente tenha formulado pedido administrativo de fornecimento do documento ao banco requerido, não bastando, para tanto, solicitação verbal (fl. 3).

Ademais, entre a data da distribuição da ação, ocorrida em 25.5.2012 (fl. 2), e a data da apresentação do documento pelo banco requerido, 23.7.2012 (fl. 30), transcorreram, aproximadamente, dois meses, prazo esse razoável para o cumprimento de tal providência.

Inviável admitir-se, pois, que o banco requerido tenha resistido à pretensão formulada pelo requerente.

O entendimento aqui esposado já foi perfilhado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> "Agravo regimental. Recurso especial. Cautelar. Exibição de documentos. Ausência de pretensão resistida. Incabível fixação de honorários sucumbenciais. Reexame de provas. Súmulas 7 e 83 do STJ.
>
> 1. Pela aplicação dos princípios da sucumbência e da causalidade em ações cautelares de exibição de documentos, para haver condenação ao pagamento de honorários advocatícios deve estar caraterizada nos autos a resistência à pretensão. No caso, o tribunal de origem consignou que não houve pretensão resistida. Incidência da Súmula 83/STJ.
>
> 2. Não é possível reverter a conclusão do acórdão recorrido acerca da ausência de pedido resistido, sem reexame dos elementos fáticos da demanda, o que encontra óbice na Súmula 7/STJ.
>
> 3. Agravo regimental a que se nega provimento" (AgRg no REsp nº 1.464.182-SP, registro nº 2014/0144140-1, 4ª Turma, v.u., Rel. Min. MARIA ISABEL GALLOTTI, j. em 25.11.2014, DJe de 9.12.2014) (grifo não original).
>
> "Agravo em recurso especial. 1. Ação cautelar de exibição de documentos. Inexistência de resistência do réu. Condenação em Honorários advocatícios. Descabimento.
>
> 1. Nas ações cautelares de exibição de documento, o réu só será condenado ao pagamento de honorários advocatícios se houve pretensão resistida

Acesso ao Sumário

quanto ao fornecimento da documentação solicitada, em observância aos princípios da sucumbência e da causalidade.

2. Agravo regimental improvido" (AgRg no AREsp nº 568.814-SP, registro nº 2014/0210858-1, 3ª Turma, v.u., Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, j. 14.10.2014, DJe de 20.10.2014) (grifo não original).

"Agravo regimental em agravo (artigo 544 do CPC) - Ação cautelar de exibição de documentos - Decisão monocrática que conheceu do agravo para negar seguimento ao recurso especial mantendo a condenação do réu no pagamento de ônus sucumbencial. Irresignação da instituição financeira.

1. A jurisprudência desta Corte tem decidido que, em ações cautelares de exibição de documentos, em razão dos princípios da sucumbência e da causalidade, haverá a condenação a honorários advocatícios quando estiver caracterizada, como no presente caso, a resistência à exibição dos documentos pleiteados. Precedentes.

2. Incidência da súmula nº 7 do STJ, no tocante à pretensão voltada para afastar o reconhecimento da recusa injustificada da instituição financeira em fornecer os produtos pleiteados.

3. Agravo regimental desprovido" (AgRg no AREsp nº 533.800-MG, registro nº 2014/0143825-9, 4ª Turma, v.u., Rel. Min. MARCO BUZZI, j. em 23.9.2014, DJe de 1.10.2014) (grifo não original).

"Recurso especial. Processual civil. Ação cautelar de exibição de documentos. Não configuração de pretensão resistida. Incabível fixação de honorários sucumbenciais. Provimento negado.

1. Pela aplicação dos princípios da sucumbência e da causalidade em ações cautelares administrativas, para haver condenação a honorários advocatícios pela sucumbência no feito, deve estar caracterizada nos autos a resistência à exibição dos documentos pleiteados.

2. Impossível conhecimento do recurso pela alínea 'c', tendo em vista a ausência de similitude fática dos acórdãos paradigmas e o aresto vergastado.

3. Recurso especial improvido" (REsp nº 1.077.000-PR, registro nº 2008/0164288-2, 6ª Turma, v.u., Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, j. em 20.8.2009, DJe de 8.9.2009) (grifo não original).

No mesmo sentido houve pronunciamento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

"Ação cautelar - Exibição de documentos - Contrato bancário - Ausência de pretensão resistida - Observância do princípio da causalidade - Atribuição de honorários advocatícios à parte ré - Inadmissibilidade - Precedentes do

Acesso ao Sumário

STJ - Infere-se do exame dos autos que não foi demonstrada a existência de requerimento antes do ingresso desta ação, tendo a ré comparecido aos autos e feito a exibição do contrato, sem contestar o pedido inicial, não sendo trazido nenhum elemento a demonstrar a resistência ao pedido do autor, sendo incabível, à vista do princípio da causalidade, a condenação da ré ao pagamento de honorários advocatícios - Conforme precedente do STJ, para haver condenação a honorários advocatícios, deve estar caracterizada nos autos a resistência à exibição dos documentos pleiteados - Recurso não provido." (Ap nº 0938861-50.2012.8.26.0506, de Ribeirão Preto, 15ª Câmara de Direito Privado, v.u., Rel. Des. LUIZ ARCURI, j. em 12.3.2015).

Por conseguinte, não há como se atribuir o pagamento das verbas de sucumbência ao banco requerido.

3. Nessas condições, nego provimento à apelação contraposta, mantendo a sentença impugnada (fls. 75/78).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001583-95.2014.8.26.0368, da Comarca de Monte Alto, em que é apelante BANCO SANTANDER BRASIL S/A, é apelado DANILO CESTARI GONÇALVES DE SOUZA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto n° 13226)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CASTRO FIGLIOLIA (Presidente sem voto), ACHILE ALESINA e VICENTINI BARROSO.

São Paulo, 8 de junho de 2015.

COELHO MENDES, Relator

Ementa: MEDIDA CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTO. CADERNETA DE POUPANÇA. EXTRATOS BANCÁRIOS DE PLANOS ECONÔMICOS. PRESCRIÇÃO. RECONHECIDA A PRESCRIÇÃO POSTO QUE OBSERVADA A DISPOSIÇÃO DO ART. 2.028, DO CÓDIGO CIVIL

Acesso ao Sumário

DE 2002. INICIADA A CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL QUANDO O AUTOR QUE ATINGIU A MAIORIDADE. DECURSO DE MENOS DA METADE DO PRAZO DA PRESCRIÇÃO VINTENÁRIA PREVISTA NO ARTIGO 177 DO CC DE 1916. APLICAÇÃO DO PRAZO DECENAL, PREVISTO NO CC DE 2002. EXTINÇÃO DO PROCESSO COM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. ARTIGO 269, IV, DO CPC. RECURSO PROVIDO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação contra sentença de fls. 44/45 vº que julgou procedente a medida cautelar de exibição de documentos requerida por Danilo Cestari Gonçalves de Souza em face de Banco Santander Brasil S/A, determinando a instituição bancária a apresentação dos extratos da conta 951205-5, ag. 622 (Antigo Banco Real), no prazo de 5 dias, condenando o réu no pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R$ 1.000,00.

Apela o requerido arguindo, em preliminar, a falta de interesse de agir do autor, uma vez que não houve a recusa na entrega, administrativa, do documento.

Afirma, também, que é parte ilegítima à propositura, já que a conta "modalidade 9" se constitui em valores bloqueados e transferidos para o Banco Central.

Insiste na alegação da prescrição da pretensão posta na inicial.

Alega a ausência do *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, assim como a inaplicabilidade do artigo 359 do Código de Processo Civil.

Por fim, insurge-se contra o valor dos honorários advocatícios, pedindo a sua redução.

Recurso tempestivo, recebidos em seus regulares efeitos, com apresentação de contrarrazões.

É o relatório.

Cuida-se de medida cautelar, na qual a autor solicitou a exibição dos extratos de sua conta poupança indicada na inicial.

Inicialmente analiso a alegação de prescrição apresentada pela instituição bancária.

O apelante reconhece que incide, na espécie, o prazo prescricional vintenário previsto no art. 177 do Código Civil de 1916.

Os extratos bancários pedidos pelo autor referem-se a março de 1990 e fevereiro de 1991.

Acesso ao Sumário

Trata-se de conta poupança aberta pelos avós do apelado, quando ele era criança, sendo que eram feitos depósitos mensalmente por eles.

Como o autor atingiu a maioridade no ano de 1.998, quando completou dezesseis anos, o prazo prescricional teve início neste ano.

Tendo o marco inicial prescricional ainda na vigência do Código Civil de 1.916, deve ser observado o que dispõe o art. 2.028, do Código Civil de 2002, que diz: "*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*".

Desta forma, tendo o Código Civil de 2002 entrado em vigor em 11 de janeiro de 2003, há de aplicar-se o prazo da lei nova a partir de sua vigência.

Como a presente ação só foi ajuizada em abril de 2014, depois de transcorridos dez anos, é de se acolher a ocorrência da prescrição.

Com o acolhimento do recurso, fica invertida a sucumbência estabelecida na sentença.

Finalmente, apenas para evitar futuros questionamentos desnecessários, observo que tenho por expressamente ventilados, neste grau de jurisdição, todos dispositivos legais e constitucionais citados em sede recursal.

Saliento ainda que a função do julgador é decidir a lide de modo fundamentado e objetivo, portanto, desnecessário o enfrentamento exaustivo de todos os argumentos elaborados pelas partes.

Diante do acima exposto, pelo meu voto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso para extinguir o processo nos termos do artigo 269, IV, do Código de Processo Civil.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 4000301-07.2013.8.26.0006, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes BARBARA RAMOS BUFFONE COZZI e DEMETRIO BUFFONE COZZI, é apelado AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S/A AVIANCA.

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 20404)**

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

Acesso ao Sumário

São Paulo, 9 de junho de 2015.
JACOB VALENTE, Relator

Ementa: APELAÇÃO CIVL - TRANSPORTE AÉREO - AÇÃO INDENIZATÓRIA - VIAGEM INTERNACIONAL - Aquisição de passagens aéreas através do *site* Decolar.com - Passagens adquiridas com nome de casada - Passaporte que consta seu nome de solteira - Impossibilidade embarque - Necessidade de emissão de novo bilhete - Ausência do dever de indenizar - Dano moral não configurado, até porque o erro foi causado pela própria autora que ao adquirir as passagens para viagem internacional informou nome diferente do que constava em seu passaporte - Meros dissabores que estão desvinculados da violação de direitos da personalidade - Sentença que cabe ser integralmente mantida, a teor do que dispõe o artigo 252 do Regimento Interno - Apelo desprovido.

VOTO

1) Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 267/270, que nos autos da Ação de indenização por danos materiais e morais, ajuizada por Barbara Ramos Buffone Cozzi e outro, o juiz sentenciante julgou parcialmente procedente apenas para condenar a requerida a reembolsar a autora do valor despendido com a passagem aérea adquirida por ela em 20 de agosto de 2012, não utilizada para o embarque, aplicadas as eventuais penalidades ante o cancelamento ocorrido em 17 de outubro de 2012, data do embarque, valor este acrescido de juros de mora de 1% a contar da citação e correção monetária desde o dia 17/10/2012. Sucumbência recíproca.

Inconformados, apelam os autores, aduzindo, em síntese: (1) que ao julgar a presente demanda o magistrado desconsiderou que a apelante portava documento hábil a comprovar sua identidade em território estrangeiro - seu passaporte válido - que constava seu nome de solteira; (2) que mesmo optando por incluir o sobrenome de seu esposo, ainda se tratava da mesma pessoa, possuindo os mesmos números de identidade e inscrição no CPF; (3) que havia sim como ser identificada satisfatoriamente para uma viagem internacional; (4) que tanto é verdade que viajou como o mesmo passaporte, tão logo adquiriu novas passagens; (5) que conseguiu embarcar e seguir viagem sem quaisquer problemas de identificação, logo porque a absurda exigência de aquisição novas passagens se viajou com o mesmo documento; (6) que o magistrado

discorreu sobre as regras para embarque internacional, contudo ignorou a questão levantada pelos apelantes do por que da recusa da apelada emitir novo bilhete com o nome constante do passaporte se isto foi feito após a compra de novo bilhete; (7) que o passaporte constando o nome de solteira da apelante era válido para viagens internacionais, caso contrário deveria ser impedida de embarcar, mesmo após a aquisição de novos bilhetes; (8) que o imbróglio da presente demanda é recusa injustificada da apelada em emitir novos bilhetes com base em documento hábeis; (9) que não há legislação pátria ou resolução da ANAC que proíba as companhias aéreas de emitir novo bilhete quando há problemas de identificação do passageiro; (10) que muito pelo contrário a ANAC publicou um comunicado em 22 de agosto de 2013 no qual permite a correção do bilhete, quando houver erro nos nomes e sobrenomes, como no caso em tela; (11) que o que não é permitido a mudança de titularidade do bilhete; (12) que caso houvesse qualquer problema grave deveria ser apelante impedida de seguir viagem mesmo após a aquisição de novo bilhete, fato ignorado pelo magistrado; (13) que não resta dúvida que a apelada atuou com negligência quando se recusou a emitir novo bilhete com o nome de solteira, já havia pago as passagens e portava documentos oficiais; (14) que não há explicação razoável para emissão do bilhete com o nome que constava em passaporte, somente após a aquisição de novas passagens; (15) que nunca houve Lei ou norma que proibisse a emissão de novo bilhete, corrigindo um erro facilmente sanável; (16) que é notório que a prática de abusos cometidos pelas companhias aéreas vem se tornando lugar comum; (17) que no caso houve a imposição arbitrária de compra de duas passagens, a um preço quatro vezes superior ao das passagens já adquiridas; (18) que não há como não considerar simples a troca de nome no bilhete; (19) que ao contrário do decido não houve erro na identificação da apelante para viagem internacional, já embarcou com o passaporte; (20) que em razão do ilícito cometido pela apelada, resta claro que os apelantes sofreram danos, que não podem ser considerados corriqueiros; (21) que no caso em tela aplica-se a teoria da responsabilidade objetiva; (22) que no caso em tela a certidão de casamento comprova satisfatoriamente a alteração do nome da requerida; (23) que o dano moral se encontra no fato do descaso de como foram tratados; (24) que a apelada sequer cancelou as passagens anteriores; (25) que a apelada não ressarciu o valor já pago; (26) que sofreu vexame quando foi quase impedia de embarcar de volta ao país, já que teve que explicar o porquê de duas passagens com seu nome no mesmo voo; (27) que teve que pagar um valor exorbitante por outras passagens; (28) que é pacífica a jurisprudência, no sentido de que gera danos morais a recusa injustificada da companhia aérea em emitir novo bilhete; (29) que a indenização deve ser fixada de forma a coibir a prática reiterada do ato ilícito causador do dano; (30) que deve ser fixado o valor de R$ 12.000,00. Requer a reforma da r. sentença.

Acesso ao Sumário

Recurso formalmente em ordem, devidamente processado, preparado às fls. 304 e sem resposta.

Realizada intimação nos termos da Resolução n. 549/2011 (fls. 309), sem insurgência (fls. 311).

É o relatório do necessário.

2) A despeito do conhecimento do recurso tem-se que a r. sentença proferida em primeiro grau analisou conveniente a matéria posta a sua apreciação e cabe ser mantida na íntegra por seus próprios e jurídicos fundamentos, que ficam inteiramente adotados como razão de decidir pelo desprovimento dos recursos, a teor do quanto contido no art. 252 do Regimento Interno deste Tribunal, que dispõe que: "Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando suficientemente motivada, houver de mantê-la".

No caso dos autos, a r. sentença, analisou corretamente todos os pontos controvertidos entre as partes, chegando à adequada conclusão de parcial procedência da ação de indenização por danos materiais e morais.

Desse modo, verificando que as razões da apelação não trazem nenhum elemento novo, mas somente repisam questões já enfrentadas pela decisão de primeiro grau, forçoso concluir pela aplicabilidade do art. 252 acima transcrito, para negar provimento ao recurso, ratificando-se os termos da sentença vergastadas.

Isto porque, como já muito bem consignado pelo magistrado de piso, todo embarque em voo internacional deve ser cercado da observância de todas as medidas estabelecidas pela legislação e órgãos de controle visando a segurança nacional dos passageiros embarcados.

Pois bem.

No caso em análise, constata-se da própria prefacial que a apelante confessa que em 2012 adquiriu passagens aéreas para passar férias em Punta Cana, através da empresa Decolar.com, fornecendo para tanto seu nome de casada, salienta que é casada desde 2010, contudo seu passaporte ainda constava seu nome de solteira.

Informa que na data do embarque foi impedida seguir viagem em razão da divergência de nomes, tendo que adquirir novo bilhete com seu nome de solteira.

Alega que referida conduta é abusiva já que poderia a ré simplesmente emitir novo bilhete referente a passagem já paga, razão pela qual pretende a devolução do valor pago para aquisição dos novos bilhetes de ida e volta, bem como indenização pelos danos morais sofridos.

Ora, é dever de quem viaja se informar das regras necessárias ao

Acesso ao Sumário

embarque, ou seja, a reponsabilidade pela regularidade da documentação pessoal dos passageiros, como passaporte, visto de entrada e permanência em território estrangeiro são de única e exclusiva responsabilidade dos próprios passageiros não podendo as transportadoras serem responsabilizadas por eventuais impedimentos ou irregularidades constatadas no momento do embargue.

De se salientar que a atividade da empresa apelada é a de venda de passagens e transporte em segurança dos passageiros e de suas bagagens, nas condições e horários estabelecidos, sendo que a documentação exigida ao passageiro para entrada e permanência no país é atividade estatal, cuja competência é em regra, conferida às autoridades imigratórias.

No caso em apreço, ao contrário do aduzido pelos apelantes, não se discute a ausência de documento válido - Passaporte - já que este a apelante de fato possuía, contudo, ao adquirir as passagens através do *site* Decolar.com, fez a aquisição com nome diferente do que constava em seu passaporte, fato este que impede a utilização do bilhete adquirido.

Observa-se, ainda, que no caso os apelantes sequer adquiriram as passagens diretamente da empresa aérea, e sim como por eles mesmos confessados, referida aquisição se deu por meio de *site* de viagens, assim cristalino que não se pode imputar a ré qualquer responsabilidade pelo evento.

Assim, já muito bem consignou o magistrado: "*No momento de realizar a reserva, a autora não se atentou para o fato que havia alterado seu nome em virtude de casamento e que não havia providenciado a emissão de novo passaporte com seu nome de casada. Não é difícil compreender que foi a própria autora quem agiu de forma descuidada, dando causa a negativa do embarque com passaporte com nome diferente daquele constante na reserva.*"

Ora, a pretensão dos apelantes de no momento do embarque alterarem o bilhete já emitido com nome diverso do constante de seu passaporte não era de fato possível, nestes casos, a legislação determina o cancelamento da passagem e emissão de novo bilhete, com o nome correto, podendo haver cobrança do custo quando o erro é do adquirente.

Assim dispõe a Resolução nº 138/2010 da ANAC, em seu artigo 11, quando determina que o bilhete de passagem aérea é pessoal e intransferível, não sendo permitida ainda, alteração posterior a emissão do bilhete do nome do passageiro (endereço eletrônico constante no texto original).

Por fim, embora não tenha a ré procedido ao cancelamento da passagem de volta com o nome da apelante de solteira, tal fato por si só não ultrapassa o mero aborrecimento.

E, o mero aborrecimento não dá azo à reparação por dano moral, mormente quando não comprovada ofensa efetiva à honra, à moral ou a imagem da parte que se viu prejudicada.

Acesso ao Sumário

Nestas condições, mantém-se íntegra a sentença da qual se recorre.

3. Destarte, **nega-se provimento ao recurso.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0114895-87.2008.8.26.0003, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MIGLIATO & MIGLIATO LTDA., é apelado ANDREA CONDINI MAROSTICA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por votação unânime, negaram provimento ao recurso. Declara voto concordante o revisor.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 12.773)**

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

São Paulo, 29 de abril de 2015.

SANDRA GALHARDO ESTEVES, Relatora.

Ementa: EMBARGOS À EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. CHEQUES. POSSIBILIDADE DE DISCUSSÃO DA *CAUSA DEBENDI*, SE O TÍTULO NÃO FOI POSTO EM CIRCULAÇÃO. DESACORDO COMERCIAL. ENTREGA DA MERCADORIA NÃO COMPROVADA. INEXIGIBILIDADE DO DÉBITO. EXCEÇÃO DO CONTRATO NÃO CUMPRIDO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ CONFIGURADA.

Por não terem circulado, é possível discutir a causa subjacente à emissão dos cheques. A embargante não recebeu a mercadoria comprada, de modo que os cheques não são exigíveis, à luz da exceção do contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*). Ao ajuizar ação de execução amparada em cheques sabidamente inexigíveis, pois não entregou a mercadoria, deixar de impugnar os embargos e, instada a apresentar os comprovantes de entrega, requerer dilação de prazo para, intempestivamente,

trazer aos autos documentos que nada comprovam, a embargada procedeu de modo temerário, fazendo jus à pecha de litigante frívola. Apelação não provida.

VOTO

Vistos,

1. Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença, prolatada às fls. 36/37, que acolheu os embargos à execução opostos por ANDREA CONDINI MAROSTICA em face de MIGLIATO E MIGLIATO LTDA., para declarar a inexigibilidade dos cheques e extinguir o processo da ação de execução, considerando a embargada litigante de má-fé, e a condenando ao pagamento de multa de um por cento do valor atualizado da execução e indenização de dez por cento sobre o valor atribuído aos embargos.

Consta dos autos que a embargada move em face da embargante ação de execução, com lastro em dois cheques.

Em sua inicial, a embargante narra que celebrou com a embargada uma compra e venda de bens móveis (pedras), mas não houve a entrega da mercadoria, de modo que os títulos que aparelham a execução não espelham obrigação líquida, certa e exigível.

O prazo para impugnação decorreu sem manifestação (*in albis*).

Instada a comprovar a entrega da mercadoria, a embargada não se desincumbiu de tal ônus.

O nobre magistrado *a quo*, sob o fundamento de que a embargada não comprovou a entrega da mercadoria, acolheu os embargos.

Inconformada, a embargada apela às fls. 41/50. Alega, em suma, que: (a) cuidando-se de cheques, está dispensada de demonstrar a *causa debendi*; (b) não havia como trazer aos autos o instrumento do contrato, celebrado de forma verbal; e (c) não agiu de má-fé. Pugna pelo provimento do recurso para reforma da r. sentença.

A embargante ofertou contrarrazões (fls. 65/72).

É o relatório do essencial.

2. A discussão principal havida nos autos se prende à existência ou não de causa para a emissão dos cheques que não circularam. Justamente por não terem circulado é que há a possibilidade da discussão da causa subjacente.

Pois bem.

A embargante alega que não recebeu a mercadoria comprada, de modo que os cheques não são exigíveis, à luz da exceção do contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*).

Ora, não podendo fazer prova de fato negativo, ou seja, de que não

Acesso ao Sumário

recebeu a mercadoria, cumpria à embargada trazer aos autos os comprovantes de entrega, mas desse ônus não se desincumbiu.

Nesse sentido:

"EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. Cheques. Discussão sobre a causa de emissão. Possibilidade. Execução ajuizada pelo favorecido original em face do sacador. Alegação de não recebimento dar mercadorias pagas por meio dos cheques. Prova de fato negativo. Impossibilidade de imputação do ônus probatório ao executado. Exequente que pode fazer prova da entrega das mercadorias. Precedentes. Recurso não provido." (TJSP, AI nº 0024937-60.2012.8.26.0000, Rel. Des. TASSO DUARTE DE MELO, j. em 23.05.2012).

Não tendo sido demonstrada a existência de crédito em favor da embargada, pois não cumpriu sua parte na avença, a proclamação de inexigibilidade dos cheques era mesmo medida que se impunha.

A embargada é mesmo litigante de má-fé. Ajuizou ação de execução amparada em cheques sabidamente inexigíveis, pois não entregou a mercadoria. Deixou de impugnar os embargos e, instada a apresentar os comprovantes de entrega, requereu dilação de prazo para, intempestivamente, trazer aos autos documentos que nada comprovam. Seu proceder de modo temerário impõe seja considerada litigante frívola.

3. Em face do exposto, nega-se provimento ao recurso, mantida a r. sentença por seus próprios fundamentos, além dos ora expendidos.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR

(Voto nº 12013)

Vistos os autos.

Acompanhei o voto da i. relatora, Desembargadora Sandra Galhardo Esteves, pelo desprovimento do recurso, inclusive no que concerne à manutenção da reconhecida litigância de má-fé.

Os meus motivos são os mesmos constantes do voto condutor.

Em verdade, a presente declaração tem por escopo ressalvar o meu entendimento no que concerne à fixação da indenização de 10% sobre a mesma base de cálculo da multa, em vista da litigância de má-fé.

Em meu sentir, a fixação de indenização depende da comprovação de prejuízo decorrente diretamente do ato reputado como de litigância de má-fé.

Sem prova do prejuízo, não é possível o arbitramento da indenização, que não é sanção. Só a fixação da multa, cujo cabimento, por sua natureza de pena, independe da constatação de qualquer prejuízo.

Acesso ao Sumário

A propósito da impossibilidade da fixação de indenização sem a demonstração do consequente prejuízo, merecem exame os seguintes julgados do STJ:

"RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSOS ESPECIAIS INTERPOSTOS PELA OAB/SP E PELO AUTOR DA AÇÃO POSSESSÓRIA E SEUS PATRONOS. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. DANO PROCESSUAL. INDENIZAÇÃO. NÃO DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. MULTA. CONDENAÇÃO SOLIDÁRIA DO PROMOVENTE E SEUS ADVOGADOS. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE AÇÃO PRÓPRIA. ACOLHIMENTO DAS TESES RECURSAIS. (...) 2. É permitido ao Juiz decretar de ofício a litigância de má-fé, podendo condenar o litigante faltoso a pagar multa e a indenizar a parte contrária pelos prejuízos causados (CPC, art. 18, caput *e § 2º). 3. Na fixação da indenização, considerada sua natureza reparatória, é necessária a demonstração do prejuízo efetivamente causado à parte adversa, em razão da conduta lesiva praticada no âmbito do processo, diferentemente do que ocorre com a multa, para a qual basta a caracterização da conduta dolosa. 4. Reconhecida a litigância de má-fé nas instâncias ordinárias, sem demonstração do prejuízo causado à ré, mostra-se cabível a aplicação ao autor da multa não excedente a 1% sobre o valor da causa, afastando-se a indenização do art. 18 do CPC. (...) 7. Recurso especial da OAB/SP provido. 8. Recurso especial do autor e seus patronos parcialmente provido"* (REsp 1331660/SP - Relator: Ministro Raul Araújo - Órgão Julgador: Quarta Turma - Data do Julgamento: 17/12/2013 - Data da Publicação/Fonte: DJe 11/4/2014);

"DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. LOTEAMENTO FECHADO. CONTRIBUIÇÕES PARA MELHORAMENTOS E MANUTENÇÃO. ASSOCIAÇÃO DE MORADORES. IMPOSIÇÃO A QUEM NÃO É ASSOCIADO. OBRIGAÇÃO ASSUMIDA CONTRATUALMENTE. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. MULTA E INDENIZAÇÃO POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. DESCABIMENTO NO CASO CONCRETO. (...) 4.- A indenização por litigância de má-fé, prevista no artigo 18, caput*, segunda parte e § 2º, do Código de Processo Civil, ademais, considerada a sua natureza reparatória, não pode ser cominada sem a respectiva comprovação do prejuízo. 5.- Recurso Especial provido em parte"* (REsp 1325068/SP - Relator: Ministro Sidnei Beneti - Órgão Julgador: Terceira Turma - Data do Julgamento: 11/12/2012 - Data da Publicação/Fonte: DJe 04/02/2013).

Não obstante os julgados do STJ ora colacionados, no caso dos autos a apelante se insurgiu apenas com relação à litigância de má-fé, mas não especificamente quanto à indenização propriamente dita. Assim, quanto ao tema, o recurso não proporcionou o efeito devolutivo necessário para o reexame. Corolário, ressalvada a minha posição a respeito do assunto, também a indenização estipulada fica mantida no caso dos autos, justamente por falta de

Acesso ao Sumário

combate específico.
CASTRO FIGLIOLIA, Revisor

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 3002797-25.2013.8.26.0653, da Comarca de Vargem Grande do Sul, em que é apelante JOSE FRANCISCO FRANCHI, é apelado POÇOS ARTESIANO LAGOA BRANCA.

ACORDAM, em 22ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.962)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO RUI (Presidente) e HÉLIO NOGUEIRA.

São Paulo, 9 de abril de 2015.

ROBERTO MAC CRACKEN, Relator

Ementa: AÇÃO DECLARATÓRIA CUMULADA COM PLEITO INDENIZATÓRIO. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. PERFURAÇÃO DE POÇO ARTESIANO. O contrato de perfuração de poço artesiano revela uma obrigação de meio, uma vez que o resultado (vazão de água) se sujeita às condições geológicas do terreno. Inexistência de comprovação da alegada desqualificação dos prepostos da empresa contratada e nem de defeito do serviço prestado. Impropriedade da alegação de inclusão dos serviços prestados, ante o inadimplemento do contratante. Inexistência de ato ilícito, razão da improcedência do pleito indenizatório. R. sentença mantida. Recurso não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto em face do teor da r. sentença de fls. 63/64 dos autos, que **julgou parcialmente procedente** os pedidos deduzidos na presente ação, denominada "ação de inexigibilidade de título c.c. danos morais e a honra", para declarar inexistente o débito no valor de R$

3.500,00 (três mil e quinhentos reais).

O autor recorre, alegando, em síntese, que a contestação foi apresentada intempestivamente; que o contrato não foi cumprido pelo réu, não sendo instalados "bombas, fiações, filtros e pré-filtros, e o principal caixa de comando para a devida ligação do poço"; que o réu não possui "qualificação necessária exigida para atuar como responsável técnico em obras de perfuração de poços artesianos, sendo esta atividade exclusiva de geólogos e engenheiros de minas", devendo o ressarcimento ser em dobro; que o CREA deve ser notificado para a devida instauração de processo administrativo; que a r. sentença recorrida apresenta vício de fundamentação; que "os danos são oriundos da inserção do autor em Cartório de Protesto"; e, que "o Dano Material está comprovado pelo Contrato de Honorários, pelas custas processuais do processo Cautelar e Principal". Ao final, requer o provimento do recurso.

Contrarrazões apresentadas às fls. 95/99, requerendo, em suma, o desprovimento do recurso.

Recurso regularmente processado.

Do essencial, é o relatório, ao qual se acresce, para todos os fins próprios, o da r. sentença, ora recorrida.

De plano, afasta-se a preliminar de nulidade processual, uma vez que não há qualquer espécie de vício na r. sentença recorrida, estando perfeitamente registrado seu relatório, sua fundamentação e seu dispositivo, e, sendo abordado todos os elementos fáticos e de direito, necessários e suficientes para o deslinde do litígio.

Registre-se, ainda preliminarmente, que a contestação foi apresentada no prazo legal, considerando o protocolo datado de 27/05/2014 (fls. 72) e a juntada, em 13/05/2014 (fls. 58v), da carta precatória - de citação - cumprida.

No mérito, as partes litigantes celebraram contrato para perfuração de poço artesiano, nos termos do instrumento copiado às fls. 22 dos autos, avençando-se uma obrigação de meio (perfuração do solo) e não de resultado (encontrar água).

Com efeito, verifica-se do instrumento contratual de fls. 22 que a parte requerida não garantiu a vazão, mesmo porque, como é cediço, o resultado se sujeita às condições geológicas do terreno.

Destarte, na contratação de perfuração de poço artesiano, é certo que o resultado não pode ser garantido. Nesse sentido é a consolidada jurisprudência deste Egrégio Tribunal de Justiça, a saber:

> **"Título de crédito – Duplicata - Resolução de contratos, declaratória de inexistência de débito e devolução de valores pagos - Sustação de protesto - Improcedência - Art. 252 do Regimento Interno do E. TJSP - Sentença ratificada - Perfuração de poço artesiano - Água não encontrada - Obrigação de meio, não de resultado - Apelação**

não provida." Apelação nº 0008173-90.2006.8.26.0361, 11ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, Des. Rel. Gil Coelho, j. 30/10/2014. (o grifo não consta do original)

"COBRANÇA - Prestação de serviços - Elaboração de poço artesiano - Ausência de cláusula expressa no sentido de que fosse encontrado determinado volume d´água - Contrato de meios, não de resultados - Comprovação da execução da tarefa - Sentença de procedência mantida - Recurso desprovido." Apelação nº 0031493-29.2009.8.26.0309, 15ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, Des. Rel. Vicentini Barroso, j. 17/12/2013. (o grifo não consta do original)

"CONTRATO - PRESTAÇÃO DE SERVIÇO - Perfuração de poço artesiano - Pretensão à rescisão do contrato, à restituição do valor pago e à indenização por dano moral – Descabimento – Serviço contratado que foi efetivamente prestado - Contrato que era de meio e não de resultado, caracterizado, portanto, como sendo aleatório - Aditamentos assinados pelo pai e pela ex-noiva do autor permitindo que a metragem de perfuração fosse ampliada que são válidos por conta de outorga de mandato verbal, tal qual autoriza o art. 656/CC - Prova segura quanto a este fato - Pagamento do valor remanescente que é de rigor - Sentença de improcedência do pedido principal e de procedência da ação reconvencional mantida - Inteligência do art. 252 do Regimento Interno deste Tribunal - Recurso desprovido." Apelação nº 0002070-15.2010.8.26.0624, 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, Des. Rel. Jacob Valente, j. 05/11/2013. (o grifo não consta do original)

"Prestação de serviços. Ação de cobrança. Cerceamento de defesa não configurado. Protesto genérico de provas. Inobservância da especificação com justificação da necessidade e da pertinência dos meios de prova requeridos. Ausência de verossimilhança das alegações da apelante. Perfuração de poço artesiano que constitui obrigação de meio, e não de resultado. Excesso da cobrança não demonstrado. Sentença mantida. Recurso improvido." Apelação nº 0030219-56.2008.8.26.0344, 31ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, Des. Rel. Hamid Bdine, j. 23/07/2013. (o grifo não consta do original)

"RECURSO DA RÉ - AÇÃO MONITÓRIA - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - PERFURAÇÃO DE POÇO ARTESIANO - CONTRATO ALEATÓRIO, CUJA OBRIGAÇÃO É DE MEIO E NÃO DE RESULTADO - Serviços prestados pela autora que devem ser remunerados, a despeito de não ter sido encontrada água no poço

Acesso ao Sumário

perfurado - empregados os meios à disposição para a perfuração do poço artesiano, com a adoção de técnicas adequadas, a não localização de água não exime a contratante do pagamento do preço ajustado - direito de arrependimento manifestado intempestivamente - pretensão da autora documentada em instrumento de contrato, acompanhado de planilhas de execução dos serviços e demonstrativos de débito - prova suficiente para embasar a ação monitória, nos termos do artigo 1.102-A do C.P.C. RECURSO DA AUTORA - quantia em dinheiro exigida na inicial que dizia respeito a dois poços perfurados - alegação da ré no sentido de que se acordou nada ser cobrado em relação ao segundo poço - autora que se acautelou em obter autorização da ré para perfurar além dos 100 metros inicialmente contratados - inexistência, contudo, de aditivo contratual quanto à segunda perfuração - versão apresentada pela ré que era verossímil e mereceu prevalecer - acervo probatório insuficiente para dar suporte ao pedido da autora - recursos desprovidos." Apelação nº 0000769-92.2010.8.26.0281, 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, Des. Rel. Castro Figliolia, j. 05/12/2012. (o grifo não consta do original)

Também não é próprio aduzir que o serviço não foi concluído nos termos contratados quando também não houve o pagamento integral do avençado, sem olvidar que a perfuração de 98 (noventa e oito) metros é fato incontroverso.

Outrossim, não há nos autos prova da alegada desqualificação dos prepostos da empresa requerida, Poço Artesiano Lagoa Branca, ou de defeito no serviço prestado. Destaque-se que o autor dispensou a produção de prova, requerendo o julgamento antecipado da lide (fls. 61/62).

Além disso, também não consta dos autos que o autor tenha manifestado seu inconformismo (com o serviço prestado) diretamente à empresa demandada. Na verdade, optou-se pelo ajuizamento da presente ação declaratória, após o protesto do título de crédito por falta de pagamento.

Nesse contexto, de rigor concluir que não houve conduta ilícita da empresa demandada, razão da improcedência do pleito indenizatório.

Ante o exposto, nos exatos termos acima lançados, nega-se provimento ao recurso, mantendo-se, na íntegra, a r. sentença recorrida.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 4001308-67.2013.8.26.0286, da Comarca de Itu, em que é apelante (...) (JUSTIÇA

GRATUITA), é apelado (...).

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 do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14468)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SALLES VIEIRA (Presidente sem voto), CLÁUDIA GRIECO TABOSA PESSOA e JOÃO BATISTA VILHENA.

São Paulo, 11 de maio de 2015.

ERSON DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. Alegação de que o Banco réu violou o sigilo bancário da autora. Inexistência de elementos mínimos que permitam a aferição dos fatos narrados. Pedido de inversão do ônus da prova não acolhido. Sentença de improcedência mantida pelos próprios fundamentos. Art. 252 do Regimento Interno do E. Tribunal. Recurso improvido.

VOTO

Trata-se de ação de indenização por danos morais, na qual a autora aduziu que vivia maritalmente com o (...) na cidade de Sorriso-MT. Disse que após o término da relação (...) a agrediu violentamente, fato que foi registrado em Boletim de Ocorrência como tentativa de homicídio. Afirmou que saiu da cidade de Sorriso-MT e foi para cidade de Itu-SP para que não fosse localizada por seu ex-companheiro. Disse que possuía conta em agência do Banco réu na cidade de Sorriso-MT e abriu outra conta na cidade de Itu-SP. Afirmou que solicitou que o Banco réu não fornecesse seus dados pessoais para ninguém, mas um funcionário do Banco informou seu paradeiro para seu ex-companheiro. Aduziu que seu ex-companheiro passou a fazer inúmeras ameaças, o que acarretou a lavratura de Boletim de Ocorrência na Delegacia da Mulher de Itu. Sustentou que sofreu danos morais indenizáveis em razão da quebra do sigilo bancário. Assim, pleiteou a condenação do Banco réu ao pagamento de indenização por danos morais.

A r. sentença de fls. 88/90, julgou a ação improcedente, consignando que a autora não logrou êxito em comprovar que o Banco réu efetuou contato com seu ex-companheiro, fornecendo-lhe informações de cadastro, conforme alegado na inicial. Disse que não há prova mínima ou indícios de que a instituição financeira tenha incorrido no ilícito de cuja prática é acusada.

Acesso ao Sumário

Inconformada, a autora apelou alegando que cabia ao Banco réu comprovar que quando da abertura da conta na cidade de Itu não forneceu os dados e que no seu cadastro existia a ressalva de que não deveria fornecer seu atual telefone para ninguém. Aduz que o Banco réu detém essas informações, devendo ser decretada a inversão do ônus da prova.

O recurso foi regularmente processado, com reposta e isento de preparo.

É o relatório.

O recurso não merece provimento.

A sentença deve ser mantida por seus próprios fundamentos, pelo que se dispensam outras digressões a respeito da tese debatida. Mesmo porque, o juízo prolator analisou detalhadamente os elementos fáticos e jurídicos trazidos pelas partes, solucionando adequadamente o litígio.

Com efeito, cuida-se de ação de indenização por dano moral, na qual a autora sustenta que sofreu danos morais em razão da conduta indevida do Banco réu que violou seu sigilo bancário, informando seus dados cadastrais para seu ex-companheiro (...).

Todavia, cabia à autora comprovar os fatos constitutivos de seu direito, nos termos do art. 333, I, CPC, o que não ocorreu, uma vez que não há nem sequer indício de prova de que o Banco réu entrou em contato com (...) e passou informações cadastrais da autora.

Cumpre observar ainda que a inversão do ônus da prova, na forma do art. 6º, inciso VIII, do CDC, não ocorre de forma automática pela condição de hipossuficiência da parte, tendo como pressuposto a verossimilhança da alegação. Sobre o tema, o E. STJ julgou:

> *"AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO BANCÁRIO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INCIDÊNCIA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES. HIPOSSUFICIÊNCIA. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ.*
>
> *1. 'O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras' (Súmula 297/STJ).*
>
> *2.* ***'Em se tratando de produção de provas, a inversão, em caso de relação de consumo, não é automática, cabendo ao magistrado a apreciação dos aspectos de verossimilhança da alegação do consumidor ou de sua hipossuficiência, conforme estabelece o art. 6, VIII, do referido diploma legal. Configurados tais requisitos, rever tal apreciação é inviável em face da Súmula 07'" (AgRg no Ag 1263401/RS, Rel. Min. VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 15/04/2010, DJe 23/04/2010).***

Acesso ao Sumário

3. Agravo regimental desprovido". (AgRg no REsp 728.303/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/10/2010, DJe 28/10/2010). (grifo nosso).

Assim, uma vez que não há nos autos elementos mínimos que permitam a aferição dos fatos narrados, não há como acolher o pedido da autora de inversão do ônus da prova.

Até mesmo porque o entendimento contrário poderia impor à parte ré o ônus de fazer a prova negativa de que não forneceu informações para (...).

Dessa forma, não há como acolher o pleito indenizatório da autora, pois não verificados os requisitos para configuração da responsabilidade civil.

Quanto à possibilidade de aplicação do art. 252 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em vigor desde 04 de novembro de 2009, à evidência que não há controvérsia. Esse artigo dispõe: "Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la".

Também nesse sentido a jurisprudência do C. STJ:

"PROCESSUAL CIVIL. ACÓRDÃO PROFERIDO EM EMBARGOS DECLARATÓRIOS. RATIFICAÇÃO DA SENTENÇA. VIABILIDADE. OMISSÃO INEXISTENTE. ART. 535, II, DO CPC. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO.

1. Revela-se improcedente suposta ofensa ao art. 535 do CPC quando o Tribunal de origem, ainda que não aprecie todos os argumentos expendidos pela parte recorrente, atém-se aos contornos da lide e fundamenta sua decisão em base jurídica adequada e suficiente ao desate da questão controvertida.

2. É predominante a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em reconhecer a viabilidade de o órgão julgador adotar ou ratificar o juízo de valor firmado na sentença, inclusive transcrevendo-o no acórdão, sem que tal medida encerre omissão ou ausência de fundamentação no decisum.

3. Recurso especial não provido. (grifei). (Recurso Especial nº 662.272-RS, STJ, Segunda Turma, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJ 04.09.2007).

Assim sendo, considerando que a fundamentação da sentença coaduna-se com as normas jurídicas aplicáveis à espécie e acompanha a orientação jurisprudencial dos Tribunais Superiores, fica ela mantida por seus próprios fundamentos.

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 4008368-33.2013.8.26.0564, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é apelante CLEONILDO JOSÉ DA SILVA, são apelados PAKATOUR AGÊNCIA DE VIAGENS E TURISMO LTDA., CVC BRASIL OPERADORA E AGÊNCIA DE VIAGENS S/A e VRG LINHAS AÉREAS S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U." de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 17741)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CAUDURO PADIN (Presidente sem voto), HERALDO DE OLIVEIRA e NELSON JORGE JÚNIOR.

São Paulo, 4 de maio de 2015.

ANA DE LOURDES COUTINHO SILVA DA FONSECA, Relatora

Ementa: DANO MORAL - Pretensão de reforma da sentença que julgou improcedente pedido de indenização por dano moral - Descabimento - Falha na prestação dos serviços oferecidos pelas corrés que representa mero dissabor, de consequências somente patrimoniais - Ausência de elementos de convicção aptos a demonstrar a alegada violação à dignidade da pessoa humana, da honra ou da imagem do autor, nos termos preceituados pelo artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal - Descabimento da pretendida indenização, pois não se vislumbra a ocorrência do alegado dano moral - RECURSO DESPROVIDO.

ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA - Pretensão de reforma da sentença que reconheceu a sucumbência recíproca entre as partes - Descabimento - Hipótese em que houve sucumbência recíproca, pois o autor não conseguiu tudo aquilo que buscava com seu pedido inicial, notadamente o reconhecimento do dano moral e a consequente indenização; de modo que cada parte deverá arcar com as despesas processuais a que

Acesso ao Sumário

tiver dado causa, bem como com o pagamento dos honorários advocatícios de seu respectivo patrono - RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Irresignado com o teor da respeitável sentença proferida às fls. 219-220, que julgou parcialmente procedente demanda com pedidos de indenização por danos materiais e moral, apela o autor, Cleonildo José da Silva (fls. 223-228).

Sustenta, em apertada síntese, que a falha na prestação dos serviços oferecidos pelas corrés atingiu a sua dignidade, pois *"não contava que iria desembolsar valores no momento em que era para estar dentro do avião"* e *"foi constrangido perante várias pessoas desconhecidas, funcionários das empresas aéreas"* (fls. 225).

Alega ter sido *"atingido em sua honra, intimidade e dignidade, sentindo-se ainda menosprezado no convívio social em que se integra"*, *"a partir da ofensa provocada pelo ato ilícito cometido pelas apeladas, consistente no adiantamento indevido do vôo de retorno do Apelante para São Paulo, fazendo com que passasse por diversos transtornos"* (fls. 225).

Pleiteia a fixação dos honorários advocatícios em 20% sobre o valor da condenação, nos termos dispostos pelo artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil (fls. 228).

Recurso bem processado.

Contrarrazões às fls. 242-247 e 249-253.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

De fato, inequívoco o defeito na prestação dos serviços oferecidos ao autor, que não foi informado sobre o adiantamento do horário de partida do transporte aéreo contratado e, em decorrência de tal conduta, precisou desembolsar valor adicional para que fosse alocado em outro voo de horário próximo ao perdido.

Desse modo, correta a decisão do i. juiz sentenciante ao condenar as corrés à restituição do montante desembolsado pelo autor com o objetivo de ser realocado em voo posterior (fls. 220).

No entanto, não se vislumbra a configuração do reclamado dano moral.

A despeito da atuação equivocada das corrés, ao prestarem um serviço comprovadamente defeituoso e gerador de danos materiais ao autor, referida conduta representa mero dissabor, de consequências tão somente *patrimoniais*.

Com efeito, não há que se falar em dano a uma das facetas dos direitos de personalidade do recorrente, pois não se verifica, na hipótese aventada, conduta pública vexatória, humilhante ou mesmo depreciativa à sua honra e à

sua dignidade humana.

Tendo o autor inicialmente contratado transporte que partiria às 13h38min da cidade de Maceió - AL (fls. 46), conseguiu ser realocado em voo que partiu às 14h05min do mesmo aeroporto (fls. 47), implicando atraso inferior a trinta minutos.

E também não relatou o recorrente transtorno ou prejuízo além daqueles materiais já abarcados pela indenização arbitrada em primeiro grau de jurisdição.

Como bem observou o d. magistrado singular, *"O autor conseguiu novo vôo para 14h05min do mesmo dia, muito pouco tempo depois para se alegar que teve a honra subjetiva agredida ou aviltada. Se muito, experimentou surpresa, aborrecimento e desgosto, mas absolutamente passageiros"* (fls. 220).

Portanto, não há nos autos do processo elementos de convicção aptos a demonstrar uma violação à dignidade da pessoa humana, da honra ou da imagem do apelante, nos termos preceituados pelo artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal.

A respeito, vale transcrever parte do voto de relatoria do **Desembargador Heraldo de Oliveira Silva**, ex-integrante desta 13ª Câmara de Direito Privado:

> *"...apesar do legítimo transtorno ocorrido, deve ser observado que não ocorreu um dano eminente, mas sim mero aborrecimento e desgosto que, infelizmente, atualmente, faz parte do cotidiano das grandes metrópoles e passível de ocorrer com qualquer pessoa.*
>
> *As pessoas física ou jurídica, em razão da vida moderna e das inúmeras atividades realizadas em sociedade, estão sujeitas a toda sorte de acontecimentos, que, todavia, são causadores de transtornos e aborrecimentos, mas não geram quaisquer direitos a indenização, e não configuram dano moral" (TJSP, Apelação nº 7.165.690-1).*

Tem-se, assim, que o episódio vivenciado pelo apelante consubstancia mero aborrecimento decorrente da vida em sociedade, mas não configura dano moral passível de indenização.

Por fim, também correta a fixação da sucumbência recíproca, uma vez que o autor, de fato, não conseguiu tudo aquilo que buscava com os seus pedidos iniciais, notadamente quanto ao reconhecimento do dano moral e à pretendida indenização.

Assim, cada parte deverá arcar com as despesas processuais a que tiver dado causa, bem como com os honorários advocatícios de seu respectivo patrono.

Diante de todo o exposto, **nega-se provimento ao recurso**.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0017957-91.2012.8.26.0099, da Comarca de Bragança Paulista, em que é apelante/apelado BANCO BRADESCO S/A, é apelado/apelante ANELICE DE ALMEIDA MORAES.

ACORDAM, em 22ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PROVIMENTO AO RECURSO DA EMBARGANTE E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DO EMBARGADO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35029)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO RUI (Presidente sem voto), FERNANDES LOBO e ROBERTO MAC CRACKEN.

São Paulo, 12 de fevereiro de 2015.

MATHEUS FONTES, Relator

Ementa: EMBARGOS DE TERCEIRO - MEAÇÃO DA MULHER - DÍVIDA CONTRAÍDA PELO MARIDO COMO AVALISTA DA EMPRESA DE QUE É SÓCIO - PRESUNÇÃO DE BENEFÍCIO DA FAMÍLIA NÃO ELIDIDA PELA EMBARGANTE - PENHORA, TODAVIA, INCIDENTE SOBRE O ÚNICO BEM IMÓVEL DO CASAL, DESTINADO A SERVIR DE RESIDÊNCIA DA FAMÍLIA APÓS TERMINADA SUA CONSTRUÇÃO - IMPENHORABILIDADE RECONHECIDA - LEI Nº 8.009/90 - AÇÃO PROCEDENTE - PROVIMENTO DA APELAÇÃO DA TERCEIRA EMBARGANTE - IMPROVIMENTO DA APELAÇÃO DO EMBARGADO.

Acesso ao Sumário

VOTO

A sentença acolheu em parte embargos de terceiro para excluir da penhora a meação do imóvel, dispondo sobre a sucumbência recíproca.

Apelaram as partes: a embargante, para afastar a penhora sobre bem de família, destinado a ser residência, nos termos do art. 1º da Lei nº 8.009/90; o embargado, para que a penhora se estenda à meação do cônjuge, que anuíra a negócio celebrado em benefício do casal.

Recursos tempestivos, respondidos, com anotação de justiça gratuita e preparo.

É o Relatório.

Na cédula de crédito bancário para empréstimo de capital de giro a "Moraes e Felipe Comércio de Veículos Ltda.", avalizada pelos sócios, dentre os quais Marco Antonio de Souza Moraes, marido da embargante, com quem casada no regime de comunhão parcial de bens, a mulher compareceu para dar validade ao aval (Código Civil, art. 1.647, III), sem assumir condição de devedora (fls. 13, 35/40).

Salvo no caso de aval prestado de favor, compete ao cônjuge do executado, para excluir da penhora a meação, provar que a dívida não foi contraída em benefício da família (AgRg no AREsp 427.980/PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Dje 25.02.2014; AgRg no Ag 1322189/SP, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Dje 24.11.2011; AgRg no Ag 1239052/SE, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ 06.09.2010; AgRg no Ag 702569/RS, Rel. Min. Vasco Della Giustina Des. Convocado TJ/RS -,DJ 09.09.2009; AgRg no Ag 1082106/MG, Rel. Min. Massami Uyeda, Dje 17.06.2009; REsp 3.263/RS, REsp 16.950-0/MG, REsp 282.753/SP, DJ 18.12.00, e RESP 346.995/RS, DJ 12.08.02, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo; REsp 26.817-9/PR, Rel. Min. Cláudio Santos, 3ª T.; REsp 38.800/RJ, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ 16.05.94; REsp 168.123/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 21.09.98; REsp 787.867/PE, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 19.12.05; AgRg no AgRg no Ag 594.642/MG, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 08.05.06; RTJ 73/772, 79/659, 119/932; JTACivSP 55/139, 56/143, 59/94, 61/47, 64/52, 80/350, 84/146, 103/18, 129/123), ônus do qual a embargante não se desincumbiu.

Nada obstante, os embargos de terceiro devem ser julgados procedentes em razão da impenhorabilidade do bem.

O imóvel não foi dado em garantia da dívida, e sobre ele incidiu a penhora (fls. 12), porém, muito antes dela, da assinatura da cédula e, pois, do ajuizamento da execução, o varão obtivera da prefeitura do município de Bragança Paulista alvará de construção de uma residência, com projeto completo e memorial descritivo, conforme planta aprovada, tendo iniciado construção sobre o lote, em curso e que, depois de terminada, irá servir de residência da família (fls. 50/53), que não dispõe de outro imóvel e mora de favor com os pais da embargante (fls. 10, 21), afirmação essa incontroversa (CPC, art. 334, III).

Ora, o único imóvel residencial, ainda que em construção, está protegido pela Lei 8.009/90, na medida em que o devedor e sua família pretendem nele ir residir em caráter permanente, após conclusão das obras (REsp 96.046/SP, Rel. Min. Peçanha Martins, DJ 28.06.1999; REsp 1087727/GO, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Dje 16.11.2009; REsp 507048/MG e REsp 1417629/SP,

Acesso ao Sumário

DJ 30.6.2003 e Dje 19.12.2013 respectivamente, Rel. de ambos a Min. Nancy Andrighi).

Assim, impenhorável o bem, a penhora deverá ser levantada, sendo procedentes os embargos. Custas, despesas e verba honorária de 10% do valor da causa, atualizado conforme Súmula 14 do STJ, a cargo do embargado.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso da embargante e nego provimento ao recurso do embargado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1005931-66.2014.8.26.0554, da Comarca de Santo André, em que é apelante ROSELI COSTA DOS SANTOS, é apelada TAM - LINHAS AÉREAS 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: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26173)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores. AFONSO BRÁZ (Presidente) e IRINEU FAVA

São Paulo, 12 de maio de 2015.

SOUZA LOPES, Relator

Ementa: Indenização - Dano moral - Nulidade da sentença - Ausência - Transporte aéreo - Atraso que levou à perda de compromisso - Aplicação do Código de Defesa do Consumidor - Responsabilidade objetiva da ré - Dever de indenizar configurado - Recurso provido.

VOTO

Cuida-se de apelação contra a r. sentença de fls. 105/107, que julgou improcedente a ação indenizatória que ROSELI COSTA DOS SANTOS dirigiu contra TAM LINHAS AÉREAS S/A.

A autora diz que a sentença é nula, pois, deixou de apreciar o pedido de inversão do ônus da prova. Além disso, ressalta que se trata de relação de consumo e que, em razão do atraso no voo, deixou de participar dos treinos para o campeonato, comprometendo seu desempenho, pois, não teve oportunidade de preparar o equipamento. Por fim, argumenta que o vencedor seria premiado

com uma bolsa atleta internacional. Busca a reforma do *decisum*.

Contrariado o recurso, subiram os autos.

Esse é o relatório.

De início, afasta-se a alegação de nulidade da sentença, uma vez que atende a todos os pressupostos do artigo 458, do Código de Processo Civil.

Ademais, como já decidiu o C. Superior Tribunal de Justiça: *"o órgão judicial, para expressar a sua convicção, não precisa aduzir comentários sobre todos os argumentos levantados pelas partes. Sua fundamentação pode ser sucinta, pronunciando-se acerca do motivo que, por si só, achou suficiente para composição do litígio."* (STJ - 1ª Turma - Ag nº 169.073-SP, AgRg - Rel. Min. José Delgado. No mesmo sentido, RSTJ 148/356, RT 797/332, RJTJESP 115/207).

Trata-se de típica relação de consumo e a responsabilidade da companhia aérea é objetiva, decorrente de contrato, com obrigação de resultado, ou seja, transportar o passageiro incólume na forma e no tempo convencionado.

No caso, respeitado o entendimento do d. Magistrado *a quo*, os danos morais foram claramente demonstrados.

É fato incontroverso que a autora adquiriu passagem aérea com destino a Buenos Aires, para participação no "II Campeonato Ibero Americano de Bowling", com embarque previsto para as 7:15 horas, do dia 24 de abril de 2013, o que somente ocorreu as 11:10 horas.

Ocorre que, em razão do atraso no voo, a autora perdeu o horário para os treinos (14:00 horas e 16:00) do campeonato, fato que com certeza extrapola o mero aborrecimento, sendo evidente o abalo moral.

Dessa forma, considerando-se as peculiaridades do caso, em especial, a intensidade do dano sofrido e a condição social da vítima e ofensor, tem-se que o arbitramento em R$ 10.000,00 atende aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, reprime a conduta lesiva e, ao mesmo tempo, evita se configure num prêmio para a apelante.

Pelo exposto, dá-se provimento ao recurso, para se julgar procedente a ação e condenar a ré a pagar à autora R$ 10.000,00, por danos morais, atualizados a partir da publicação deste Acórdão, além de juros de mora a contar da citação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1011050-36.2014.8.26.0577, da Comarca de São José dos Campos, em que é apelante GIOVANNI ANTONINO CARRUBBA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado

Acesso ao Sumário

ITAÚ UNIBANCO S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40967t.)**

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

São Paulo, 13 de maio de 2015.

MELO COLOMBI, Relator

Ementa: DANO MORAL. GREVE DOS BANCÁRIOS. IMPOSSIBILIDADE DE EFETUAR SAQUES. IMPOSSIBILIDADE DE PAGAMENTO DE CONTAS E COMPRA DE REMÉDIOS. PROVA.

1. A autora aduziu que, em razão de greve dos bancários, ficou impossibilitada de efetuar pagamento de contas e de comprar medicamentos necessários para controle de sua doença, o mal de Parkinson.

2. Cumpria à autora demonstrar fatos constitutivos de seu direito. Sequer juntou uma conta não paga no período. Aliás, não demonstrou nem mesmo ser correntista da casa bancária ré.

3. Greve que se configura como caso fortuito, que afeta a relação de causalidade e se caracteriza como excludente de responsabilidade.

4. Dever de reparar não configurado.

5. Recurso não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

A r. sentença de fls. 42/45, cujo relatório ora se adota, julgou improcedente ação de indenização ajuizada por Giovanni Antonino Carrubba contra Itaú Unibanco S/A, concluindo inocorrente o dano moral.

Inconformado, apela o vencido, sustentando ter sofrido danos morais ao ser humilhado no tratamento junto ao banco, quando tentou retirar parcos valores de aposentadoria. Pugna, enfim, pela reforma da sentença para procedência do feito.

Recurso bem processado e respondido.

É o relatório.

O autor narrou que recebe aposentadoria do exterior (Itália) diretamente no caixa, por não manter cartão magnético. Idoso (84 anos), dirigiu-se a agência do banco em 4.10.2013, por volta das dez horas, para retirar seus proventos. Lá chegando, deparou-se com aviso de greve. Pelo vão da porta de vidro, conseguiu falar com a gerente Alessandra, que lhe informou não ser possível o atendimento, em razão de presença do sindicato na porta da agência. Tentou, então, conversar com o rapaz que representaria o sindicato na ocasião, mas este foi irredutível.

Mesmo tendo chamado a polícia, não logrou ser atendido.

A humilhação descrita nos autos, portanto, cingir-se-ia à recusa de atendimento do idoso, em dia muito quente, em razão da greve.

Em que pesem as circunstâncias a que foi exposto o idoso, o dever de reparar não restou configurado.

Não houve, em verdade, recusa de atendimento, mas impossibilidade, em razão de greve.

Assim, no caso, restou configurada uma excludente de responsabilidade: o caso fortuito.

O ilustre mestre e desembargador aposentado CARLOS ROBERTO GONÇALVES exemplifica situações de caso fortuito e de força maior: *"O caso fortuito geralmente decorre de fato ou ato alheio à vontade das partes: greve, motim, guerra. Força maior é a derivada de acontecimentos naturais: raio, inundação, terremotos"*[1]. A força maior e o caso fortuito *"constituem excludentes de responsabilidade, porque afetam a relação de causalidade, rompendo-a, entre o ato do agente e o dano sofrido pela vítima*[2]."

Ainda que se considere a responsabilidade objetiva do fornecedor, não se adotou a teoria da responsabilidade objetiva pura no Código de Defesa do Consumidor. Isso significa que a responsabilidade do fornecedor não fica configurada nos casos em que houver caracterização de excludentes como a força maior e o caso fortuito. Também se afasta a responsabilidade do fornecedor quanto houver culpa exclusiva da vítima ou de terceiro (art. 14, § 3º, II, CDC).

Destarte, apesar dos fatos narrados na inicial, inviável responsabilização do réu e, portanto, não configurado o dever de reparar.

Posto isso, nega-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0033641-

1 "in" Direito Civil Brasileiro, vol. 4, Responsabilidade Civil, 9ª ed. Saraiva, 2004, p.483.

2 idem

45.2011.8.26.0405, da Comarca de Osasco, em que é apelante CLÁUDIA PEREIRA CAVALCANTE (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado COMPANHIA PAULISTA DE TRENS METROPOLITANOS CPTM.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 11720)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CASTRO FIGLIOLIA (Presidente), COELHO MENDES e JOSÉ WAGNER DE OLIVEIRA MELATTO PEIXOTO.

São Paulo, 13 de maio de 2015.

CASTRO FIGLIOLIA, Relator

Ementa: AÇÃO ORDINÁRIA DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL JULGADA IMPROCEDENTE - APELANTE USUÁRIA QUE CAIU EM ESCADA DE ESTAÇÃO DA APELADA E SOFREU LESÃO FÍSICA (FRATURA DE TORNOZELO) - FALTA DE PROVAS DE QUE A ESCADA ESTAVA EM MAL ESTADO DE CONSERVAÇÃO - INFORTÚNIO CREDITADO EXCLUSIVAMENTE À PERDA DE EQUILÍBRIO DA APELANTE - DANO MORAL NÃO OCORRIDO NA ESPÉCIE - Sentença mantida por seus próprios fundamentos, nos termos do art. 252 do RITJSP - Recurso desprovido.

VOTO

Vistos.

Ao relatório da r. sentença de fls. 188 e segs., acrescenta-se que se trata de ação ajuizada por Cláudia Pereira Cavalcante contra Companhia Paulista de Trens Metropolitanos - CPTM, pela qual a autora buscou indenização por danos morais, como decorrência de acidente havido em estação da ré. Por conta da má conservação da escada da estação, tropeçou e caiu, sofrendo fratura de tornozelo, daí fazer jus à indenização pleiteada.

A ação foi julgada improcedente e a autora, inconformada, apelou. Em seu recurso (fls. 195 e segs.), sustentou que efetivamente caiu por causa do mal estado de conservação da escada da estação da apelada. O piso emborrachado da escada - que era provisória - estava desgastado pelo uso e a borracha se soltou em vários pontos. Caiu porque tropeçou em um dos tapetes de borracha

Acesso ao Sumário

soltos, sofrendo os graves ferimentos que mencionou, pelo que sofreu danos morais e merece reparação, dado que o sinistro ocorreu pela incúria da apelada no que tange ao dever de conservação dos seus equipamentos. Alinhavou outras razões e pediu que sentença fosse reformada para o fim de lhe ser deferida a indenização buscada.

O recurso teve regular processamento e foi respondido, com pedido de manutenção da sentença (fls. 207 e segs.).

É a síntese necessária.

Não obstante as argumentações expendidas pela recorrente, a r. sentença merece ser mantida pelos seus próprios e jurídicos fundamentos, os quais passam a integrar o presente julgado, como razão de decidir pelo desprovimento do recurso, nos termos do art. 252 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça, que se transcreve abaixo:

"Art. 252. Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la".

Consoante se destacou na r. sentença, *"o pedido inicial não há como ser acolhido, pois não caracterizada a má prestação de serviços por parte da ré. Com efeito, a testemunha da autora... afirmou que: 'Eu me encontrei casualmente e como íamos juntas para a mesma igreja fomos descer a escada. Ela tropeçou em um tapete de borracha que já estava desgastado, tapete esse que ficava antes do primeiro degrau e antes mesmo de por o pé no primeiro degrau começou a cair, parando apelas lá embaixo'. Já a testemunha arrolada pela ré afirmou que não havia nenhum desgaste ou ponta levantada no tapete de borracha da plataforma ou da escada que pudesse fazer com que a usuária tropeçasse para cair, e tanto a plataforma com a escada estavam em boas condições de uso. De outro lado, conforme se verifica nas fotografias acostadas aos autos pela própria autora..., não se observam defeitos capazes de provocar acidentes graves, como o que ocorreu com a autora. Assim, conclui-se que a estrutura possuía bom estado de funcionamento e conservação, não apresentando riscos às pessoas se utilizada de maneira correta. Portanto, em que pese as lesões corporais e sequelas sofridas, não há como se impor qualquer dever de indenizar à ré, pois, ao que se depreendeu da prova dos autos, é que a autora, infelizmente, não se cercou dos cuidados próprios ao descer uma escada, que poderia ser essa ou outra qualquer e a queda ocorreria de qualquer modo".*

Com efeito, como destacado na sentença, da análise das fotografias de fls. 35/38 não se verifica qualquer defeito na escada da estação da apelada. Apesar de o piso de borracha da escada aparentar desgaste nas fotografias - o que é natural, em se tratando de piso pelo qual trafegam diariamente milhares de pessoas -, não se verifica qualquer ponta levantada, como alegado pela apelante.

Acesso ao Sumário

Há um degrau sem o piso (fls. 38), mas a fotografia foi tirada de muito perto e não se sabe sequer se é do mesmo local. De resto, mesmo no referido degrau não se vê ponta de borracha levantada que permitisse o usuário enroscar o pé e cair, como narrado pela apelante.

Consigne-se que a estação de trens metropolitanos da apelada é local de intenso movimento de passageiros - como dito, milhares de pessoas passam pelo local todos os dias - e, assim considerado, as instalações até se apresentam com bom estado de conservação. De qualquer forma, o fato é que não há qualquer prova no sentido de que a apelante tropeçou mesmo em um tapete solto de borracha - o que, em tese, poderia implicar a responsabilização da apelada pelo infortúnio. A afirmação da testemunha arrolada pela apelante (fls. 185) está em contradição com as fotos juntadas inicialmente e com o depoimento da testemunha indicada pelo apelado (fls. 186). Nesse contexto, o referido depoimento, isolado nos autos, não pode servir de base para que se reconheça a responsabilidade da empresa pelos danos suportados pela apelante.

Em verdade, a impressão que se tem é que a apelante simplesmente perdeu o equilíbrio e caiu - evento a que todos se sujeitam e que acontece amiúde. Infelizmente, no caso da apelante, com consequências graves. Corolário, o ferimento da apelante e o subsequente sofrimento que suportou decorreram exclusivamente de tal lamentável incidente, sem que possa se creditar responsabilidade à apelada por isso.

Mais não é preciso dizer para que seja a sentença de improcedência da ação mantida por seus próprios fundamentos, reforçados pelos argumentos ora deduzidos.

Nestes moldes, **nega-se provimento ao recurso.**

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1060518-76.2013.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MONICA CUBAS DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BV FINANCEIRA S/A CRÉDITO FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13621)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CASTRO FIGLIOLIA (Presidente sem voto), DENISE ANDRÉA MARTINS RETAMERO

e VICENTINI BARROSO.

São Paulo, 19 de maio de 2015.

COELHO MENDES, Relator

Ementa: AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE VALORES DE TAXAS E TARIFAS BANCÁRIAS. ALEGADA ABUSIVIDADE E ILICITUDE DAS CLÁUSULAS PACTUADAS. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. INCONFORMISMO DA AUTORA. ANALISE DA LEGALIDADE DEVE OBSERVAR A DECISÃO PROFERIDA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, EM SEDE DE RECURSOS REPETITIVOS. TARIFA DE CADASTRO E AVALIAÇÃO DE BEM. POSSIBILIDADE. CONTRATO FIRMADO NA VIGÊNCIA DA RESOLUÇÃO DO CMN 3.518/07 E 3.919/10. TARIFAS DE REGISTRO DE CONTRATO. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO EM RESOLUÇÃO DO CMN. SERVIÇO DE TERCEIROS. CLÁUSULA GENÉRICA. ABUSIVIDADE CONFIGURADA. DEVOLUÇÃO EM DOBRO. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ. DETERMINADA A DEVOLUÇÃO SIMPLES DO MONTANTE CORRESPONDENTE ÀS TAXAS DE REGISTRO DE CONTRATO E SERVIÇO DE TERCEIRO ACRESCIDOS DE JUROS MORATÓRIOS. SUCUMBÊNCIA PARTILHADA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de ação de restituição de taxas e tarifas de contrato de financiamento bancário, cumulada com restituição em dobro, proposta por Monica Cubas da Silva contra BV Financeira S/A., Crédito Financiamento e Investimento, sob alegação da não contratação das tarifas de cadastro, serviços de terceiros, avaliação de bens e registro de contrato.

A sentença de fls. 191/197, cujo relatório é adotado, julgou improcedente o pedido inicial, impondo à vencida a responsabilidade pelas custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios, com observância da isenção prevista na Lei de Assistência Judiciária Gratuita.

Acesso ao Sumário

Apela a autora buscando modificar o resultado do julgamento.

Em síntese, insiste na cobrança ilegal das taxas e tarifas impostas no contrato de empréstimo bancário para aquisição de veículo, fato que autoriza sua restituição em dobro.

Isento do preparo, o recurso foi admitido, sendo apresentadas contrarrazões (fls. 196/201).

É o relatório.

A controvérsia válida devolvida pelo recurso busca afastar a ilegalidade de tarifas bancárias especificadas em contrato de crédito bancário. (fls. 27/29).

O recurso prospera em parte.

No que tange a ilegalidade na cobrança das tarifas, cumpre observar recente julgamento relativo ao recurso especial nº 1251331/RS, processado nos termos do artigo 543-C do Código de Processo Civil, no qual o Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento relativo à cobrança de tarifas de abertura de crédito, emissão de boleto e cadastro.

Saliente-se:

"CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE FINANCIAMENTO COM GARANTIA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. DIVERGÊNCIA. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. JUROS COMPOSTOS. MEDIDA PROVISÓRIA 2.170-36/2001. RECURSOS REPETITIVOS. CPC, ART. 543-C. TARIFAS ADMINISTRATIVAS PARA ABERTURA DE CRÉDITO (TAC), E EMISSÃO DE CARNÊ (TEC). EXPRESSA PREVISÃO CONTRATUAL. COBRANÇA. LEGITIMIDADE. PRECEDENTES. MÚTUO ACESSÓRIO PARA PAGAMENTO PARCELADO DO IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES FINANCEIRAS (IOF). POSSIBILIDADE.

1. 'A capitalização dos juros em periodicidade inferior à anual deve vir pactuada de forma expressa e clara. A previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada' (2ª Seção, REsp 973.827/RS, julgado na forma do art. 543-C do CPC, acórdão de minha relatoria, DJe de 24.9.2012).

2. Nos termos dos arts. 4º e 9º da Lei 4.595/1964, recebida pela Constituição como lei complementar, compete ao Conselho Monetário Nacional dispor sobre taxa de juros e sobre a remuneração dos serviços bancários, e ao Banco Central do Brasil fazer cumprir as normas expedidas pelo CMN.

3. Ao tempo da Resolução CMN 2.303/1996, a orientação estatal quanto à cobrança de tarifas pelas instituições financeiras era essencialmente não intervencionista, vale dizer, 'a regulamentação facultava às

Acesso ao Sumário

instituições financeiras a cobrança pela prestação de quaisquer tipos de serviços, com exceção daqueles que a norma definia como básicos, desde que fossem efetivamente contratados e prestados ao cliente, assim como respeitassem os procedimentos voltados a assegurar a transparência da política de preços adotada pela instituição.'

4. Com o início da vigência da Resolução CMN 3.518/2007, em 30.4.2008, a cobrança por serviços bancários prioritários para pessoas físicas ficou limitada às hipóteses taxativamente previstas em norma padronizadora expedida pelo Banco Central do Brasil.

5. A Tarifa de Abertura de Crédito (TAC) e a Tarifa de Emissão de Carnê (TEC) não foram previstas na Tabela anexa à Circular BACEN 3.371/2007 e atos normativos que a sucederam, de forma que não mais é válida sua pactuação em contratos posteriores a 30.4.2008.

6. A cobrança de tais tarifas (TAC e TEC) é permitida, portanto, se baseada em contratos celebrados até 30.4.2008, ressalvado abuso devidamente comprovado caso a caso, por meio da invocação de parâmetros objetivos de mercado e circunstâncias do caso concreto, não bastando a mera remissão a conceitos jurídicos abstratos ou à convicção subjetiva do magistrado.

7. Permanece legítima a estipulação da Tarifa de Cadastro, a qual remunera o serviço de 'realização de pesquisa em serviços de proteção ao crédito, base de dados e informações cadastrais, e tratamento de dados e informações necessários ao início de relacionamento decorrente da abertura de conta de depósito à vista ou de poupança ou contratação de operação de crédito ou de arrendamento mercantil, não podendo ser cobrada cumulativamente' (Tabela anexa à vigente Resolução CMN 3.919/2010, com a redação dada pela Resolução 4.021/2011).

8. É lícito aos contratantes convencionar o pagamento do Imposto sobre Operações Financeiras e de Crédito (IOF) por meio financiamento acessório ao mútuo principal, sujeitando-o aos mesmos encargos contratuais.

9. Teses para os efeitos do art. 543-C do CPC: - 1ª Tese: Nos contratos bancários celebrados até 30.4.2008 (fim da vigência da Resolução CMN 2.303/96) era válida a pactuação das tarifas de abertura de crédito (TAC) e de emissão de carnê (TEC), ou outra denominação para o mesmo fato gerador, ressalvado o exame de abusividade em cada caso concreto. - 2ª Tese: Com a vigência da Resolução CMN 3.518/2007, em 30.4.2008, a cobrança por serviços bancários prioritários para pessoas físicas ficou limitada às hipóteses taxativamente previstas em norma padronizadora expedida pela autoridade monetária. Desde então, não mais tem respaldo

Acesso ao Sumário

legal a contratação da Tarifa de Emissão de Carnê (TEC) e da Tarifa de Abertura de Crédito (TAC), ou outra denominação para o mesmo fato gerador. Permanece válida a Tarifa de Cadastro expressamente tipificada em ato normativo padronizador da autoridade monetária, a qual somente pode ser cobrada no início do relacionamento entre o consumidor e a instituição financeira. - 3ª Tese: Podem as partes convencionar o pagamento do Imposto sobre Operações Financeiras e de Crédito (IOF) por meio de financiamento acessório ao mútuo principal, sujeitando-o aos mesmos encargos contratuais. 10. Recurso especial parcialmente provido." (REsp 1251331/RS Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti, DJe 24/10/2013)

Deste modo, apesar das consequências deste recurso repetitivo atingirem somente as questões especificamente nele tratadas, a Ministra Relatora deixou consignado que a fundamentação utilizada deveria direcionar o exame de questionamentos sobre a generalidade das tarifas bancárias. Portanto, a verificação das respectivas legalidade e validade deve observar as disposições do Conselho Monetário Nacional, na época da contratação.

Sendo assim, no tocante à tarifa de cadastro e avaliação de bens, não há que se falar em devolução, posto que expressamente previstas pelas Resoluções do BACEN nºs 3.518/07 e 3.919/10.

Ademais, há pactuação expressa no contrato firmado entre as partes, no valor ajustado de R$ 513,00 (quinhentos e treze reais) referente a tarifa de cadastro, o que se deu no início do relacionamento consumidor e instituição bancária, o que autoriza sua cobrança.

Outrossim, inexiste justificativa à devolução da tarifa de avaliação de bens, pois, além de regulamentada e prevista no instrumento firmado entre as partes, não se verifica qualquer evidência de abuso quanto a esta cobrança. É pacífico o entendimento de que: *"O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras"* (Súmula 297 do STJ).

Todavia, isso, por si só, não muda a sorte do caso, pois tal diploma não se destina a distribuir benesses, mas a proteger direitos daqueles que os tem.

Acesso ao Sumário

O fato do contrato firmando entre as partes ter sido de adesão não tem maior significado, posto que a lei e o Código de Defesa do Consumidor admitem tal forma de contratação, pois, aos olhos da lei, a adesão tem o mesmo valor do consentimento, não se medindo a força das vontades, donde irrelevante que uma das partes seja mais fraca do que a outra.

É nesse sentido a lição de ORLANDO GOMES:

"Considerações a respeito da posição das duas partes no chamado contrato de adesão, conduzem-no, mais adiante, à conclusão de que não é a desigualdade dos contratantes, só por si, que torna o contrato

suspeito, mas o abuso possível emergindo desta desigualdade". (Contrato de Adesão. São Paulo: Ed. Rev. dos Tribunais, 1972, p. 44).

Já as tarifas de registro de contrato (R$ 91,42) e serviços de terceiros (R$ 1.470,38) devem ser devolvidas, vez que não prevista nas resoluções do CMN, não havendo, ademais, qualquer elemento nos autos que viabilizem verificar a efetiva prestação destes serviços.

Ademais, resta claro que a instituição bancária impôs à autora a contratação de tais tarifas, pois evidente que referidas cobranças nada mais são do que o repasse ao consumidor de serviços administrativos inerentes à própria atividade financeira e que, por isso, são abusivas, porquanto claramente ofendem o disposto nos artigos 46, parte final, e 51, inciso IV, ambos do Código de Defesa do Consumidor.

Com isso, devem ser devolvidas. Contudo, não há que se falar em restituição em dobro.

Isto porque, não se verifica a má-fé, condição necessária para incidência do parágrafo único do artigo 42 do Código de Defesa do Consumidor, pois se trata de cobrança de tarifas, que embora afastadas judicialmente, estavam previstas no contrato.

Desse modo, o presente recurso é acolhido para determinar a devolução dos montantes referentes à tarifa de serviços de terceiros, no valor de R$ 1.470,38 (mil quatrocentos e setenta reais e trinta e oito centavos), e à tarifa de registro de contrato, no valor de R$ 91,42 (noventa e um reais e quarenta e dois centavos), corrigidos desde os respectivos desembolsos e acrescidos de juros moratórios a partir da citação.

Diante do resultado deste julgamento, partilho entre os litigantes o ônus sucumbencial, cabendo a cada qual a metade das custas e despesas processuais, arcando com os honorários sucumbenciais de seus patronos.

Finalmente, apenas para evitar futuros questionamentos desnecessários observo que tenho por expressamente ventilados, neste grau de jurisdição, todos os dispositivos legais e constitucionais citados em sede recursal.

Saliento ainda que a função do julgador é decidir a lide de modo fundamentado e objetivo, portanto, desnecessário o enfrentamento exaustivo de todos os argumentos elaborados pelas partes.

Diante do exposto, pelo o meu voto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso, nos termos acima.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002624-02.2011.8.26.0466, da Comarca de Pontal, em que é apelante A COPERCANA COOPERATIVA DE PLANTADORES DE CANA DO OESTE DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado PAULO BARBOSA PINTO.

ACORDAM, em 24ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 7675)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SALLES VIEIRA (Presidente) e PLINIO NOVAES DE ANDRADE JÚNIOR.

São Paulo, 7 de maio de 2015.

NELSON JORGE JÚNIOR, Relator

Ementa: ABANDONO DE CAUSA - Ausência de manifestação do autor por mais de trinta dias - Não ocorrência - Intimação pessoal da parte para promoção das diligências cabíveis - Não houve retorno do AR - Extinção do processo - Não cabimento do art. 267, inc. III, §1º, do Código de Processo Civil - Anulação de Sentença:

- Não havendo abandono da causa pelo autor, que se manifestou tempestivamente, bem como, ante a falta de devolução do aviso de recebimento da carta de intimação, não é cabível a extinção do processo à luz do que dispõe o art. 267, inc. III, §1º, do Código de Processo Civil, devendo ser anulada a sentença de Primeiro Grau.

RECURSO PROVIDO EM PARTE PARA ANULAR A SENTENÇA.

VOTO

Vistos, etc.

Trata-se de recurso de apelação interposto da respeitável sentença (fls. 49), que julgou extinto este processo, nos termos § 1º, do artigo 267, inciso III, do Código de Processo Civil, restando configurado abandono processual.

Irresignada, a autora interpôs o presente recurso, requerendo a anulação da sentença, alegando que a autora jamais fora negligente com o processo, e

Acesso ao Sumário

que teria protocolizado petição onde informava novo endereço para tentativa de citação do réu 3 (três) dias antes da confecção da carta de intimação para dar andamento processual.

Requer, por fim, que seja determinado o prosseguimento do feito, com expedição do mandado de citação do devedor e ainda, que seja devolvido o valor pago a título de preparo do presente recurso, uma vez que não deu causa à extinção do processo.

O recurso é tempestivo (cf. fls. 57/64) e bem preparado, sendo recebido no duplo efeito (fl. 65).

Não foram apresentadas, obviamente, as contrarrazões pela parte contrária diante do fato do réu não ter sido citado.

É o relatório.

I. O recurso de apelação da autora **merece parcial provimento**.

Trata-se de ação monitória, pela qual a autora alega que realizou transação comercial com o réu, e que se tornou credora da quantia de R$ 296,87 (duzentos e noventa e seis reais e oitenta e sete centavos), representada por 3 (três) cheques devolvidos por insuficiência de fundos.

Alega que, muito embora se tratem de títulos executivos extrajudiciais, referidos títulos já se encontram prescritos para ingressar com ação executiva, motivo pelo qual ajuizou a presente ação monitória.

Porém, diante do abandono processual do autor em promover a causa, o MM. Juiz *a quo* decidiu que era o caso de extinção do processo, nos termos do artigo 267, inc. III, § 1º, do Código de Processo Civil.

Contudo, da análise dos autos, verifica-se que houve equivoco do Magistrado ao sentenciar o feito, extinguindo-o por abandono processual.

Isso porque após a determinação para que o autor fosse intimado pessoalmente para dar andamento no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, sob pena de extinção, (cf. fl.42), despacho datado de 02/10/2013, a autora protocolizou petição em 07/10/2013, se manifestando a respeito e juntando, inclusive, diligencia de condução do Oficial de Justiça.

Consigne-se que a carta de intimação para dar andamento foi expedida em 10/03/2013, ou seja, três dias após o protocolo da petição que foi juntada aos autos somente em 25/10/2013.

Nota-se que muito embora a Serventia tenha certificado (cf. fl. 48), em 10/02/2014, que não houve manifestação da autora até aquele momento, o que ensejou a extinção do feito, o fato é que a autora não só não abandonou o feito, por ter se manifestado conforme acima exposto, como também o comprovante de intimação pessoal da autora (aviso de recebimento) não fora juntado aos autos, quando somente então começaria a fluir o prazo de 48 horas do autor para

Acesso ao Sumário

dar andamento ao feito, caso fosse positivo.

Ante a ocorrência dos dois equívocos acima narrados, é imperiosa a anulação da sentença para que os autos retornem ao Juízo de Primeiro grau e que tenha seu regular processamento.

Porém, quanto ao pedido de que haja devolução do valor pago a título de preparo, este, obviamente, não merece acolhida.

É cediço que o pagamento do preparo não é condicionado ao êxito ou não do recurso, mas se trata de pressuposto de admissibilidade do mesmo, nos termos do artigo 511, *caput*, do Código de Processo Civil.

Desta feita, o presente recurso somente foi recebido porque estava devidamente preparado, e sua falta implicaria na deserção, com o seu consequente não conhecimento.

Assim, é inadmissível a devolução do preparo, pois implicaria na falta de recebimento do presente recurso.

II. Ante o exposto, por meu voto, **dá-se parcial provimento** ao recurso para anular a sentença proferida pelo Juízo *a quo*, e determinar que os autos retornem à Primeira Instância para que tenha seu regular prosseguimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1004096-32.2014.8.26.0590, da Comarca de São Vicente, em que é apelante EDINALDO PINTO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO IBI S/A - BANCO MULTIPLO.

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 30.170)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GILBERTO DOS SANTOS (Presidente), WALTER FONSECA e GIL COELHO.

São Paulo, 18 de maio de 2015.

GILBERTO DOS SANTOS, Relator

CARTÃO DE CRÉDITO. Dívida inexistente. Cadastro indevido em órgão de proteção ao crédito. Contratempos e aborrecimentos com força para configurar dano moral. Compensação fixada segundo critérios de razoabilidade e proporcionalidade (R$

Acesso ao Sumário

7.240,00). Majoração injustificada até porque os fatos não acarretaram consequências mais relevantes. Recurso não provido.

A compensação por dano moral deve ser fixada em quantia razoável, nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva.

VOTO

A r. sentença de fls. 116/121, de relatório adotado, julgou parcialmente procedente a ação para tornar definitiva a liminar concedida, para declarar a inexigibilidade do débito que foi objeto de apontamento e condenar o réu a indenizar o autor pelos danos morais sofridos, o valor arbitrado em R$ 7.240,00, corrigidos a partir da data da sentença, com incidência de juros moratórios de 1% ao mês, a contar da citação, além das custas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor atualizado da condenação.

Apela o autor (fls. 136/145) sustentando a necessidade de majorar o valor arbitrado a título de danos morais, pois o apelado tem que arcar pela desídia ao tratar o caso e ser punido pela insegurança causada a todos os consumidores que utilizam ou não seus serviços, além do abalo psicológico por qual passou vendo seu nome inscrito nos cadastros de inadimplentes.

Isento de preparo, o recurso foi respondido (fls. 152/160) pela manutenção do julgado.

É o relatório.

O recurso não está a merecer provimento.

Tocante à negativação indevida é dispensável tecer considerações, pois isso passou em julgado, tendo inclusive o Banco depositado o valor da condenação (fls. 128/130).

Por outro lado, é certo que a simples negativação nos cadastros de inadimplentes já faz presumir danos morais, pois isso obviamente acarreta variados constrangimentos para o cidadão de bem.

Desnecessária, ainda, prova de efetivo prejuízo concreto. Sobre isso a orientação da jurisprudência é pacífica, como se pode ver do que ficou assentado pelo E. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 679.166-MT (Rel. Min. JORGE SCARTEZZINI - DJ 23.5.2005, p. 302):

> "Consoante jurisprudência firmada nesta Corte, o dano moral decorre do próprio ato lesivo de inscrição indevida junto aos órgãos de proteção ao crédito, independentemente da prova objetiva do abalo à honra e à reputação sofrida pela autora, que se permite, na hipótese, facilmente presumir, gerando direito a ressarcimento". (Cfr. REsp. n° 110.091-MG,

Acesso ao Sumário

Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JÚNIOR, DJ 28.08.00; REsp. n° 196.824, Rel. Min. CÉSAR ASFOR ROCHA, DJ 02.08.99; REsp. n° 323.356-SC, Rel. Min. ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, DJ 11.06.2002).

Essa orientação da E. Corte Superior, segundo vem reiterando em seus julgados, "está consolidada no sentido de que na concepção moderna da reparação do dano moral prevalece a orientação de que a responsabilização do agente se opera por força do simples fato da violação, de modo a tornar-se desnecessária a prova do prejuízo em concreto" (STJ - REsp 196.024-MG, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, J. 02/03/1999, DJ de 02.08.1999, p. 192)

Contudo, dos contratempos e aborrecimentos decorrentes dos fatos não sucederam consequências mais relevantes ao autor, tanto que ele nem aponta qualquer fato específico, razão pela qual nada justifica a pretendida majoração da compensação concedida.

Orienta a jurisprudência que "A indenização por dano moral deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento indevido, devendo o arbitramento operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao porte empresarial das partes, às suas atividades comerciais e, ainda, ao valor do negócio. Há de orientar-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida, notadamente à situação econômica atual e às peculiaridades de cada caso." (STJ - REsp 203.755-MG, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA - RSTJ 121/408).

Em tais circunstâncias, tudo sopesado, tenho para mim que a quantia de R$ 7.240,00 (sete mil, duzentos e quarenta reais) reputa-se compensação justa para o caso em exame, atendendo aos parâmetros de moderação e razoabilidade adotados em situações semelhantes.

Ante todo o exposto e pelo mais que dos autos consta, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0009288-64.2011.8.26.0073, da Comarca de Avaré, em que é apelante ROSÁRIA FÁTIMA MIRAS DA CONCEIÇÃO, é apelado B V FINANCEIRA S/A CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Reconsideraram em parte o Acórdão recorrido. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.001)**

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

São Paulo, 26 de maio de 2015.

THIAGO DE SIQUEIRA, Relator

Ementa: Recurso Especial Repetitivo - Art. 543-C do CPC - Encaminhamento ao Relator, por determinação do DD. Presidente da Seção de Direito Privado nos termos do parágrafo 2º, inciso II deste dispositivo legal - Contrato bancário - Contrato de financiamento ao consumidor final - Cédula de crédito bancário - Financiamento de automóvel - Ação declaratória - Incidência do Código de Defesa do Consumidor no caso vertente - Cobrança de tarifas de abertura de crédito (TAC), tarifa de serviços de terceiros, de registro de contrato, de seguro e de avaliação - Contrato celebrado em 2010 - Ilegalidade da cobrança de tarifa de serviços de terceiros, de registro de contrato, de seguro e de avaliação, por ser posterior à Resolução CMN 3.518/2007, com vigência a partir de 30.4.2008, conforme pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp. nº 1.251.331/RS e REsp. nº 1.255.573/RS - Legalidade da cobrança de tarifa de cadastro que deve ser reconhecida, por não estar evidenciado que não seria relativa a início do relacionamento entre as partes - Acórdão recorrido reconsiderado em parte para permitir a cobrança de mencionada tarifa.

VOTO

Tendo sido julgada improcedente a presente ação de revisão contratual ajuizada por ROSÁRIA FÁTIMA MIRAS DA CONCEIÇÃO contra B V FINANCEIRA S/A. CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO, houve a interposição de recurso de apelação pela autora, que restou parcialmente provido por esta Turma Julgadora.

O réu interpôs Recurso Especial nos termos do art. 105, III, alínea "a", da CF/88 (fls. 139/147).

Em face do julgamento dos Recursos Especiais n. 1251331/RS e 1255573/RS, submetidos ao procedimento do artigo 543-C do CPC, da relatoria da Ministra Maria Isabel Gallotti, foi determinado pelo eminente Desembargador

Acesso ao Sumário

Artur Marques da Silva Filho, DD. Presidente da Seção de Direito Privado deste Tribunal em exercício, o encaminhamento destes autos para este relator, nos termos do parágrafo 7º, inciso II desse mesmo dispositivo legal (fls. 159/160).

É o relatório.

A presente demanda versa a propósito de contrato de financiamento de automóvel, tendo sido julgada improcedente pela r. sentença (fls. 88/93).

O recurso de apelação interposto pela autora restou provido em parte por esta Turma julgadora para reconhecer a abusividade da cobrança das tarifas previstas no contrato, determinando a devolução simples das importâncias cobradas e pagas a este título pela demandante.

O réu interpôs Recurso Especial nos termos do art. 105, inc. III, alínea "a", da Constituição Federal de 1988, sustentando a legalidade da cobrança das tarifas impugnadas pela autora, inclusive da Tarifa de Cadastro, por ser expressamente permitida pelo CMN pelo Banco Central do Brasil.

Tendo-se em vista os Recursos Especiais Repetitivos referidos pelo DD. Presidente da Seção de Direito Privado deste Tribunal, é de se verificar que o acórdão recorrido merece ser reconsiderado unicamente em relação à tarifa de cadastro.

Com efeito, o E Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp. nº 1.251.331/RS e do REsp nº 1.255.573/RS, em 28.8.2013, Relª. Minª. Maria Isabel Gallotti, proferidos com repercussão geral, nos termos do art. 543-C do CPC, restou assentado o entendimento de que, nos contratos celebrados até 30.4.2008 (fim da vigência da Resolução CMN 2.303/96) era válida a pactuação das tarifas TAC (tarifa de abertura de crédito) e TEC (tarifa de emissão de carnê). Entretanto, com a vigência da Resolução CMN 3.518/2007, em 30.4.2008, não tem mais respaldo a contratação de tais tarifas, ou outra denominação para o mesmo fato gerador.

Note-se que o contrato em questão foi firmado em 22/02/2010 (fls. 33/35), por isso, a previsão da tarifa de serviços de terceiros, de registro de contrato, de seguro e de avaliação eram mesmo indevidas, de conformidade com o que restou assentado no acórdão recorrido.

Relativamente, porém, à tarifa de cadastro, tendo-se em vista o julgamento deste recurso repetitivo pelo E. Superior Tribunal de Justiça, deve ser reconhecida a legitimidade de sua cobrança, por não estar evidenciado que o contrato discutido nos autos (financiamento de veículo) não seria relativo a início do relacionamento havido entre as partes, como mencionado também neste julgamento, servindo para confirmar isto o fato de ter previsto o pagamento das parcelas mediante carnê.

Em face disso, reconsidera-se em parte o acórdão recorrido para permitir a cobrança da tarifa de cadastro, ficando mantido, no mais, referido aresto.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0006047-33.2013.8.26.0196, da Comarca de Franca, em que é apelante CASSIO DE FARIA DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado HDI SEGUROS S/A.

ACORDAM, em 25ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto n° 14.873)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores HUGO CREPALDI (Presidente) e CLAUDIO HAMILTON.

São Paulo, 26 de março de 2015.

EDGARD ROSA, Relator

Ementa: SEGURO DE VEÍCULO - AÇÃO DE COBRANÇA DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS DECORRENTES DE ACIDENTE DE TRÂNSITO - NEGATIVA DA SEGURADORA ANTE O ESTADO DE EMBRIAGUEZ DO CONDUTOR - FATO QUE POR SI SÓ NÃO ACARRETA A PERDA DA INDENIZAÇÃO - PRECEDENTES DO EGRÉGIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - PROVA INSUFICIENTE PARA DEMONSTRAR QUE A EMBRIAGUEZ FOI A CAUSA PREPONDERANTE DO EVENTO DANOSO - IMPOSSIBILIDADE DE SER PRESUMIDO O FATO - PROVA CUJO ÔNUS É DA SEGURADORA - NÃO DESINCUMBÊNCIA - DIREITO À PERCEPÇÃO DA INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA - AÇÃO JULGADA PROCEDENTE – SENTENÇA REFORMADA - Apelação provida.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de tempestiva apelação, isenta de preparo (fls. 370/9), interposta contra a respeitável sentença de fls. 366/7, cujo relatório se adota, que julgou improcedente a ação de cobrança de indenização decorrente de contrato de seguro de veículo.

Inconformado, recorre o autor, arguindo, preliminarmente, cerceamento de defesa em razão do indeferimento da oitiva da testemunha DANILO DA SILVA SANTOS. Ademais, defende a inversão do ônus da prova no caso concreto, tendo em vista a existência de relação consumerista entre as partes. Alega que eventual embriaguez de terceiro condutor do veículo não é imputável ao segurado, de modo que não há que se falar em agravamento de risco na espécie, porquanto seu pai é quem estava dirigindo o carro na ocasião do acidente. Aduz que a cláusula 13ª do contrato de seguros é nula de pleno direito, pois afronta o disposto no art. 768 do Código Civil.

Por outro lado, alega que seu pai não foi submetido a qualquer exame clínico para verificação de sua suposta embriaguez, sendo certo que há provas no sentido de que ele não estava embriagado na ocasião. Sustenta, outrossim, que a apelada não provou que a suposta embriaguez foi a causa determinante do acidente, de forma que é incabível concluir pelo não pagamento da indenização.

O recurso foi respondido (fls. 386/402).

É o relatório.

Afasta-se a preliminar de cerceamento de defesa, pois preclusas as questões resolvidas na audiência, sem a interposição de agravo retido, no ato, pela parte interessada.

O autor reclamou o indeferimento da substituição da testemunha DANILO DA SILVA SANTOS por WALTER BERNARDES DA SILVA e do acolhimento da contradita com relação ao seu pai PAULO DONIZETE DOS SANTOS, contudo, nos termos do art. 523, § 3º, do CPC, caberia a ele interpor agravo na forma retida, **"oral e imediatamente"**, o que não foi observado, incidindo, pois, os efeitos da preclusão sobre a matéria decidida (fl. 83). Ademais, precluso também está o indeferimento do pedido de oitiva da testemunha DANILO na cidade de Ibiraci - MG, conforme decidido às fls. 196, pois não interposto o recurso cabível na ocasião.

No mérito, cuida-se de ação de cobrança de indenização prevista em contrato de seguro do veículo FIAT PÁLIO WEEKEND ADVENTURE LOCKER, 1.8 FLEX, ano/modelo 2009, placas EIZ-6787 (Apólice n° 01.016.431.304423 - fls. 30/1), em razão dos danos materiais sofridos pelo referido automóvel em decorrência de acidente de trânsito ocorrido em **21 de fevereiro de 2012**, quando transitava na Rodovia Lage-Peixoto, cidade de Ibiraci - MG.

Ao que narra o autor, ora apelante, seu pai PAULO DONIZETE DOS SANTOS perdeu o controle do veículo segurado ao ter sua visão prejudicada pelos faróis altos de um automóvel não identificado que transitava na pista contrária, causando o acidente em questão. Afirma, assim, que faz jus ao recebimento de indenização pela perda total do automóvel, no montante de R$

Acesso ao Sumário

30.245,95 ou no correspondente a 110% do valor da tabela FIPE, devidamente atualizado e acrescido de juros de mora desde a data do acidente.

Comunicado o sinistro à seguradora, esta negou o pagamento da indenização pleiteada sob o fundamento de que:

"*após análise circunstanciada dos fatos e documentos apresentados, apuramos a Perda de Direitos conforme estabelece Item 13 - alínea 'e', das Condições Contratuais da Cobertura HDI Auto, que transcrevemos a seguir:*

13. Perda de Direitos:

Além dos casos previstos em lei, a HDI Seguros S/A., ficará isenta de quaisquer obrigações decorrentes desta apólice se:

e) O veículo estiver sendo conduzido por pessoa que esteja sob a ação do álcool, de drogas ou entorpecentes de uso fortuito, ocasional ou habitual, quando da ocorrência do sinistro. Esta hipótese da Perda de Direitos aplica-se em qualquer situação, abrangendo não só os atos praticados diretamente pelo Segurado, mas também os praticados por toda e qualquer pessoa que estiver dirigindo o veículo, com ou sem consentimento do Segurado." (fl. 36)

Diante disso, entendeu o Magistrado *a quo* que o condutor havia feito uso de bebida alcoólica antes de dirigir, tendo o seu comportamento agravado o risco do sinistro, de modo que negou o pagamento da indenização.

Respeitado o entendimento do eminente Juiz sentenciante, o recurso comporta provimento.

Com efeito, não se desconhece que o segurado perderá o direito à garantia se agravar intencionalmente o risco objeto do contrato, conforme dispõe o artigo 768 do Código Civil.

A boa-fé do segurado, no entanto, é sempre presumida, ao passo que a má-fé, tida como causa eficiente para permitir a negativa de pagamento, deve ser comprovada e o ônus dessa prova cabe à Seguradora.

Acerca do tema, aliás, a jurisprudência é tranquila no sentido de apontar que a embriaguez, para o fim de justificar o agravamento do risco e permitir a negativa de pagamento, deve ser preponderante e decisiva em relação ao evento danoso, o que significa dizer, repita-se, que o estado de embriaguez, por si só, não basta para gerar tal consequência.

Destarte, o simples fato de haver suspeita de embriaguez do condutor do veículo não é suficiente para a seguradora se recusar ao pagamento da indenização, devendo haver nexo causal entre a embriaguez e o acidente.

Nesse sentido, vale colacionar os seguintes precedentes:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SEGURO DE AUTOMÓVEL. PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO. EXISTÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A EMBRIAGUEZ DO CONDUTOR DO VEÍCULO E O SINISTRO. ALTERAÇÃO DO JULGADO. NECESSIDADE DE REEXAME DAS CIRCUNSTÂNCIAS

Acesso ao Sumário

FÁTICAS DO CASO. SÚMULA 7/STJ.

1. A jurisprudência desta eg. Corte firmou-se no sentido de que a constatação do estado de embriaguez do condutor do veículo, mesmo nos casos em que a dosagem etílica no sangue se revela superior à permitida em lei, não é causa apta, por si só, a eximir a seguradora de pagar a indenização pactuada. Ao revés, para que tenha sua responsabilidade excluída, tem a seguradora o ônus de provar que a embriaguez foi a causa determinante para a ocorrência do sinistro.

(...).

3. Agravo regimental a que se nega provimento." **(AgRg no AREsp nº 404.617/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 22/04/2014, DJe 19/05/2014).**

"RECURSO ESPECIAL - SEGURO DE VIDA - EMBRIAGUEZ - CONDIÇÃO INSUFICIENTE A AFASTAR O DEVER DE INDENIZAR - PRECEDENTES - ACÓRDÃO RECORRIDO EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE - RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO." **(REsp nº 1.279.854/SP, Relator Ministro MASSAMI UYEDA).**

"AGRAVO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. SEGURO. RESPONSABILIDADE. EMBRIGUEZ DO SEGURADO. AGRAVAMENTO DO RISCO POR PARTE DO SEGURADO. AFASTAMENTO. 1. A embriaguez do segurado, por si só, não exime o segurador do pagamento da indenização prevista em contrato de seguro de vida. Inaplicabilidade do art. 1.454 do CC/1916. Precedentes. Agravo não provido." **(AgRg no Ag nº 895146/SC, Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, DJ 26/11/2007).**

No caso em exame, não se logrou elucidar o que ocorreu quando do sinistro.

De fato, o autor narra na exordial que o condutor teve sua visão prejudicada em razão dos faróis altos de terceiro veículo que transitava na via contrária, sendo esta a mesma versão apresentada na ocasião do acidente.

Conforme consta do boletim de ocorrência lavrado pela Polícia Militar do Estado de Minas Gerais (fls. 25/6): "acionados comparecemos ao Hospital Municipal onde tomamos conhecimento que o condutor ora qualificado conduzia o veículo FIAT/PALIO, placas EIZ-6787, Franca/SP, pela Rodovia Municipal Peixoto/Ibiraci, quando em certa altura da referida rodovia teve a visão prejudicada por outro veículo que transitava em sentido contrário vindo a sair da pista, com isso sofrendo amassamentos generalizados, conforme especificações em ficha própria neste BOPM. O condutor com o impacto sofreu ferimentos leves bem como causou ferimentos no passageiro Osvali de Castro Ribeiro que estava abordo do referido veículo. Diante das circunstâncias e considerando que o condutor aparentava fortes sintomas de embriaguez conforme laudo médico em anexo, foi o mesmo informado seus direitos

Acesso ao Sumário

constitucionais e preso em flagrante delito, por dirigir sob efeito de álcool sendo entregue a esta delegacia de plantão de Passos (...)".

Ocorre que dessa descrição não é possível concluir que o acidente decorreu em razão da suposta embriaguez do condutor do veículo, como alega a Seguradora. No mais, foi determinado o arquivamento do inquérito, sob o fundamento de que *"diante da inexistência de perícia (teste do bafômetro), impossível apurar a concentração de álcool necessária para a tipificação do delito (6 decigramas). Portanto, o suposto fato praticado pelo réu é atípico"* (fls. 254/5).

Observa-se que nos autos nada se apurou sobre as causas efetivas do acidente. Assim, só a suspeita de embriaguez não é suficiente para comprovar o agravamento do risco apto a justificar a recusa de pagamento da indenização.

Nessa conformidade, ante a ausência de prova de que a embriaguez do condutor foi a causa determinante do acidente, forçoso reconhecer o direito do autor ao recebimento da indenização securitária.

Ante o exposto, **dá-se provimento ao recurso do autor** para julgar procedente a ação e condenar a Cia. Seguradora-ré ao pagamento da indenização de **R$ 30.245,95**, acrescida de correção monetária a partir da recusa (07/03/2012), com juros de mora de 1% ao mês contados da citação, arcando a vencida com as custas e honorários advocatícios arbitrados em 15% do valor da condenação.

A disciplina da devolução dos salvados será efetuada pelo Magistrado, sendo admissível, se for do interesse das partes, a compensação pelo valor que se apurar.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0006198-96.2008.8.26.0091, da Comarca Mogi das Cruzes, em que é apelante/apelado D.A.F.D. (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado/apelante CENTRO PAULISTA DE CULTURA ANGLO AMERICANA LTDA..

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara Extraordinária de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso do autor e negaram provimento ao recurso adesivo do réu, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 11.694)**

O julgamento teve a participação do Exmos. Desembargadores HERALDO DE OLIVEIRA (Presidente) e JACOB VALENTE.

São Paulo, 30 de março de 2015.

Acesso ao Sumário

JOÃO PAZINE NETO, Relator

Ementa: Indenização por danos morais. Excursão escolar. Autor que foi esquecido no parque de diversão e que foi obrigado a pernoitar no local. Relação de consumo evidenciado. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Responsabilidade objetiva. Dano moral caracterizado e majorado para R$ 12.000,00, com correção monetária do acórdão (Súmula 362 do STJ) e acrescido de juros de 1% ao mês, a partir da citação. Sentença reformada neste aspecto. Recurso do Autor provido e improvido o adesivo do Réu.

VOTO

Trata-se de ação de indenização por danos morais julgada procedente pela r. sentença de fls. 69/84, cujo relatório adoto, para condenar o Réu ao pagamento de R$ 2.500,00, a título de indenização por danos morais, com correção monetária e juros a partir da publicação da sentença, nos termos da Súmula 362, do E. Superior Tribunal de Justiça. Condenou o Réu também ao pagamento das custas, despesas processuais e dos honorários advocatícios, estes arbitrados em 20% sobre o valor da condenação.

Apelam as partes, o Réu na forma adesiva.

O Autor (fls. 89/91) com alegação, em síntese, que o valor arbitrado da indenização comporta majoração, pois não foi devidamente analisada a condição econômica do Réu, bem como o grau de culpa.

O Réu (fls. 96/102) com alegação, em síntese, que ocorreu cerceamento de defesa, em decorrência do julgamento antecipado da lide. No mérito, postula pela improcedência da ação, sob alegação de que a alegada doença do Autor é fato controverso. Ademais, o Autor afirmou em sua inicial que somente procurou o ônibus às 22:30 horas, ou seja, muito depois do horário estabelecido, fato de suma relevância e que demonstra sua conduta desidiosa. Houve anuência da genitora do Autor para que este pernoitasse no local.

Dispensado o preparo em relação ao recurso do Autor, por ser beneficiário da Justiça gratuita (fl. 13) e preparo do recurso da Ré à fl. 103. Somente o recurso do Autor foi recebido e processado nos efeitos devolutivo e suspensivo (fl. 92), com oferta de contrarrazões (fls. 104/108).

Conforme disciplinado na Resolução nº 668/2014 do Órgão Especial deste Tribunal de Justiça, de 22.10.14, estes autos foram redistribuídos a este Relator.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

De início, recebo o recurso adesivo ofertado pelo Réu às fls. 96/102, nos efeitos devolutivo e suspensivo, em razão da omissão do Juízo "a quo" em seu processamento. Desnecessário ainda a abertura de vista à parte contrária para contrarrazões, em razão do abaixo enunciado.

Inexiste o alegado cerceamento de defesa. É sabido que *"caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias"* (artigo 130 do Código de Processo Civil).

Segundo sedimentado pelo Supremo Tribunal Federal, a necessidade da produção de prova há de ficar evidenciada para que o julgamento antecipado da lide implique cerceamento de defesa. A antecipação é legítima se os aspectos decisivos estão suficientemente líquidos para embasar o convencimento do Magistrado (STF, RE nº 101.171-8/SP), circunstância efetivamente caracterizada na hipótese dos autos.

Nestes termos, foi bem antecipado o julgamento, porque a matéria ensejava pronunciamento de imediato, sem a necessidade de maior dilação probatória, pois o fato ensejador do pedido restou incontroverso.

No mérito, é ação de indenização por danos morais na qual o Autor argumenta que foi à excursão organizada pelo Réu ao "Hopi Hari", no município de Valinhos, no dia 20/9/2008. Quando do retorno, por volta das 22:30 horas, foi esquecido no local. Após passar por momentos de aflição, procurou ajuda de funcionários do parque, que registraram o ocorrido, conforme protocolo de atendimento referente à ocorrência de nº 8031. Ainda em pânico, juntamente com a funcionária Ana Paula, ligou para sua mãe reportando o ocorrido. Como sua genitora não conseguiu táxi no momento para levá-la até o parque, pernoitou no local, com os seguranças que indica. Passou por momentos de medo, além do que tomou muita friagem que o deixou doente. Sua genitora ficou desesperada, não dormindo a noite toda, sendo que ligara para lá de hora em hora para saber como ele estava. A Ré foi negligente, pois não entrou em contato com a mãe do menor para relatar o acontecido e não lhe deu nenhuma satisfação. Os professores responsáveis pela excursão não conferiram a quantidade de alunos para ver se não estava faltando ninguém no ônibus e somente entraram em contato com sua mãe na segunda-feira, dia 22, após ter conversado com o Autor na escola.

Aplicáveis à hipótese tratada nos autos as disposições do Código de Defesa do Consumidor. Prescreve o art. 2º do Código de Defesa do Consumidor: *"Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produtos ou serviços como destinatário final."* (grifos nossos). Dispõe o art. 3º desse estatuto legal: *"Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados,*

Acesso ao Sumário

que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços." (grifos nossos). Complementa o § 2º desse art. 3º: *"Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista."* (grifos nossos).

Incontroverso nos autos que o Réu organizou excursão para o parque "Hopi Hari" e o Autor foi lá esquecido quando do retorno do passeio.

É sabido que a responsabilidade da prestadora do serviço, ou seja, da escola que promoveu a excursão, é objetiva, nos termos do artigo 14, *caput*, do CDC e sua condenação pode ser afastada mediante prova de que *"o defeito inexiste"* (CDC, art. 14, § 3º, I), ou seja, de que não houve negligência quando da conferência da lista de presença dos alunos envolvidos no passeio. A regra do § 3º do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor deixa claro que *"o fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar"* que o defeito inexiste, ou mesmo culpa exclusiva do consumidor. Não se trata de inversão do ônus da prova (CDC, art. 6º, VIII), mas do próprio ônus probatório pertencente ao fornecedor de serviços para afastar a sua responsabilidade.

Argumenta o Réu que o Autor teria dado causa ao evento, pois sabia de antemão que o horário de retorno estava previamente marcado em local de fácil localização. Ainda que assim tivesse ocorrido, certo é que o Réu tinha a obrigação/dever de controlar a presença dos alunos envolvidos na excursão, desde o seu início e até o seu retorno. Não basta a simples alegação de que o Autor teria respondido a lista de presença. Era necessário que o Réu tivesse adotado mecanismos de controle eficazes a fim de ter certeza absoluta de que as pessoas que iniciaram o passeio também retornaram ao local de destino (efetuar contagem, p.ex.). Chama atenção, inclusive, o fato de que quando da chegada do passeio ao seu destino, ninguém se preocupou em se certificar que o menor fosse entregue ao seu responsável legal. Caso tivesse realizado a conferência de forma adequada e teria constatado a ausência do Autor e deveria ter realizado diligências para sua localização.

Acesso ao Sumário

Poderia se argumentar que o menor, na época com dezesseis anos, já seria responsável em retornar sozinho para sua residência. No entanto, não se pode olvidar que o horário de retorno já não se mostrava adequado até mesmo para um adulto, o que dirá para um menor.

Nestes termos, considero inexistente qualquer excludente de responsabilidade do Réu pelo evento reportado nos autos, qual seja, esquecimento do menor no parque de diversão, onde o mesmo teve que pernoitar até o seu retorno para sua residência, promovido por sua genitora.

Inegável a ocorrência do dano moral a ser indenizado, pois, independente de ter ou não o menor ficado doente, o mesmo teve que pernoitar em local estranho, em convívio de pessoas estranhas, o que não pode ser considerado como mero aborrecimento da vida cotidiana.

A indenização por dano moral deve ser fixada mediante prudente arbítrio do Juiz, de acordo com o princípio da razoabilidade, observados a finalidade compensatória, a extensão do dano experimentado, bem como o grau de culpa. Referida indenização pretende compensar a dor do lesado e constitui um exemplo didático para a sociedade de que o Direito repugna a conduta violadora, porque é incumbência do Estado defender e resguardar a dignidade humana. Ao mesmo tempo, objetiva sancionar o lesante, inibindo-o em relação a novas condutas, e por isso, deve corresponder a um valor de desestímulo, que não pode ensejar enriquecimento sem causa, nem pode ser ínfimo, a ponto de não coibir a reincidência em conduta negligente.

Ademais, já se decidiu que *"O juiz deve ser a um só tempo razoável e severo, pois só assim atenderá a finalidade de compensar e dar satisfação ao lesado e de desincentivar a reincidência. A indenização deve ser razoavelmente expressiva, sem que seja fonte de enriquecimento."* (Apelação Cível 253.723-1, Des. José Osório, JTJ-Lex 199/59).

Neste ponto, importante o esclarecimento de SÉRGIO CAVALIERI FILHO: *"Na fixação do quantum debeatur da indenização, mormente tratando-se de lucro cessante e dano moral, deve o juiz ter em mente o princípio de que o dano não pode ser fonte de lucro. A indenização, não há dúvida, deve ser suficiente para reparar o dano, o mais completamente possível, e nada mais. Qualquer quantia a maior importará enriquecimento sem causa, ensejador de novo dano"* (Programa de Responsabilidade Civil, Malheiros, 2003, 5ª ed., pág. 108).

Esses princípios não foram observados pela fixação realizada, em razão do que majoro seu valor para R$ 12.000,00, com correção monetária do acórdão (Súmula 362 do STJ) e acrescido de juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso do Autor e nego provimento ao recurso do Réu.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0006253-97.2010.8.26.0084, da Comarca de Campinas, em que são apelantes MAKRO ATACADISTA S/A e CERVEJARIA PETRÓPOLIS S/A, são apelados SONIA

DAS GRAÇAS MACHADO (JUSTIÇA GRATUITA) e JORGE CARVALHO DE SOUZA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 26ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 5049)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FELIPE FERREIRA (Presidente sem voto), RENATO SARTORELLI e VIANNA COTRIM.

São Paulo, 8 de abril de 2015.

BONILHA FILHO, Relator

Ementa: Ação de reparação de danos materiais e morais. Produto com defeito. Compra de cerveja com corpo estranho, não ingerido pelo consumidor. Inocorrência da decadência. Prazo prescricional quinquenal. A simples aquisição do produto, sem ingestão, ainda que comprovado o defeito, não tem o condão de causar dano moral. Meros dissabores e aborrecimento não configuram dano moral. Ausência de danos materiais aos autores. Lucros cessantes não comprovados. Rejeitada a preliminar, deram provimento aos recursos, para decretar a improcedência da ação.

VOTO

Trata-se de apelações interpostas contra a r. sentença de fls. 328/331, cujo relatório adoto, que em ação de reparação de danos materiais e morais, julgou procedente a demanda para condenar as rés, solidariamente, ao pagamento de R$ 10.500,00, a título de danos materiais, corrigido monetariamente desde o evento, com juros de mora de 1% ao mês, desde a citação, bem como, a título de danos morais, a importância de R$ 10.500,00, corrigida monetariamente desde o evento, com juros de mora de 1% a contar da mesma data.

O decreto judicial sujeitou, ainda, as rés, solidariamente, ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em 20% o valor da condenação.

Irresignado, insurge-se primeiro o réu Makro, fls. 340/348, pleiteando a reforma da r. sentença. Alega que a sentença foi proferida em desconformidade com a prova dos autos. Sustenta a inocorrência de danos materiais e morais, pois

Acesso ao Sumário

a autora observou a presença do corpo estranho na cerveja, antes de servir ao freguês. Argumenta que não há nos autos demonstrativos de qualquer prejuízo material. Acrescenta que, se mantida, a indenização por danos morais, deve ser corrigida monetariamente de forma simples, com juros de mora a partir da citação.

Após, recorre a ré Cervejaria, fls. 361/382, pleiteando preliminarmente a decretação da decadência. No mérito, sustentam a inocorrência de danos materiais, diante da ausência de documentos que demonstrassem os lucros cessantes. Argumenta que a perícia judicial apurou que a garrafa fora violada. Requer a improcedência da demanda.

Recursos preparados, fls. 355/356 e 359/360, recebidos, fls. 383 e contrarrazoados, fls. 392/410.

É o relatório.

Os autores possuem um estabelecimento comercial, onde comercializa produtos, entre eles a cerveja adquirida da requerida, em 06/11/09, fls. 11. Referido produto fora produzido e engarrafado pela ré, ora apelante, a Cervejaria.

Entretanto, os autores perceberam que uma das garrafas daquele lote adquirido apresentou um corpo estranho dentro do seu interior, inibindo o consumo dos clientes, em seu estabelecimento comercial.

Irresignados com a repercussão da notícia, que causou a diminuição de fregueses no seu estabelecimento comercial, ingressaram com a presente demanda, para serem ressarcidos dos prejuízos materiais e morais.

A compra e venda do produto é fato incontroverso. Assim, diante da relação de consumo aplica-se à hipótese dos autos, as normas do Código de Defesa do Consumidor.

Preliminarmente, não merece acolhimento a irresignação recursal quanto à alegação da ocorrência de decadência, tendo em vista que a presente ação busca a reparação de danos materiais e morais decorrentes da compra de produto com defeito.

Assim, não se aplica o artigo 26, do CDC, e sim o artigo 27, que fixa o prazo quinquenal para a propositura da ação de reparação de danos por conta da existência de vício no produto.

Os réus são empresas que possuem vasta clientela, atuando de maneira profissional no mercado, zelando pela qualidade de seus produtos.

Foi realizado laudo pericial judicial, fls. 223/258, no qual o perito concluiu que *"a amostra, garrafa de cerveja, objeto da perícia, apresenta contaminação com corpo estranho conforme apresentado no item 14. Ao ser submetida à análise química quantitativa, apresentou alto índice de ar no espaço vazio, conforme apresentado no item 15. Restou comprovado que a embalagem foi*

Acesso ao Sumário

violada devido ao alto teor de ar no espaço vazio da garrafa", fls. 257.

Não se pode olvidar que o Código de Defesa do Consumidor prevê, em seu artigo 12, a responsabilidade objetiva do fabricante. Contudo, *"apesar da responsabilidade objetiva, o Código do Consumidor ressalvou algumas causas de exclusão da responsabilidade, ou, segundo o preclaro jurista e Ministro do STJ Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamim, 'o Código adotou um sistema de responsabilidade civil objetiva, o que não quer dizer absoluta' (Comentários ao Código de Proteção do Consumidor, São Paulo: Saraiva, 1991, p. 65)"* (Tratado de Responsabilidade Civil, Rui Stoco, RT, 8ª edição, p. 521).

Apesar de as fotografias acostadas aos autos demonstrarem a presença de "corpo estranho" à cerveja, esta não foi ingerida.

Ocorre, entretanto, que a própria petição inicial informou que a cerveja não chegou a ser consumida, visto que a autora percebeu a existência de um corpo estranho dentro da garrafa, mas antes de servir a bebida. Logo, a saúde dos clientes do estabelecimento comercial não foi posta em risco.

Assim, a simples aquisição de produto defeituoso não gera ofensa à honra dos demandantes capaz de gerar a obrigação de indenizar, pois se tivessem sofrido abalos ou constrangimentos, teriam uma conduta diversa.

Também, não restou demonstrado no processo que o estabelecimento comercial sofreu queda de clientes, pois não vieram aos autos elementos que corroborassem nesse sentido, entre eles, qual era o faturamento mensal que percebia normalmente.

Ressalta-se que a prova testemunhal não é apta para demonstrar esses prejuízos. O dano emergente deve ser fundamentadamente provado, não podendo ser resultado de ilações ou suposições; se não provado o dano, como é o caso dos autos, nem sequer indicado como se teria chegado ao valor pedido a título de indenização, não há possibilidade de condenação no pagamento de qualquer valor.

E mais, cumpre anotar que os lucros cessantes devem ser entendidos como a privação financeira suportada pela parte, não se presume e não se pode confundir com o lucro imaginário, hipotético, que seria apenas consequência indireta ou mediata do ato ilícito.

Não se reconhece o direito dos autores ao ressarcimento pelos lucros cessantes, pois os mesmos não restaram efetivamente demonstrados na fase de conhecimento, pois esses litigantes sequer trouxeram indícios de prejuízos sofridos, em relação ao que eles possam ter deixado efetivamente de ganhar com a suposta queda de clientela, tendo em vista que competia ao autor o ônus processual de provar os fatos constitutivos do seu direito (art. 333, inc. I, do CPC).

Com relação ao dano moral, o Ilustre Desembargador Manoel Justino

Bezerra Filho, em julgamento da Apelação nº 0125605-83.2005.8.26.0000, em 18/01/2010, entendeu que: *"Não há igualmente prova de ocorrência de dano moral indenizável. Não se nega, por óbvio, que é extremamente grave permitir, uma empresa que produz bebidas, que no interior da garrafa permaneça algo estranho; não obstante a gravidade de tal fato, ainda assim a simples constatação dele, por si só, não causa a dor moral que dá direito à indenização".*

Assim, não se pode banalizar a indenização por dano moral para um acontecimento que causou frustração, contrariedade ou mero dissabor, decorrentes da vida em sociedade. O dano moral é aquele que repercute na honra, subjetiva ou objetiva, produz um ato danoso no íntimo do ser ou lesa o patrimônio anímico do indivíduo, o que não é a hipótese dos autos.

Não restou comprovado nos autos que os demandantes sofreram danos, seja de ordem material ou moral, pois não demonstraram os prejuízos materiais (lucros cessantes), tampouco nem ofensa à honra.

Portanto, de rigor a decretação da improcedência da demanda.

No mesmo sentido:

"RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PRODUTO COM DEFEITO. CERVEJA COM CORPO ESTRANHO. PRODUTO NÃO INGERIDO. A simples aquisição do produto, sem ingestão, ainda que comprovado o respectivo defeito, não tem o condão de causar o dano moral alegado na petição inicial. Precedentes do STJ. Sentença de improcedência do pedido mantida. Recurso não provido." (TJ/SP, Apelação nº 0004355-95.2007.8.26.0038, 10ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Carlos Alberto Garbi, j. em 26/11/2013).

"Dano moral. Responsabilidade civil. Corpo estranho incrustado em uma das fatias de torrada, que não foi ingerido pela autora. Meros dissabores e aborrecimentos que não configuram dano moral. Indenização por dano moral que deve ser reservada aos casos de dor profunda e intensa, em que efetivamente há a violação do direito à dignidade. Ausência de dano à autora. Sentença mantida. Recurso improvido." (TJ/SP, Apelação nº 0008218-85.2012.8.26.0005, 1ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Paulo Eduardo Razuk, j. em 22/10/2013).

"RESPONSABILIDADE CIVIL - Relação de consumo - Corpo estranho em garrafa de cerveja - Ação de indenização por danos morais - Sentença de improcedência - Cerceamento de defesa não configurado - Preliminar rejeitada - Garrafa não aberta pelo consumidor - Produto não consumido - Indenização inexigível - Ausência de circunstância excepcional a colocar o consumidor em situação extraordinária de angústia ou humilhação - Desídia da empresa em prestar assistência não comprovada - Alegação

Acesso ao Sumário

inverossímil - Ônus do consumidor de provar a falta de atendimento - Apelação desprovida." (TJ/SP, Apelação nº 0629015-84.2008.8.26.0001, 4ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Carlos Henrique Miguel Trevisan, j. em 27/02/2014).

No mesmo sentido, já decidiu o C. STJ:

"RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AQUISIÇÃO DE REFRIGERANTE CONTENDO INSETO. DANO MORAL. AUSÊNCIA. 1. A simples aquisição de refrigerante contendo inseto em seu interior, sem que seu conteúdo tenha sido ingerido ou, ao menos, que a embalagem tenha sido aberta, não é fato capaz de, por si só, de provocar dano moral. 2. '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' (AgRgREsp nº 403.919/RO, Quarta Turma, Relator o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 23/6/03). 3. Recurso especial conhecido e provido." (STJ, 4ª Turma, Min. Fernando Gonçalves, Resp nº 747.396 - DF, j. 09/03/2010).

Diante do exposto, repelida a arguição de decadência, dou provimento aos recursos, para decretar a improcedência da ação, condenando os autores ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em R$ 800,00, mantido os benefícios da gratuidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0003015-17.2013.8.26.0003, da Comarca de São Paulo, em que é apelante NADIA MAGELA DE OLIVEIRA (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA), é apelado ZURICH MINAS BRASIL SEGUROS S/A.

ACORDAM, em 26ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto n° 31.398)**

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

São Paulo, 8 de abril de 2015.

VIANNA COTRIM, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Seguro de vida - Óbito decorrente de cardiopatia hipertensiva - Omissão de doença pré-existente - Ciência da segurada por ocasião da celebração da proposta, conforme admitido pela beneficiária - Má-fé configurada - Indenização indevida - Apelo improvido.

VOTO

Ação de cobrança de seguro de vida, julgada improcedente pela sentença de fls. 124/125, relatório adotado.

Apelou a autora, buscando a reforma da decisão. Alegou, em suma, que sua falecida irmã desconhecia ser portadora de hipertensão arterial por ocasião da assinatura do contrato, de modo que não faltou com a verdade e agiu de boa-fé. Ponderou que não há prova que assegure a prévia ciência da segurada sobre a referida patologia, ressaltando que a hipertensão arterial é doença assintomática, que pode surgir a qualquer tempo. Disse que a ré não exigiu nenhum exame complementar antes da aceitação da proposta, tendo assumido o risco de pagar a indenização por morte até mesmo em caso de doença pré-existente. Colacionou vasta jurisprudência em abono à sua tese, insistindo no cabimento da reparação pleiteada na inaugural.

Recebido e processado o recurso, com contrarrazões, subiram os autos.

É o relatório.

Infere-se dos elementos dos autos que a irmã da apelante, quando firmou a proposta securitária em 5 de dezembro de 2011, declarou estar em plena atividade de trabalho, gozando de perfeitas condições de saúde, sem qualquer deficiência em órgãos ou membros, não padecendo de doenças cardíacas, pulmonares ou hipertensão arterial. (fls. 22)

Todavia, a própria beneficiária do seguro, ao prestar depoimento na polícia na data do óbito da irmã, afirmou que a vítima era obesa, hipertensa e fazia uso de medicamento para controle da pressão arterial, sem fazer qualquer ressalva sobre a contemporaneidade da aquisição da patologia à época da celebração da avença. (fls. 31)

Saliente-se, por oportuno, que a vítima apresentava colesterol elevado desde julho de 2011, o que contribui para o quadro hipertensivo. (fls. 37)

E mais, a segurada faleceu oito meses depois da contratação do seguro em decorrência, dentre outras causas, de cardiopatia hipertensiva e obesidade. (fls. 28)

Ora, não há dúvida que a segurada sabia da existência da patologia na data em que aderiu à proposta e omitiu tal informação.

Acesso ao Sumário

A esse respeito, como bem ponderou o sentenciante, *verbis*:

"No caso dos autos, ficou claro que a segurada não cumpriu com o dever de veracidade, pois deixou de informar que era portadora de hipertensão arterial, embora ciente do mal que a cometia. Ao responder à pergunta formulada no ato da contratação, se possuía hipertensão arterial, a segurada respondeu negativamente (fls. 22). Ocorre que depois de pouco mais de seis meses a segurada faleceu, ficando anotado no assento de óbito, como causa da morte, além da insuficiência respiratória, a cardiopatia hipertensiva (fls. 28). No boletim de ocorrência, declarou a própria autora à autoridade policial que sua irmã era obesa 'e fazia uso de medicamentos para controle da pressão arterial' (fls. 31)" (fls.124, verso).

Mais não fosse, a seguradora não é obrigada a exigir prévios exames dos proponentes, cabendo a eles fazer declarações verídicas sobre seu estado de saúde.

E a ocultação de moléstias existentes à época da elaboração da proposta de seguro macula a boa-fé da celebrante, por violação às regras dos artigos 765 e 766 do Código Civil.

Em situações análogas, esta Câmara tem orientado:

"SEGURO DE VIDA - APÓLICE - QUESTIONÁRIO DE AVALIAÇÃO DE RISCO - DOENÇA PREEXISTENTE - MÁ-FÉ DA SEGURADA - APLICABILIDADE DOS ARTS. 765 E 766 DO CÓDIGO CIVIL - RECURSO IMPROVIDO. É princípio universalmente aceito que, em matéria de seguro, o contratante é obrigado a não faltar com a verdade e, particularmente, nos seguros de vida a prestar exato esclarecimento sobre o seu real estado de saúde, declinando tudo o que sabe e que interessa à seguradora." (Apelação n° 0000397-71.2007.8.26.0145 - Relator Des. Renato Sartorelli - j. 6/3/2013)

"SEGURO DE VIDA E ACIDENTES PESSOAIS. EMBARGOS À EXECUÇÃO. Se a segurada, mesmo diante de indagação específica, omite doença ou lesão preexistente, que certamente influiria na aceitação da proposta ou na taxa do prêmio, e que depois da celebração do contrato viria a causar sua morte, perde o beneficiário o direito ao valor do seguro, nos termos do art. 766 do Código Civil. Sentença mantida. Recurso improvido." (Apelação n° 0002113-68.2010.8.26.0262 - Relator Des. Felipe Ferreira - j. 1/2/2012)

Portanto, uma vez caracterizada a má-fé, afigurou-se legítima a negativa da ré em pagar a indenização em favor da beneficiária, ficando mantida a improcedência da lide.

Ante e exposto e por esses fundamentos, nego provimento ao apelo.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0012072-65.2010.8.26.0132, da Comarca de Catanduva, em que é apelante CITOPAT LABORATÓRIO DE PATOLOGIA LTDA., é apelado ITAÚ SEGUROS S/A.

ACORDAM, em 25ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento parcial, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 11.309)**

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

São Paulo, 9 de abril de 2015.

HUGO CREPALDI, Relator

Ementa: APELAÇÃO - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - SEGURO DE VIDA EM GRUPO - Nulidade da sentença por cerceamento de defesa - Inocorrência - Juiz que não está obrigado à instrução probatória quando maduro o feito para julgamento - MANUTENÇÃO DO CONTRATO - Desinteresse imotivado da seguradora na renovação do contrato - Nulidade da cláusula que prevê a não renovação da apólice pela seguradora, sob o fundamento de que não possui mais interesse na sua manutenção - Incompatibilidade com a boa-fé objetiva - Abusividade da conduta - Impossibilidade de não renovação injustificada - DANOS MORAIS - Não configurados - Ausência de elementos que indiquem ofensa à honra objetiva da pessoa jurídica - Tendo em vista que cada litigante foi, em parte, vencedor e vencido, impõe-se a sucumbência recíproca, nos termos do art. 21, CPC - Honorários e despesas processuais que devem ser recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles - Recurso parcialmente provido.

VOTO

Vistos.

Acesso ao Sumário

Trata-se de Apelação interposta por **CITOPAT LABORATÓRIO DE PATOLOGIA LTDA**., nos autos da ação de obrigação de fazer que move contra **ITAÚ SEGUROS S/A**, objetivando a reforma da sentença (fls. 223/224-v.) proferida pelo MM. Juiz de Direito, Dr. José Roberto Lopes Fernandes, que julgou improcedente a ação, condenando a autora ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% do valor da causa.

Apela a autora (fls. 236/268), sustentando, preliminarmente, o cerceamento de sua defesa, uma vez que o julgamento antecipado da lide a impediu de comprovar que a apelada somente recusou a renovação do seguro porque tinha ciência de que dois funcionários da empresa contratante ficaram doentes.

No mérito, alega que a rescisão unilateral da avença, sem justificativa plausível, é abusiva, na medida em que a coloca em situação de desvantagem, ofendendo a boa-fé contratual.

Ainda, diz que a conduta da ré enseja sua condenação ao pagamento de indenização por danos morais, a qual deve refletir, de modo expressivo, no patrimônio do lesante.

Recebido o apelo em seu duplo efeito (fls. 272), houve contrarrazões (fls. 274/292).

É o relatório.

Tratam os autos de ação de obrigação de fazer, movida pela autora visando à determinação do prosseguimento da vigência da apólice de seguro havido entre as partes, bem como à condenação da ré à reparação dos danos morais causados pela sua conduta.

Alega a requerente que, em 2005, contratou com a requerida apólice de seguro de vida coletivo para seus funcionários. Relata que, apesar do adimplemento do prêmio pactuado, em meados de 2010, de forma unilateral e sem nenhuma justificativa, a demandada manifestou sua intensão de não mais renovar a apólice contratada.

Por entender ilícita a conduta da ré, propôs a presente demanda buscando a manutenção do contrato de seguro.

Contestada a ação, o MM. Magistrado *a quo* decidiu pela improcedência da demanda, dizendo que, findo o prazo contratual, permite-se que a seguradora não se utilize da faculdade de renová-lo por outro período.

Respeitado o posicionamento adotado em Primeiro Grau, entendo que a r. sentença proferida merece reforma.

Primeiramente, não cabe anular o feito, porque a questão de mérito resolvida na sentença não depende da coleta de provas diversas das documentais

acostadas aos autos, de maneira que o MM. Juiz está autorizado a julgar antecipadamente a lide, nos termos do artigo 330, inciso I, do Código de Processo Civil.

Importa destacar, desde logo, que o julgamento antecipado da lide, sem a produção das provas requeridas pela apelante, não viola os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Nos termos do artigo 130 do Código de Processo Civil, cabe ao Juiz, na condição de destinatário da prova, decidir sobre a necessidade ou não de sua realização, não implicando cerceamento de defesa o julgamento com base em prova exclusivamente documental, se ela for suficiente à formação do convencimento do julgador.

O artigo 330, inciso I, do Código de Processo Civil, autoriza o Magistrado a proferir sentença independentemente da coleta de provas, se estas forem desnecessárias ao deslinde da causa, conforme Humberto Theodoro Júnior:

> *"Em todas as três hipóteses arroladas no art. 330, o juiz, logo após o encerramento da fase postulatória, já se encontra em condições de decidir sobre o mérito da causa, pois: a) se a questão controvertida é apenas de direito, não há prova a produzir, por absoluta irrelevância ou mesmo por falta de objeto, certo que a prova, de ordinário, se refere a fatos e não direitos, posto que iura novit curia; b) nos outros dois casos, também, não se realiza a audiência por desnecessidade de outras provas, além daquelas que já se encontram nos autos (o juiz não deve, segundo o art. 130, promover diligências inúteis).*
>
> *Assim, se a questão de fato gira em torno apenas de interpretação de documentos já produzidos pelas partes; se não há requerimento de provas orais; se os fatos arrolados pelas partes são incontroversos; e ainda se não houve contestação, o que também leva à incontroversa dos fatos da inicial e à sua admissão como verdadeiros (art. 319); o juiz não pode promover a audiência de instrução e julgamento, porque estaria determinando a realização de ato inútil e, até mesmo, contrario ao espírito do Código" (Curso de Direito Processual Civil, vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 419).*

No presente caso, a apelante alega que ocorreu o cerceamento de sua defesa porque o feito foi julgado antecipadamente, sem permitir a produção de prova que demonstraria que a apelada somente recusou a renovação do seguro porque tinha ciência de que dois funcionários da empresa contratante ficaram doentes.

Todavia, a lide cinge-se à discussão sobre a possibilidade de recusa injustificada na renovação do contrato pela seguradora. Tratando-se, pois, de questão meramente de direito, a interpretação dos documentos e a aplicação da norma ao caso concreto caberiam ao Juiz desde logo.

Tampouco há que se falar perda do objeto da demanda, conforme alegado

Acesso ao Sumário

em contrarrazões, já que a apelada não demonstrou que o contrato de seguro segue vigente até o presente momento.

Passo, então, à análise do mérito.

Verifica-se da análise dos autos que a seguradora ré enviou, em 27 de julho de 2010, correspondência informando a intenção de não renovação do contrato de seguro celebrado com a autora (fls. 53). Segundo o documento, *"a não renovação está de acordo com o disposto nas Condições Contratuais, a saber: 'A apólice é emitida pelo prazo determinado no contrato e poderá ser renovada automaticamente, por igual período, uma única vez, caso não haja expressa desistência do estipulante ou da seguradora até 60 (sessenta) dias antes do término na vigência'"*.

Assim, a seguradora apelada não apresentou qualquer justificativa razoável para a recusa na renovação do contrato securitário, invocando somente a cláusula contratual que admite o cancelamento unilateral da avença.

Contudo, referida disposição contratual deve ser considerada nula, porquanto inequivocamente abusiva e em discordância com os princípios norteadores do ordenamento jurídico, ofendendo a boa-fé objetiva e a função social do contrato.

A autonomia da vontade e a liberdade de contratar, desse modo, devem ser interpretadas em consonância com os princípios supracitados e com as normas de proteção ao consumidor, esta expressamente disciplinada como direito fundamental pelo artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal.

E não se pode admitir que a seguradora se beneficie por anos com os prêmios pagos mensalmente pela estipulante e rescinda o contrato de forma unilateral simplesmente porque teria perdido o interesse na manutenção do negócio jurídico.

Não se questiona, aqui, a vedação imposta pelo ordenamento jurídico à existência de contratos perpétuos, ou mesmo a adoção de medidas protetivas para a manutenção do mercado securitário.

Acesso ao Sumário

Inclusive, o Colendo Superior Tribunal de Justiça já decidiu que a resilição unilateral dos contratos de seguro de vida em grupo por parte da seguradora não viola as regras previstas no Código de Defesa do Consumidor, quando fundada na ocorrência de desequilíbrio atuarial e desde que o segurado seja previamente notificado e tenha recusado a proposta alternativa apresentada, o que não ocorreu na hipótese.

No presente caso, não há notícia de desequilíbrio atuarial do contrato, nem de que a seguradora tenha enviado nova proposta à autora, cujos termos teriam sido rejeitados.

Inexistindo justificativa plausível para a não renovação do contrato, deve ser reconhecido o abuso de direito por parte da seguradora ré, restando

inequívoco o dever de manutenção do contrato.

Neste sentido, já decidiu este Egrégio Tribunal de Justiça:

"Seguro de vida em grupo. Ação declaratória de nulidade contratual com indenizatória por danos morais. Rescisão unilateral do contrato pela Seguradora, após anos de renovação ininterrupta. Prazo trienal. Art. 206, § 3º, V, do CC. Inaplicabilidade à espécie dos prazos anual (art. 206, §1º, II, b, do CC) ou quinquenal (art. 27, do CDC). Prescrição. Inocorrência. Agravo retido improvido. Não renovação da apólice. Cláusula abusiva. Aplicação do CDC. Contrato de adesão. Segurado idoso. Manutenção do contrato. Possibilidade. Sentença mantida. Recursos improvidos". (Apelação nº 0008289-24.2009.8.26.0157, Rel. Bonilha Filho, 11ª Câmara de Direito Privado, d.j. 20.08.2014 - grifei).

"SEGURO DE VIDA EM GRUPO - EXECUÇÃO - COBRANÇA DE INDENIZAÇÃO - ALEGAÇÃO DE QUE HOUVE A EXTINÇAO DA PRIMITIVA APÓLICE, EM SEU TERMO - INOCORRÊNCIA - RENOVAÇÃO CONTRATUAL DETERMINADA POR DECISÃO JUDICIAL - EMBARGOS REJEITADOS SENTENÇA MANTIDA. I - Tendo o sinistro ocorrido na vigência de decisão judicial que determinara a renovação ou manutenção do contrato de seguro, é devida a indenização respectiva. II - A não-renovação unilateral e injustificada de longeva apólice de seguro de vida, encontra óbice nos princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato, sendo, portanto, ilícita tal conduta da seguradora. Precedentes". (Apelação nº 0170282-87.2008.8.26.0100, Rel. Mendes Gomes, 35ª Câmara de Direito Privado, d.j. 06.05.2013 - grifei).

"AGRAVO RETIDO - REITERAÇÃO - CONCESSÃO DE TUTELA ANTECIPADA - NÃO CONHECIMENTO. Conquanto reiterado, é de não se conhecer do agravo retido, posto que, por se tratar de decisão que poderia causar à parte grave lesão e de difícil reparação, nos termos do art. 522 do CPC, haveria de ser interposto agravo de instrumento, de sorte a ensejar a imediata apreciação da insurgência do recorrente pelo órgão colegiado. Ademais, a presente ação tem cunho indenizatório e é fundada na não renovação de contrato de seguro de vida em grupo, cujo fundamento para o acolhimento do agravo retido seria a demora na solução da demanda. SEGURO DE VIDA - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - REPARAÇÃO CIVIL POR ATO ILÍCITO - PRAZO PRESCRICIONAL DE 3 (TRÊS) ANOS - ART. 206, PARÁGRAFO 3º, INCISO V, DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 - NÃO OCORRÊNCIA. Prescreve em três anos não em um ano, a ação de segurado contra suposta causadora do dano, cuja pretensão seja a reparação civil, a teor do disposto no art. 206, § 3º, inciso V, do Código Civil de 2002. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - SEGURO DE VIDA EM GRUPO - RESCISÃO UNILATERAL E DESMOTIVADA PELA SEGURADORA - IMPERTINÊNCIA - RECURSO NÃO PROVIDO. I- A rescisão unilateral desmotivada de contrato de seguro de vida em grupo, realizado há anos e periodicamente renovado, ofende aos

Acesso ao Sumário

princípios da função social e boa-fé objetiva que devem existir na execução do contrato, nos termos do art. 421 e 422 do CC, motivo pelo qual não pode prevalecer; II- O rompimento contratual unilateral e sem qualquer justificativa, após anos de contribuição, quando atingiu o autor idade avançada, época em que o risco de morte é maior, certamente lhe trouxe angústia e verdadeiro sofrimento moral, ante a possibilidade de vir a morrer e deixar desamparados os seus entes queridos, eleitos como beneficiários do seguro contratado, motivo pelo qual pertinente o pedido compensatório a este título". (Apelação nº 0007544-86.2008.8.26.0510, Rel. Paulo Ayrosa, 31ª Câmara de Direito Privado, d.j. 11.09.2012 - grifei).

"Seguro de Vida em Grupo. Renovação automática por vários anos. Recusa injustificada da Seguradora à renovação. Conduta abusiva. Danos materiais não reconhecidos. Danos morais caracterizados. Recurso parcialmente provido". (Apelação nº 0008370-59.2008.8.26.0269, Rel. Marcia Tessitore, 31ª Câmara de Direito Privado, d.j. 25.09.2012 - grifei).

Já' no que se refere à reparação de danos morais, entendo que o recurso não comporta provimento.

Neste aspecto, convém ressaltar lição do ilustre Orlando Gomes:

"Dano moral é, portanto, o constrangimento que alguém experimenta em conseqüência de lesão em direito personalíssimo, ilicitamente produzida por outrem. (...) Observe-se, porém, que esse dano não é propriamente indenizável, visto como indenização significa eliminação do prejuízo e das consequências, o que não é possível quando se trata de dano extrapatrimonial. Prefere-se dizer que é compensável. Trata-se de compensação, e não de ressarcimento. Entendida nestes termos a obrigação de quem o produziu, afasta-se a objeção de que o dinheiro não pode ser o equivalente da dor, porque se reconhece que, no caso, exerce outra função dupla, a de expiação, em relação ao culpado, e a de satisfação, em relação à culpa". (*in* "Obrigações", 11ª ed. Forense, pp. 271/272).

No tocante ao sofrimento de danos morais por pessoa jurídica, certa a sua possibilidade (*cfr*. Súmula 227 do STJ), desde que relacionados à sua honra objetiva, ou seja, a causa de pedir deve demonstrar afronta à sua boa reputação ou imagem. Sobre o tema:

"A situação se agrava em relação à pessoa jurídica que, consoante recentes pronunciamentos doutrinários e jurisprudenciais (Súmula 227 do Superior Tribunal de Justiça), pode pleitear reparação do dano moral, mas não no sentido estrito, pois dor, sofrimento e tristeza, dentre outros, são predicados próprios do ser humano. É ela detentora de honra objetiva e só faz jus à indenização se demonstrar que o seu bom nome, reputação ou imagem foram atingidos no seu âmbito de atuação." (TJSP - Apelação nº 990.09.371565-1 - 32ª Câmara de Direito Privado - Rel. Des. Kioitsi Chicuta - deram parcial provimento - Julgamento: 18.11.2010).

Acesso ao Sumário

"Não se nega a possibilidade da pessoa jurídica sofrer dano moral, na esteira de Súmula do STJ. Mas não há nos autos prova alguma sobre o dano moral sofrido pela empresa autora. Ocorre que é imprescindível para a indenização que haja demonstração de que o ato danoso importou em abalo ao seu crédito e ao seu nome. E isso não se provou no caso vertente (...). Assim, em que pesem as alegações da recorrente, não ficou demonstrada a ocorrência de fato com potencialidade lesiva suficiente para gerar os danos de ordem moral descritos em sua petição inicial, mostrando-se de rigor a improcedência do pedido de indenização correlato." (TJSP - Apelação nº 1.245.617-0/0 - 32ª Câmara de Direito Privado - Rel. Des. Ruy Coppola - negaram provimento - Julgamento: 21.05.2009).

"Embora tenha restado demonstrado, pelos elementos de convicção coligidos aos autos, o comportamento inadequado da prestadora de serviços, não se mostra tal ocorrência suficiente a qualificar o fato como causador de dano moral passível de ser indenizado. Não se nega a possibilidade da pessoa jurídica sofrer dano moral, na esteira de Súmula do STJ. Porém, revela-se imprescindível para a indenização, que haja demonstração de que o ato danoso importou em abalo real ao seu crédito e ao seu nome. E não há prova nos autos de que tal tenha ocorrido. Não bastam meras alegações da ocorrência de dano moral." (TJSP - Apelação nº 990.10.071091- 5 - 32ª Câmara de Direito Privado - Rel. Des. Ruy Coppola - deram parcial provimento - Julgamento: 08.04.2010).

No caso em tela, os elementos probatórios constantes dos autos não permitem aferir que a conduta da requerida tenha implicado em lesão à boa imagem ou reputação da empresa autora, de modo que o mero aborrecimento ou dissabor vivido por seus representantes legais, envolvendo controvérsia possível de surgir em qualquer relação negocial, sendo fato comum e previsível na vida em sociedade, embora não desejável, não justifica o reconhecimento de danos morais à pessoa jurídica.

Em razão da parcial reforma do julgado, e considerando que tanto a autora quanto a ré foram, em parte, vencedora e vencida, cada litigante deverá arcar com as custas e despesas processuais que despendeu, bem como com os honorários advocatícios de seus respectivos patronos, nos termos do artigo 21 do Código de Processo Civil.

Pelo exposto, dou parcial provimento ao recurso, para determinar a manutenção da apólice de seguro de vida existente entre as partes, nos moldes contratados.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0031274-50.2008.8.26.0309, da Comarca de Jundiaí, em que são apelantes PABLO CASTILHO (JUSTIÇA GRATUITA) e EDGARD BUENO CASTILHO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado GROTO VEÍCULOS LTDA. ME.

ACORDAM, em 17ª Câmara Extraordinária de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto n° 24.629)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO RIGOLIN (Presidente sem voto), LUIS FERNANDO NISHI e PAULO AYROSA.

São Paulo, 7 de abril de 2015.

PEDRO BACCARAT, Relator

Ementa: Contrato de compra e venda de veículo financiado. Falta de documentos do veículo que dá ensejo à rescisão dos contratos. Rescisão do contrato de compra e venda que desloca a polo passivo da obrigação decorrente do contrato de financiamento. Obrigação dos Autores de restituir a coisa comprada, cumprindo ao vendedor devolver o valor da entrada e das prestações pagas. Instituição financeira que fica sub-rogada nos direito do comprador de receber do vendedor o saldo devedor representado pelas prestações vencidas e não pagas e as vincendas. Recurso parcialmente provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta contra sentença que, em ação de rescisão de contratos, cumulada com pedido de indenização por danos materiais e morais, extinguiu o processo sem resolução de mérito por ilegitimidade passiva. O magistrado, Doutor Luiz Antônio de Campos Júnior, entendeu que a empresa vendedora do veículo, seu representante legal e a instituição bancária financiadora do negócio são partes ilegítimas para figurar no polo passivo da demanda. Considerou que a obrigação de providenciar a transferência do veículo era exclusivamente daquele que vendera o veículo à Ré e deixara de

providenciar a transferência dos registros junto ao DETRAN. Imputou aos Autores as verbas de sucumbência, com honorários advocatícios fixados em 10% do valor da causa.

Apelam os Autores sustentando, em síntese, que Paulo Sérgio Groto, representante da Groto Veículos Ltda. - ME, vendeu-lhes o veículo com a promessa de providenciar a transferência do registro junto ao Departamento de Trânsito, mas descumpriu esta obrigação e, diante da insistência dos Autores, teria falsificado um documento de transferência, que, entretanto, jamais teria sido entregue aos Autores.

Foram depositados em juízo os valores correspondentes às parcelas do financiamento vencidas no curso da instrução.

Recurso tempestivo, dispensado de preparo e respondido.

É o relatório.

Deduziram os Autores a pretensão de rescindir o contrato de compra e venda de veículo e de financiamento bancário, pleiteando, ainda, a reparação dos danos materiais e morais decorrentes do desfazimento dos contratos por culpa da vendedora.

A ação de rescisão dos contratos havia mesmo de ser dirigida contra os contratantes, como fizeram os Autores, subsistindo, então, a sentença apenas no que se refere à ilegitimidade do representante da Ré, Paulo Sérgio Groto, pessoa natural com personalidade jurídica distinta da vendedora.

Razão há para a rescisão do contato de compra e venda do veículo. O inadimplemento da obrigação acessória de providenciar a entrega dos documentos, sem os quais o uso do automóvel estava legalmente vedado, constitui aspecto incontroverso da demanda. Ao responder a ação, a vendedora, conquanto tenha negado a falsificação de documento que lhe fora imputada pelos Autores, reconheceu que não conseguiu obter os documentos dos antigos proprietários do veículo.

Também a instituição financeira devia ser incluída no polo passivo da ação. A venda do veículo e o financiamento são negócios entrelaçados. A instituição financeira concedeu empréstimo para aquisição da coisa e o fez em face da garantia representada pela própria coisa.

Tais negócios não podem ser examinados separadamente. É dever do vendedor, inerente ao negócio, a garantia da coisa vendida. Por isso, é inadmissível e, especialmente nos negócios submetido às regras de proteção ao consumo, que, em razão da interposição do financiamento bancário, o vendedor se esquive deste dever, e mais do que isto, transfira ao consumidor a responsabilidade pelos vícios da coisa, transformada em garantia e, em face da qual, o empréstimo fora concedido.

Necessário, então, estender os efeitos da rescisão da compra e venda

Acesso ao Sumário

ao contrato de financiamento para torná-lo ineficaz em relação ao consumidor que, assim, ficará isento do pagamento das prestações, enquanto à instituição financeira assegurar-se-á a exigência do crédito do vendedor que, por força da rescisão do contrato de compra venda, voltou a ser dono da coisa que servia de garantia ao contrato de financiamento.

De tudo resulta a rescisão do contrato de compra e venda, obrigando-se os Autores a restituírem o veículo ao vendedor e este, por sua vez, a restituir aos Autores o valor da entrada e o equivalente às parcelas do financiamento que foram pagas, tudo acrescido de correção monetária desde os respectivos desembolsos e juros de mora contados da citação. Rescinde-se também o contrato de financiamento, assegurada à instituição financeira a exigência do crédito do vendedor.

Em síntese, o vendedor restituirá o preço ao comprador, restituição esta representada pelo valor da entrada e pelas prestações pagas e, ainda, se obrigará a restituir a parte dos recursos que foram financiados, pagando diretamente à instituição financeira as prestações vencidas e não pagas e as vincendas.

Em razão do desfazimento do contrato de compra e venda, impõe-se a restituição das partes ao estado anterior ao negócio. Os autores devolverão o veículo e terão direito a restituição do preço.

Por conta da rescisão do contrato de financiamento, cumpriria aos Autores restituir os valores, que, entretanto, como visto, foram transferidos ao vendedor, sub-rogando-se, então a instituição financeira no direito de exigir do vendedor o saldo devedor do empréstimo, representado pelas prestações vencidas e não pagas e pelas prestações vincendas.

Os valores depositados no processo serão levantados diretamente pelos Autores.

Os danos materiais não estão comprovados, eis que as pequenas despesas com manutenção do automóvel estão, de fato, compensadas pela fruição da coisa, ainda que esporádica e de forma irregular.

A possiblidade de locação de veículo não configura lucro cessante, antes hipotético, anotando-se, ainda, que o uso de veículo para transporte pessoal, conquanto proporcione desejável conforto, não constitui fonte de ganho, mas elevada despesa.

Tampouco se pode tomar por configurado o dano moral, porque este não decorre de automático fracasso de compra e venda de veículo, sem que deste fato se possam extrair outras consequências capazes de atingir direitos relativos à personalidade ou dignidade dos Autores.

Ante o exposto, dá-se parcial provimento ao recurso, nos termos da fundamentação, repartindo-se as verbas de sucumbência e imputando-se a cada uma das partes a satisfação dos honorários de seus respectivos advogados.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1102969-82.2014.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante BANCO BRADESCO S/A, é apelado FRANCISCO A. DO NASCIMENTO JR. ME.

ACORDAM, em 37ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.392)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEDRO KODAMA (Presidente) e JOÃO PAZINE NETO.

São Paulo, 7 de abril de 2015.

ISRAEL GÓES DOS ANJOS, Relator

Ementa: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. Emissão de boletos bancários. Adulteração do código de barras. Responsabilização do banco. CABIMENTO: Configurada a fraude. Falha na prestação do serviço. Dano moral e material. Dever de indenizar. Sentença mantida. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 101/103, cujo relatório se adota, que julgou parcialmente procedente a ação de indenização por danos materiais e morais movida por Francisco A. do Nascimento Jr. ME contra Banco Bradesco S/A para condenar o réu a pagar ao autor a quantia de R$ 25.406,50, monetariamente corrigidos desde o ajuizamento, de acordo com a Tabela Prática do Tribunal de Justiça, juros moratórios de 1% ao mês a partir da citação. Considerando que o autor decaiu minimamente de sua pretensão o réu foi condenado também ao pagamento das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios fixados em 15% do valor da condenação.

Apela o réu a fls. 106/123 sustentando que no momento da emissão de boletos bancários pelo site do banco estão expostas todas as informações elucidativas para o ato. Alega inexistir qualquer omissão ou ação de sua parte

Acesso ao Sumário

na emissão de boleto bancário, tendo o apelado exclusiva responsabilidade pelo ato praticado. Argumenta existir uma nova modalidade de fraude consistente na adulteração da linha digitável e no código de barras de boletos emitidos pela *internet*. Ressalta que o vírus encontra-se no computador do usuário, não possuindo culpa alguma, pois os *sites* dos bancos são seguros. Argui ser parte ilegítima porque não há qualquer documento nos autos que demonstre a existência de relação jurídica entre as partes, além do que as contas destinatárias dos comprovantes são do Banco Santander S/A e Caixa Econômica Federal. Afirma inexistir danos a serem indenizados. Pleiteia o provimento do recurso para julgar a ação improcedente, invertendo-se os ônus da sucumbência.

O autor apresentou contrarrazões a fls. 128/134.

É o relatório.

Inconformado com a r. sentença que julgou parcialmente procedente a ação de indenização o réu interpôs a presente apelação.

Contudo, sem razão.

O recurso não merece provimento.

Verifica-se dos autos que o apelado utilizou-se de serviço disponibilizado pelo banco apelante consistente na reimpressão de boletos atualizados para pagamento.

Diante disto, conclui-se que o apelante é sim parte legítima para constar no polo passivo da ação, uma vez que a discussão travada nos autos refere-se aos serviços por ele prestados.

O pedido de reparação de dano decorre de fato do serviço (art. 14 do CDC), de forma que a inversão do ônus da prova resulta do § 3º do art. 14 do CDC. Em tal situação, o prestador de serviços, no caso, o banco, só não responde pelos danos se provar que a culpa é exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Dispõe o artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor que:

"O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - o modo de seu fornecimento;

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

(...)

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

Acesso ao Sumário

(...);

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. (...)".

Se não provada pelo fornecedor de serviços a hipótese excludente, torna-se objetivamente responsável pela reparação dos danos causados pelo vício na prestação de serviço, como consequência do risco da atividade desenvolvida.

Observa-se que o banco réu não produziu qualquer prova de inexistência de vício na prestação do serviço ou culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Por outro lado, o próprio apelante reconhece a existência de fraudes nos códigos de barra dos boletos bancários. Dessa forma, caso não consiga evitar a fraude deve suspender a disponibilização do referido serviço, não podendo repassar a responsabilidade para o consumidor.

Nesse sentido:

***"Responsabilidade Civil. Prestação de serviços bancários. Emissão de boletos pela instituição financeira. Adulteração de código de barras. Pagamento desviado para conta corrente de terceiro. Responsabilidade objetiva do banco, por não propiciar a segurança adequada na prestação dos serviços. Obrigação de restituir os valores transferidos indevidamente. Reconhecimento. Recurso não provido."* (AC nº 0131976-44.2011.8.26.0100, Rel. Des. Gilberto dos Santos, 11ª Câmara de Direito Privado).**

Diante da falha de segurança na prestação de serviços pelo banco apelante, o apelado teve aborrecimentos que superam os dissabores comuns do dia a dia. Foi cobrado por dívidas pagas e teve seu nome incluído nos órgãos de proteção ao crédito, além de protestos indevidos. Houve o dano moral.

Está evidente o dever de indenizar o apelado pelos danos sofridos.

Cumpre dizer que a indenização por danos morais não pode ser exagerada no sentido de causar enriquecimento a quem é indenizado e nem pode ser fixada em valor irrisório e insuficiente ao fim a que se destina que é o de evitar e desencorajar futuros equívocos e servir como indenização ao apelado pelos dissabores experimentados.

A ausência de legislação específica torna difícil a fixação do *quantum* indenizatório, mas doutrina e jurisprudência conduzem o julgador a orientar-se por critérios como o da intensidade do sofrimento, da repercussão da ofensa e do grau da responsabilidade.

Ademais, a indenização por dano moral possui caráter dúplice, tanto punitivo do agente para que não rescinda, quanto compensatório, em relação à vítima, buscando minimizar o desconforto.

O valor fixado na r. sentença a título de indenização por danos morais mostra-se correto para compensar o dano suportado, além de atender aos

Acesso ao Sumário

princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Deste modo, nada há a se reparar na bem lançada r. sentença que fica mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Por fim, já é entendimento pacífico o de que não está obrigado o julgador a citar todos os artigos de lei e da Constituição Federal para fins de prequestionamento. Sendo assim, ficam consideradas prequestionadas toda a matéria e disposições legais discutidas pelas partes.

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0168031-91.2011.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes DURLIN TINTAS E VERNIZES LTDA. (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL) e HOT LINE INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL), é apelado CREMART ADMINISTRADORA DE BENS LTDA..

ACORDAM, em 32ª 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 02.005)**

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

São Paulo, 9 de abril de 2015.

CAIO MARCELO MENDES DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: LOCAÇÃO NÃO RESIDENCIAL - Ação de despejo por falta de pagamento julgada procedente - Inadimplemento confesso - Compensação de dívidas - Impossibilidade - Credor e devedor diversos - Pessoa jurídica que não se confunde com a pessoa dos sócios - Dívida ilíquida - Inteligência dos artigos 368 e 369 do Código Civil - Sentença mantida - Recurso improvido, com observação.

VOTO

A r. sentença de fls. 211/213 acolheu ação de despejo por falta de pagamento proposta pela apelada contra a apelante, para declarar rescindido o

contrato locatício entre as partes e decretar o despejo da ré, concedendo o prazo de 15 dias para desocupação voluntária do imóvel. Em razão da sucumbência restou condenada a ré a arcar com o pagamento das custas, despesas processuais e honorários do patrono da autora, que foram arbitrados em 10 % do valor da causa.

Recorrem a ré e a assistente, alegando, preliminarmente, a carência da ação pela nulidade do contrato de locação. Discorrem sobre a negociação havida entre as partes, afirmando que o contrato de locação expressa um negócio simulado e que, em verdade, o contrato firmado foi de compra e venda do imóvel e transferência da totalidade de quotas sociais da apelada, Cremart, para os sócios da apelante, Durlin, que somente não foi concluído por óbice oferecido pela apelada. Aduzem que as partes convencionaram o abatimento dos alugueres pagos, do valor da compra e venda. Tecem considerações sobre a ilegitimidade da sócia para subscrever o contrato de locação pela apelada, bem como sobre a ilegitimidade da ré para locar o imóvel e, por conseguinte, para propor ação de despejo. Asseveram que a apelada, em razão da compra e venda, não mais detém a posse nem a propriedade do imóvel, razão pela qual lhe falta interesse de agir na ação de despejo. No mérito, dizem que inexistem débitos relativos a alugueres vencidos, pela existência de débitos da apelada para com a apelante e seus sócios, que ultrapassam o valor do suposto débito locatício. Pleiteiam a compensação. Apontam a existência de cláusula no aditamento ao contrato de cessão de quotas da Durlin, que comprova a existência de crédito a favor dos sócios da apelante, fiadores do contrato de locação. Sustentam que há confusão patrimonial entre os sócios e a pessoa jurídica da apelada, servindo o patrimônio daqueles para o pagamento da dívida em questão. Requerem o sobrestamento do feito, em razão do deferimento da recuperação judicial das apelantes e o provimento do recurso, acolhendo-se as preliminares, com a extinção do processo sem julgamento de mérito e inversão dos ônus da sucumbência. Alternativamente, pugnam pela compensação de eventual débito de locação, com o montante devido pelos sócios da apelada aos fiadores do contrato, afastando-se a condenação das apeladas aos ônus da sucumbência.

Recurso tempestivo, recebido no efeito meramente devolutivo e respondido.

É o relatório.

De plano, afasto a possibilidade de se discutir a suspensão do curso desta ação em razão do deferimento da recuperação judicial a favor das apelantes, eis que tal matéria foi objeto da decisão proferida a fls. 452, mantida pela decisão de fls. 460, restando preclusa.

Anoto que não há no processo qualquer notícia de que tal decisão tenha sido reformada, ou de que sobre ela esteja pendente o julgamento de qualquer

Acesso ao Sumário

recurso.

Em prosseguimento, afasta-se o decreto da deserção pleiteado pela apelada (fls. 870/872).

Isto porque, no ato da interposição do recurso as apelantes formularam pedido para a concessão dos benefícios da justiça gratuita ou, alternativamente, para o diferimento do recolhimento de custas ao final e, em que pese a falta de apreciação dos pedidos pela I. Juíza de Primeira Instância, em prestígio à garantia ao duplo grau de jurisdição e à celeridade processual, o presente recurso deverá ser julgado.

Saliento, contudo, que caberá ao juízo de origem a apreciação de tal matéria, pois não há falar em concessão tácita da gratuidade e o conhecimento nesta instância, evidentemente, importaria em supressão de instância.

Assim, se após a apreciação da matéria, restarem indeferidos ambos os pedidos formulados pelas apelantes, estas deverão efetuar o recolhimento do preparo e porte de remessa e retorno relativos ao recurso, sob pena de inscrição como dívida ativa.

Afasta-se também a preliminar alegada em contraminuta relativa à inovação da matéria em fase recursal, pois a apelação, apresentada em conjunto pela ré e pela assistente, reproduz questões abordadas nas contestações individualmente apresentadas.

Quanto às preliminares levantadas na apelação, igualmente devem ser afastadas, pois todas têm por fundamento a alegada nulidade do contrato de locação, mas, como bem observou a sentença, questões relacionadas à compra das quotas da sociedade autora e do imóvel, pelos sócios da empresa ré, não comportam discussão nesta ação, tampouco as questões relacionadas à validade do contrato de locação, tanto assim, que referidas matérias são objeto de litígio entre as partes nas ações de nº 1023175-46.2013.8.26.0100 (Procedimento Ordinário - Promessa de Compra e Venda), em trâmite perante a 29ª Vara Cível Central, e nº 1024356-82.2013.8.26.0100 (Procedimento Ordinário - Declaratória de inexistência do negócio jurídico intitulado contrato de locação), em trâmite perante a 13ª Vara Cível Central.

Acesso ao Sumário

E ainda que assim não fosse, a consulta ao andamento processual realizada no site do Tribunal de Justiça pela assessoria deste relator, revela que o negócio envolvendo a compra e venda das quotas da sociedade autora e do imóvel, pelos sócios da ré, ainda não se concluiu, estando condicionada a sua conclusão ao pagamento, que ainda não se realizou.

E, pelo julgamento da apelação nº 1024356-82.2013.8.26.0100 e embargos de declaração nº 1024356-82.2013.8.26.0100/50000, foi mantida a sentença que reconheceu a existência, validade e eficácia do contrato de locação, sendo certo que eventuais recursos apresentados aos Tribunais Superiores, não são dotados

de efeito suspensivo.

No mérito, havendo na contestação da apelante, Durlin, a confissão da inadimplência dos locativos era mesmo de rigor a procedência da ação de despejo, que deve ser mantida, pois inexistente prova do pagamento do débito afirmado pela autora.

De outra parte, inviável a compensação dos débitos locatícios com eventuais débitos fiscais de responsabilidade dos sócios da apelada, como almejado pelas apelantes, pois, inexistente a prova de tais débitos ou dos valores que eles totalizariam.

Note-se que o crédito perseguido nesta ação pertence à locadora, Cremart, pessoa jurídica e é exigido da locatária, Durlin, e aquele com o qual se pretende compensá-lo, seria de titularidade dos sócios da locatária, contra os sócios da locadora, não se podendo confundir direitos das pessoas jurídicas e direitos de seus sócios.

Ademais, repita-se, inexiste prova do valor da alegada dívida fundada em débitos fiscais, de modo que, também pela falta de liquidez, não se admitiria a compensação pleiteada (art. 369 do Código Civil).

Então configurada a inadimplência, não pode persistir a relação locatícia.

Nas palavras de Gildo dos Santos, em sua obra "Locação e despejo", 7ª edição, Ed. Revista dos Tribunais, pág. 118:

> *"No que pertine à inadimplência do locatário relativamente ao aluguel e encargos, sem sombra de dúvida é motivo bastante para o rompimento da avença, dispensando até maiores comentários, uma vez que primordial obrigação de quem usa coisa alheia é pagar o preço por essa utilização, além dos respectivos encargos que couberem.*
>
> *Ao dever que o inquilino tem de pagar o aluguel corresponde o direito de o locador receber essa renda, não havendo locação gratuita..."*

Nesta esteira, de rigor manter-se a sentença que julgou procedente a ação de despejo para declarar rescindido o contrato locatício entre as parte e decretar o despejo da ré.

Isto posto, meu voto nega provimento ao recurso, com a observação de que o pedido de justiça gratuita, ou de diferimento de custas ao final, deverão ser apreciados pelo juízo de origem e, caso restem indeferidos, caberá às apelantes o recolhimento do preparo e do porte de remessa e retorno de autos desta apelação, sob pena de inscrição como dívida ativa.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0112930-77.2008.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ANTÔNIO JÚLIO DE ARAÚJO (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados JOSÉ EDENÍLSON MATOS e ANA MARIA SANTANA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.831)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANDRADE NETO (Presidente sem voto), CARLOS RUSSO e MARCOS RAMOS.

São Paulo, 22 de abril de 2015.

LINO MACHADO, Relator

Ementa: Apelação - Locação - Ação de despejo por falta de pagamento cumulada com cobrança - Nulidade da sentença por falta de apreciação de uma causa de pedir - Inocorrência - Pedido de despejo fundado apenas na falta de pagamento dos aluguéis - Ausência de um dos elementos essenciais do contrato de locação - Locatário que usou o imóvel sem pagamento de contraprestação por mais de quatro anos - Fato que, por si só, descaracterizaria a relação locatícia - Existência de comodato.

A causa de pedir do despejo é, sem dúvida alguma, apenas o inadimplemento dos aluguéis, não tendo sido apresentados na inicial os fatos e fundamentos jurídicos do pedido em relação ao suposto pedido de despejo para uso próprio. A ausência de onerosidade, demonstrada pela permanência dos réus no imóvel, sem pagamento de aluguel, por noventa e cinco meses, se sobrepõe ao contrato de locação ou demonstra que a superveniente vontade dos contratantes não mais é condizente com o que foi pactuado na avença. A permanência no bem por mais de sete anos, sem pagar aluguel, deve ser entendida como intenção de permitir o uso gratuito do imóvel, pois há de se supor que o período de três prestações vencidas seja

Acesso ao Sumário

o tempo necessário às tratativas extrajudiciais para o recebimento do débito em atraso, já que é de três meses a caução que a lei prevê para garantia da locação (Lei de Locação, artigo 38, § 2º).

Apelação desprovida.

VOTO

Vistos.

A respeitável sentença de fls. 211/213, proferida em ação de despejo por falta de pagamento cumulada com cobrança de aluguéis, julgou improcedentes os pedidos deduzidos na inicial, condenando o autor ao pagamento das custas e dos honorários advocatícios, estes fixados em dez por cento do valor dado à causa. Em apelação o autor arguiu, em síntese, que não foi apreciado o pedido quanto ao fundamento de que o despejo é pretendido para uso próprio do imóvel, razão pela qual a sentença seria nula; que foi pactuado que a permanência no imóvel duraria quatro anos e que, após o término do inventário, os locatários teriam sessenta dias para desocupar o bem, desocupação que teria sido solicitada tão logo expedido o formal de partilha; que o contrato prevê, de forma implícita, que as reformas implementadas pelos locatários no bem seriam compensadas dos aluguéis se contassem com autorização prévia do locador, permissão que nunca fora concedida; que a corré Ana apresentou documentos que não se referem a benfeitorias, mas a encargos da locação, motivo pelo qual não se poderia compensar os valores neles expressos dos aluguéis devidos (fls. 216/224). Vieram contrarrazões do corréu (fls. 239/242) e da corré (fls. 244/248), ambas pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

O autor ajuizou ação de despejo por falta de pagamento cumulada com cobrança contra os locatários, alegando que com eles foi celebrado contrato de locação de imóvel para fins residenciais, mas os réus nunca cumpriram a obrigação contratualmente assumida de pagar pontualmente o valor estipulado como aluguel.

Primeiramente, a alegação de que a sentença é nula deve ser afastada. Ao contrário do que foi afirmado pelo autor nas suas razões de apelação, o pedido de despejo não teve como causa de pedir a retomada do imóvel para uso próprio, como se pode ler na confusa petição inicial. É verdade que na exordial constou que o imóvel seria usado para moradia do autor e sua família, mas essa menção só apareceu ali como justificativa para "não ter havido notificação aos locatários dando-lhes o direito de preferência na compra do imóvel" (fl. 03, terceiro parágrafo). A causa de pedir do despejo é, sem dúvida alguma, apenas o inadimplemento dos aluguéis, como foi entendido pela nobre magistrada no

Acesso ao Sumário

primeiro ato que praticou no processo (fl. 09) e durante todo o curso dele, até a prolação da sentença (fls. 211/213).

Deve-se acrescentar que, tratando-se de locação residencial, o pedido de retomada para uso próprio há de preencher os requisitos previstos na regra contida no artigo 47 da Lei de Locação, a respeito dos quais não se fez qualquer alusão na inicial. Não sendo hipótese de aplicação de tal regra, deveria ter sido arguida uma das situações descritas nas normas do artigo 9º ou 46 do mesmo diploma legal, o que se fez somente em relação à mora no cumprimento da contraprestação devida pelo uso e gozo do imóvel.

Em obra fundamental sobre teoria do processo, Araújo Cintra, Grinover e Dinamarco tratam de hipótese que se amolda ao caso em exame: "Duas ações de despejo, entre as mesmas partes e referentes ao mesmo imóvel, serão diversas entre si se uma delas se fundar na falta de pagamento de aluguéis e outra em infração contratual de outra natureza" (*Teoria Geral do Processo*, 29ª ed., São Paulo: Malheiros, 2013, pág. 292). Essa cumulação de ações poderia ocorrer no bojo de dois processos distintos ou de um mesmo processo, sendo imprescindível que, no último caso, as duas causas de pedir próximas fossem perfeitamente delineadas e identificáveis na mesma petição, com clara exposição dos fatos e dos fundamentos jurídicos dos pedidos, como preceitua a regra do artigo 282, III, do Código de Processo Civil, até para permitir a ampla defesa dos réus, o que não se verifica no feito em análise. Totalmente inexistente uma causa de pedir próxima em relação a despejo para que o autor e sua família usassem o imóvel.

Essas afirmativas são corroboradas pela ausência, nas contestações de ambos os réus (fls.46/52 e 199/200), de impugnação da suposta alegação de que o despejo deveria ser concedido para uso próprio do imóvel, pois, como já ressaltado, não foi apresentada causa de pedir relativa a uso próprio do imóvel, não podendo os réus, obviamente, apresentar resposta no que toca à matéria não deduzida na inicial.

Afastada a nulidade da sentença, passa-se ao exame do mérito da causa.

Assevera o autor que "os locatários não têm saudado seu compromisso quanto aos pagamentos dos alugueres na data aprazada e estão devendo mais de 95 meses de alugueres" (fls. 03, quarto parágrafo).

Como sabido, a locação é o contrato por meio do qual o proprietário ou possuidor concede o uso e gozo de um bem a alguém, mediante remuneração. Após tratar do conceito de locação, José da Silva Pacheco cuida dos elementos do contrato locatício, ensinando de forma lapidar:

> "Desse conceito simples, deflui a coexistência dos seguintes elementos essenciais: a) o acordo das partes, pessoas físicas ou jurídicas, na posição de locador e de locatário, que manifestem a sua vontade, consentindo de

Acesso ao Sumário

modo expresso ou tácito, anuindo no ajuste, na avença, na convenção, e assumindo as respectivas obrigações; b) a cessão de uso temporário de imóvel urbano, por prazo determinado ou indeterminado; e c) o aluguel, como preço ou remuneração do referido uso." (*Tratado das Locações, Ações de Despejo e Outras*, 11ª ed., São Paulo: RT, 2000, pág. 240).

A contraprestação do locatário, como se vê, é da essência do contrato de locação, erigida como um dos elementos substanciais deste tipo de pacto, sem a qual não existe locação.

A inicial narra que o inadimplemento da ré, à época da propositura da ação, já perdurava noventa e cinco meses (sete anos e nove meses!), tendo sido afirmado na inicial que nunca houve o pagamento do aluguel, do que se deduz o início do inadimplemento coincide com o início da própria (fls. 03, segundo parágrafo). Como se vê, a situação descrita na exordial demonstra que houve a descaracterização da relação locatícia. A falta de pagamento, por período tão longo, não pode ser interpretada como mero inadimplemento da obrigação, pois não é crível que, existente uma locação, o locador não se utilizasse, com maior brevidade, dos instrumentos jurídicos tendentes a obter a retomada do imóvel ou a compelir o locatário a purgar a mora.

A ausência de onerosidade indica que a verdadeira intenção das partes, demonstrada pela permanência dos réus no imóvel, sem pagamento de aluguel, por ao menos noventa e cinco meses, se sobrepôs ao que foi estabelecido no suposto contrato de locação ou que a superveniente vontade dos contratantes não mais é condizente com o que foi pactuado na avença.

Dispõe o artigo 112 do Código Civil: "Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem". Se as partes houvessem convencionado que o uso do imóvel se daria por meio do pagamento de aluguel, mas o autor permite, sem manifestar oposição, que o réu permaneça no bem por mais de sete anos sem pagar aluguel, deve-se entender que sua intenção, na verdade, é permitir o uso gratuito do imóvel, pois há de se supor que o período de três prestações vencidas seja o tempo necessário às tratativas extrajudiciais para o recebimento do débito em atraso, já que é de três meses a caução que a lei prevê para garantia da locação (Lei de Locação, artigo 38, § 2º); após tal prazo, em caso de persistência da mora, considerando-se "as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece" (CPC, art. 335), é razoável que o locador adote as providências destinadas à retomada do imóvel e cobrança da dívida.

Caio Mário da Silva Pereira, ao cuidar do tema aqui analisado, expõe com clareza que a falta de contraprestação séria indica a inexistência de locação:

"O segundo elemento essencial à locação é o preço, fator que a distingue

Acesso ao Sumário

> do comodato. É a remuneração que o locatário paga pelo uso da coisa, ou a contraprestação a que se obriga. Seus caracteres jurídicos são alguns daqueles que os romanos consideravam integrantes deste elemento na compra e venda. Assim é que deve ser sério. Se for irrisório ou fictício, não há locação propriamente dita, porém empréstimo gratuito, dissimulação, ou, conforme o caso, um contrato oneroso misto de liberalidade. Deve ser certo, porque constitui uma prestação correlata à obrigação de ceder o uso, e é remuneração deste." (Instituições de Direito Civil, v. III, 12ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008, págs. 278/279)

Não se pode esquecer, ainda, que o prazo prescricional da pretensão relativa a aluguéis era de cinco anos na vigência do Código Civil de 1916 (art. 178, § 10º, IV) e foi reduzida para apenas três anos a partir da vigência do atual Estatuto Civil (art. 206, § 3º, I).

À vista do que se expôs acima, no caso examinado, tem-se configurado um comodato, definido como "o empréstimo gratuito de coisas não fungíveis" (Código Civil, artigo 579). Tratando da caracterização do comodato, José da Silva Pacheco afirma: "Ainda que não haja, no contrato, essa denominação, se do seu teor se caracteriza empréstimo gratuito, pode-se concebê-lo como tal" (ob. cit., pág. 74).

Tenha-se em conta, também, que o contrato de que se cuida nesses autos contém uma cláusula que o torna misto, pois na cláusula de nº 22 avençou-se uma verdadeira promessa de venda, cuja concretização dependeria, em tese, apenas da vontade de um dos locatários, como se lê à fl. 12, verso: "Fica ciente o Locatário que na data do inventário terá o prazo de 60 (sessenta) dias para a compra do citado imóvel, e o locador terá a total responsabilidade de fazer a transação de venda do imóvel a favor de José Edenilson Matos". Em consulta à página deste Tribunal na rede mundial de computadores, constata-se que os locatários ajuizaram, em 12 de março de 2007, bem antes da propositura desta ação de despejo, ação visando a exercer o suposto direito de compra do imóvel locado (processo nº 0112608- 91.2007.8.26.0002, da 4ª Vara Cível do Foro Regional de Santo Amaro), o que também foi informado pela corré Ana em sua contestação (fl. 51, primeiro parágrafo).

Acesso ao Sumário

Os tribunais pátrios vêm decidindo no sentido dos argumentos apresentados, como se percebe nas ementas abaixo transcritas:

> Locação de imóveis - Ação de despejo por falta de pagamento cumulada com cobrança - Cerceamento de defesa - Não ocorrência - Apelante que entendeu que a pertinência do julgamento antecipado era manifesta - Locador que, após a prorrogação do contrato de locação por prazo indeterminado, isentou a apelada do pagamento dos aluguéis - Locatária que ficou sem pagar aluguéis por dez anos - Descaracterização do contrato

de locação - Reconhecimento - Existência de comodato - Aplicação do art. 85 do antigo Código Civil (art. 112 do novo Código Civil). Apelação improvida. (TJSP, 36ª Câmara de Direito Privado, Apelação nº 0038072-91.2002.8.26.0000, Relator: Des. Jayme Queiroz Lopes, j. em 04.08.2005, DJe de 13.09.2005, v. u.).

AÇÃO DE DESPEJO C/C PEDIDO DE COBRANÇA DE ALUGUÉIS. EXISTÊNCIA DO CONTRATO DE LOCAÇÃO. QUESTÃO DE MÉRITO. INADEQUAÇÃO TÍPICA NÃO CONFIGURADA. NULIDADE DA SENTENÇA. VÍCIO ULTRA PETITA. NÃO OCORRÊNCIA. PROVA DA RELAÇÃO LOCATÍCIA. ÔNUS DO AUTOR. INTELIGÊNCIA DO ART. 333, I, CPC. IMPROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS. I - Não há falar-se em falta de interesse de agir, por inadequação típica, já que a constatação da relação *ex locatio* não está ligada à condição da ação, ao contrário, é questão de mérito, de forma que, verificada a inexistência da locação, a ação deve ser julgada improcedente. II - Não se verifica a existência de vício ultra petita na sentença, quando há pedido expresso formulado na inicial, mormente nos casos em que a medida deve ser concedida de ofício pelo juiz. III - Incumbe ao autor comprovar a existência do contrato de locação (art. 333, I, do Código de Processo Civil), sob pena de improcedência dos pedidos de despejo e cobrança dos aluguéis em atraso. IV - A situação fática de ausência de pagamento da contraprestação devida pelo locatário, sem resistência por parte do locador, durante longo período, descaracteriza a onerosidade do contrato de locação, transmudando a relação *ex locatio* para comodato, ou, ainda, mera tolerância de permanência no imóvel. V - Recurso conhecido e provido. (TJMG, Apelação nº 1.0701.05.114110-2/001, 15ª Câmara Cível, Relator: Des. Bitencourt Marcondes, j. em 31.08.2006, v. u.).

APELAÇÃO CÍVEL. LOCAÇÃO. AÇÃO DE DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO. Transcorrido longo tempo sem qualquer contraprestação por parte do possuidor direto, há de ser entendida configurada nova relação jurídica, não mais locatícia, mas de comodato. Carência de ação por impossibilidade jurídica do pedido. SENTENÇA MANTIDA. (TJRS, Apelação nº 70001080019, 16ª Câmara Cível, Relª. Desª. Helena Cunha Vieira, j. em 21.02.2001, v. u.).

Por conseguinte, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0014039-

Acesso ao Sumário

53.2011.8.26.0604, da Comarca de Sumaré, em que é apelante BV FINANCEIRA S/A CRÉDITO FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO, é apelado RONALDO REIS RAMOS (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 22.728)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GOMES VARJÃO (Presidente sem voto), CRISTINA ZUCCHI E SOARES LEVADA.

São Paulo, 13 de abril de 2015.

NESTOR DUARTE, Relator

Ementa: Ação declaratória de inexigibilidade de débito com pedido de indenização por danos morais. Inserção indevida do nome do autor no cadastro de inadimplentes. Dano moral caracterizado. Ausência de repasse do Banco arrecadador não caracteriza culpa exclusiva de terceiro. Indenização razoável. Recurso não provido.

VOTO

Visto.

Trata-se de ação ajuizada por Ronaldo Reis Ramos em face de BV Financeira S/A. Crédito, Financiamento e Investimento, objetivando declaração de inexigibilidade de débito e indenização por danos morais.

A r. sentença de fls. 100/102, cujo relatório adoto, julgou parcialmente procedente o pedido do autor para declarar inexigível o débito apontado a fls. 21 e condenar a ré ao pagamento de R$ 5.000,00, a título de danos morais, além das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em 20% do valor da condenação.

A ré interpôs recurso de apelação (fls.104/114). Argui, preliminarmente, ilegitimidade passiva *ad causam*, ao argumento de que não recebeu o repasse do valor da parcela paga à instituição financeira. Pugna, à vista disso, pela extinção do processo sem resolução de mérito. No mérito, afirma que não houve defeito na prestação do serviço. Assevera que não tem responsabilidade, haja vista o dano ter sido causado por culpa exclusiva de terceiro. Diz que os danos morais não foram especificados. Requer, então, a improcedência da ação. Subsidiariamente, pleiteia a diminuição da indenização. Prequestiona os artigos 884 do Código Civil e 5º, II, da Constituição Federal.

Acesso ao Sumário

O apelo foi preparado (fls. 115/117), recebido (fls. 118) e respondido (fls. 119/128).

É o relatório.

Conheço do recurso.

A questão preliminar se confunde com o mérito, razão pela qual será com ele analisada.

Ao contrário do que alega a ré, as provas amealhadas aos autos dão conta de sua responsabilidade pela inserção indevida do nome do autor no cadastro de inadimplentes.

Como bem asseverou a magistrada *a quo, "o documento de fls. 21 comprova que o nome da requerente foi incluído no órgão de proteção ao crédito pelo banco requerido. Os documentos de fls. 24/32 comprovam o pagamento das parcelas do arrendamento mercantil e as novas cobranças com a emissão de novo boleto. O banco réu, em contestação, assume a fls. 63 ter ocorrido problema no repasse da informação de pagamento das parcelas pagas, gerando a inadimplência indevida do requerente. O documento de fls. 50 comprova que mesmo depois de ter sido ajuizada a presente ação, o banco requerido continuou a efetuar cobranças em nome do requerente."* (fls.100-verso/101).

Inequívoca, pois, a responsabilidade civil da ré pelo dano moral *in re ipsa* experimentado pelo autor em decorrência das cobranças e, sobretudo, da inserção de seu nome em cadastro de inadimplentes (fls. 21e50).

Nesse sentido, a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> *"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ILEGALIDADE DA INSCRIÇÃO EM ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. DANO MORAL* IN RE IPSA. *SÚMULA N. 83/STJ. REDUÇÃO DA INDENIZAÇÃO. RAZOABILIDADE NA FIXAÇÃO DO* QUANTUM. *REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA N.7/STJ. DECISÃO MANTIDA. 1. É entendimento pacífico desta Corte que o dano moral sofrido em virtude de indevida negativação do nome se configura* in re ipsa*, isto é, prescinde de prova. Incidência da Súmula n. 83/STJ. 2. A análise da insurgência contra o valor arbitrado a título de indenização por danos morais esbarra na vedação prevista na Súmula n. 7/STJ. Apenas em hipóteses excepcionais, quando manifestamente irrisória ou exorbitante a quantia fixada, é possível sua revisão por esta Corte, situação não verificada no caso dos autos. 3. Agravo regimental a que se nega provimento."* (AgRg no AREsp nº 521.400/PR, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 18/09/2014, DJe 25/09/2014).

Aliás, eventual falta de repasse do banco arrecadador não caracteriza

Acesso ao Sumário

culpa exclusiva de terceiro, vez que não se pode imputar ao consumidor a falha do sistema de repasse do valor pago em instituição bancária.

De igual modo, inviável a redução da indenização por danos morais. Sopesado, de um lado, o inegável sofrimento psíquico experimentado pelo autor, que enfrentou transtornos pela má prestação de serviços da ré que extrapolam a esfera do mero aborrecimento, e de outro as condições pessoais das partes e a vedação ao enriquecimento ilícito, afigura-se razoável e suficiente para a devida reparação a importância fixada pela r. sentença - R$ 5.000,00 (cinco mil reais).

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0004005-72.2012.8.26.0575, da Comarca de São José do Rio Pardo, em que são apelantes/apelados M.A.Z.T. (JUSTIÇA GRATUITA), L.F.T. (JUSTIÇA GRATUITA) e F.Z.T. (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado/apelante T.C.S.A..

ACORDAM, em 31ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Repelida a preliminar, deram provimento ao apelo dos embargados e negaram provimento ao recurso da embargante, por v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.426)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores ANTONIO RIGOLIN (Presidente) e ADILSON DE ARAUJO.

São Paulo, 28 de abril de 2015.

PAULO AYROSA, Relator

Ementa: PROCESSUAL CIVIL - CERCEAMENTO DE DEFESA - JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE - INOCORRÊNCIA. Presentes os requisitos legais do art. 330, I, do CPC, impõe-se o julgamento antecipado da lide, não podendo se cogitar de nulidade processual por suposto cerceamento de defesa, ante a ausência de dilação probatória.

ACIDENTE DE TRÂNSITO - EMBARGOS DE TERCEIRO - PROMESSA DE DOAÇÃO COM CLÁUSULA DE USUFRUTO EM FAVOR DE DONATÁRIA, FORMULADA EM SEPARAÇÃO CONSENSUAL, HOMOLOGADA POR SENTENÇA

Acesso ao Sumário

TRANSITADA EM JULGADO - EFETIVAÇÃO NO CARTÓRIO DE REGISTRO DE IMÓVEIS (CRI) SOMENTE APÓS A CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO E PENHORA DO IMÓVEL - FRAUDE-CONFIGURAÇÃO-IMPOSSIBILIDADE DE OPOSIÇÃO À CONSTRIÇÃO - RECURSO DA PARTE EMBARGADA PROVIDO. Embora tenham os genitores da embargante concordado na transmissão da propriedade do imóvel constrito a sua filha, contando tal decisão com a homologação judicial, em data anterior à ação de execução, certo é que o termo de separação judicial, não foi capaz, por si só, de transferir o domínio do bem, tratando, apenas, de promessa de doação, ato futuro, sujeito ao implemento de condições outras, sendo imprescindível a concretização de outros atos, em especial, o registro, a fim de gerar efeitos '*erga omnes*'.

VOTO

T.C.S.A. ofereceu embargos de terceiro contra **M.A.Z.T.**, **L.F.T.** e **F.Z.T.** nos autos de execução que estes promovem em face de **C.D.S.** e **L.L.A.A.**.

A r. sentença de fls. 549/552, cujo relatório se adota, em nada modificada pelos embargos de declaração de fls. 583/586 e 647/649 opostos pela parte embargante, em cuja decisão, foi imposta à embargante, com fundamento do parágrafo único do art. 538 do CPC o pagamento de multa, no valor equivalente a 0,5% do valor atualizado da causa (fls. 650), julgou procedentes os embargos de terceiro, tornando insubsistente a penhora realizada nos autos principais, condenando a embargante ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios fixados em 10% do valor atribuído aos embargos de terceiro.

Inconformadas, apelam ambas as partes.

Apela a parte embargada, almejando a reforma da r. decisão, alegando que a r. sentença recorrida é nula diante do cerceamento do direito de defesa dos embargados. No mérito batem-se pela sua reforma sob o argumento de que a doação do único imóvel dos executados/fiadores aos seus filhos, os embargantes/apelados se deu em ato posterior à constituição da garantia (fls. 634/645).

Já a embargante apela às fls. 656/668, aduzindo, em síntese, que o magistrado de primeiro grau não se manifestou acerca da alegação de ser o imóvel penhorado bem de família, sendo, portanto, impenhorável, sendo inaplicável, ainda, a multa por litigância de má-fé. Requer, por fim, a inversão

Acesso ao Sumário

do ônus sucumbencial.

Em contrarrazões, cada qual se bate pelo não provimento daquele que lhe é oposto (fls. 675/692; 707/717).

É O RELATÓRIO.

Conheço dos recursos para dar provimento ao apelo da parte embargada e negar provimento ao apelo da embargante.

Preliminarmente afasto a preliminar invocada.

Os embargados calcam seu pedido no fato de não lhe haver sido dada oportunidade de comprovar suas alegações.

Ora, no caso dos autos, apenas alegam os embargados que sua tese na defesa dos embargos seria extraída no curso da instrução, o que, à evidência, não tem pertinência no caso dos autos; os fatos estão postos, são incontroversos, bastando apenas a sensibilidade do julgador para aferir o direito a ser aplicado ao caso concreto, não precisando de outras provas.

Observe-se, assim, que não havia qualquer indício de prova que justificasse a dilação probatória pretendida. Por conseguinte, não se justificava a designação de audiência de instrução a que se refere o art. 331 do CPC, posto ser o caso de julgamento antecipado da lide, nos termos do art. 330, I, do mesmo estatuto processual civil.

Desnecessário, portanto, tecer maiores comentários ao posicionamento adotado, sendo bastante a fundamentação havida.

Quanto ao mérito, reputo pertinente o apelo dos embargados, sendo de rigor a reforma da r. sentença, reconhecendo a improcedência dos embargos opostos.

Com efeito, a promessa de doação noticiada pela embargante ocorreu em ação de separação dos executados, sendo homologada por sentença em 06.10.1978 (fls. 252/256; 298/299).

Contudo, embora tenham os genitores da embargante concordado na transmissão futura da propriedade do imóvel constrito a sua filha após a baixa da hipoteca existente sobre o bem, contando tal decisão com a homologação judicial, em data anterior à ação de execução, certo é que o termo de separação judicial, não foi capaz, por si só, de transferir o domínio do bem, tratando, apenas, de promessa de doação, ato futuro, sujeito ao implemento de condições outras, sendo imprescindível a concretização de outros atos, em especial, o registro, a fim de gerar efeitos '*erga omnes*'.

Evidentemente, assim, que a simples leitura do documento acostado a fls. 254 denota ter constado no termo de separação dos pais da embargante apenas uma promessa de doação futura, manifestação de vontade que não se presta, por si, a ensejar a transferência de domínio, criando entre os envolvidos, tão

Acesso ao Sumário

somente, o direito pessoal à exigência de execução de seus termos, por meio da ação cominatória competente, faculdade não exercida na espécie.

Não se desconhece que, consoante se verifica da certidão de matrícula do imóvel, a hipoteca do imóvel foi cancelada em 1981 (fls. 36). Porém, na data da constrição do imóvel (2010), o mesmo ainda permanecia em nome do genitor da embargante, não havendo notícia até a presente data sobre a elaboração de escritura pública ou instrumento particular da prometida doação à embargante.

Como visto, mesmo após a baixa da hipoteca que recaía sobre o imóvel, a doação não se aperfeiçoou, já o bem permaneceu em nome do genitor da embargante. Ainda, para se falar em doação, é necessário o recolhimento do Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação, não havendo qualquer menção a este respeito nos autos.

Exatamente, não carregando a indigitada ata de separação genuína doação, mas mera promessa de ato futuro, não se consubstancia tal documento em título hábil ao registro do direito invocado, fazendo-se necessária, no caso, a lavratura de escritura pública para a sua concretização, onde expressado o real e presente anseio de doar, aliás, exatamente como operado no caso.

Assim, resulta evidente a fraude, não se mostrando aplicável à peculiaridade do caso, o enunciado da Súmula nº 84 do Colendo STJ.

Nesse mesmo sentido esta E. Câmara já se posicionou:

> ***"APELAÇÃO. LOCAÇÃO DE IMÓVEL URBANO. AÇÃO DE COBRANÇA IMPROCEDENTE. RECONVENÇÃO PROCEDENTE. FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. EMBARGOS DE TERCEIROS. CONSTRIÇÃO DO IMÓVEL DA DEVEDORA. CABIMENTO. PROMESSA DE DOAÇÃO ANTERIOR AO AJUIZAMENTO. EFETIVAÇÃO NO CARTÓRIO DE REGISTRO DE IMÓVEIS (CRI) APÓS A CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO. FRAUDE. CONFIGURAÇÃO. DESPICIENDO, NA ESPÉCIE, O COMANDO DA SÚMULA Nº 84 DO STJ. IMPROVIDO O RECURSO DOS TERCEIROS-EMBARGANTES.*** *O suficiente acervo probatório coligido nestes autos revelou que constou no termo de separação dos pais dos embargantes apenas uma promessa de doação futura, manifestação de vontade que não se presta, por si só, a concretizar a transferência de domínio. Logo, a referida ata de separação enuncia mera promessa de ato futuro, não se consubstanciando em título hábil ao registro do direito invocado. Insubsistente, portanto, no caso "sub judice" o enunciado da Súmula nº 84 do Colendo STJ."* (Apelação nº 0013379-75.2013.8.26.0576, Re. Des. Adilson de Araujo, J. em 12.08.2014).

Anote-se, por oportuno, que a jurisprudência transcrita pela embargante não se amolda com precisão ao caso em apreço.

Acesso ao Sumário

Logo, de rigor o afastamento do argumento de que o imóvel penhorado já não mais pertencia ao executado no momento da constrição, eis que não se pode acolher a tese de que houve doação à embargante, reconhecendo-se a improcedência dos embargos de terceiro opostos, mantendo- se os ônus sucumbenciais ditados em primeiro grau.

Por derradeiro, é de se manter a multa de valor equivalente a 0,5% do valor da causa, imposta à parte embargante pela r. decisão de fls. 650 que rejeitou os segundos embargos declaratórios opostos de fls. 647/649, com fulcro no parágrafo único do art. 538 do CPC.

Com efeito, reputa-se litigante de má-fé a parte que, em embargos de declaração, busca rediscutir a lide e traz questões a serem apreciadas em recurso próprio, tal como ocorre na espécie. Configura-se, assim, a interposição temerária de recurso com o cunho eminentemente protelatório (art. 17, incisos V e VII, do CPC), que autoriza a sanção do art. 538, parágrafo único do CPC.

Nesse sentido:

> ***"Mesmo nos embargos de declaração com o fim de prequestionamento, devem ser observados os lindes traçados no art. 535 do CPC (obscuridade, dúvida, contradição, omissão e, por construção pretoriana integrativa, a hipótese de erro material. Este recurso não é meio hábil ao reexame da causa."*** *(STJ - 1ª Turma, REsp nº 13.843-0-SP, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, J.06.04.1992).*

Ademais, a tese que a parte embargante pretendia levar à discussão nos embargos declaratórios (impenhorabilidade do bem de família) foi trazida à demanda apenas a título de argumentação (fls. 15), tendo sido acolhido pelo magistrado *a quo* o pedido principal exposto na exordial (fls. 22/23 - doação do imóvel em data anterior à propositura da ação), havendo o enfrentamento de todos os pontos necessários ao julgamento da ação, mostrando-se desnecessária a manifestação expressa sobre todos pontos mencionados pelas partes. Ao julgador cumpre apreciar o tema de acordo com o que reputar atinente à lide.

Portanto, de rigor a manutenção da pena imposta, prevista no art. 538, parágrafo único, do CPC, porquanto temerários e protelatórios os segundos embargos de declaração manejados às fls. 647/649.

Mesmo se assim não fosse, por argumentação, não há como acolher a tese de impenhorabilidade de bem de família.

Nos termos do art. 1º, da Lei Federal nº 8.009/90, em regra, *"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, (...)"*, ressalvada, contudo, as exceções legais previstas no art. 3º, em especial a do inciso III:

Acesso ao Sumário

"Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido: III - pelo credor de pensão alimentícia; (...)"

A obrigação exequenda, originária de uma indenização, enquadra-se na definição de verba de natureza alimentar, pois engloba valores relativos aos danos morais e ao pensionamento mensal necessário à subsistência dos embargados, que lograram êxito na ação.

Assim, nas execuções de verba com natureza alimentar, que no caso *sub judice* decorre de uma ação de indenização em virtude de acidente de trânsito, impossível a alegação de impenhorabilidade do bem de família. Os alimentos têm nítido caráter de urgência e de imprescindibilidade, a reclamar do legislador instrumentos eficazes à garantia do cumprimento das prestações alimentícias.

Essa a doutrina sobre a matéria:

"Não há que se invocar a regra da impenhorabilidade do bem de família, assegurado pela Lei nº 8.009, de 1990, na execução de alimentos. Ou seja, o devedor de alimentos não tem a seu favor a proteção da Lei nº 8.009, de modo a liberar ou eximir seus bens da constrição promovida para a execução ou cobrança de alimentos. A própria Lei nº 8.009, no art. 3º, inc. III, se encarregou de estabelecer a exceção, em se tratando de crédito alimentar" (ARNALDO RIZZARDO, Direito de Família. 3ª ed. - Rio de Janeiro : Forense, 2005, p. 736).

Esse o entendimento reiterado esposado pelo Eg. STJ:

"DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - EXECUÇÃO DE SENTENÇA - AÇÃO REPARATÓRIA POR ATO ILÍCITO - ACIDENTE DE TRÂNSITO - PENSÃO ALIMENTÍCIA - ONOPONIBILIDADE DA IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA. O comando do artigo 3º, III, da Lei nº 8.009/90, excepcionando a regra geral da impenhorabilidade do bem de família, também se aplica aos casos de pensão alimentícia decorrente de ato ilícito - acidente de trânsito em que veio a falecer o esposo da autora -, e não apenas àquelas obrigações pautadas na solidariedade familiar, solução que mostra mais consentânea com o sentido teleológico da norma, por não se poder admitir a proteção do imóvel do devedor quando, no pólo oposto, o interesse jurídico a ser tutelado for a própria vida da credora, em função da necessidade dos alimentos para a sua subsistência". (REsp nº 437.144-RS, Relator Ministro Castro Filho, j. 07.10.2003).

"IMPENHORABILIDADE - LEI 8.009/90. A circunstância de o débito originar-se da prática de ilícito civil, absoluto ou relativo, não afasta a impenhorabilidade prevista no artigo 1º da lei 8.009/9". (REsp. nº 90.145-PR, Relator Ministro Eduardo Ribeiro, j. 26.06.1996).

Acesso ao Sumário

Posto isto, repelida a preliminar, dou provimento ao apelo dos embargados e nego provimento ao recurso da embargante, nos termos explicitados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0010436-17.2010.8.26.0568, da Comarca de São João da Boa Vista, em que são apelantes WOLNEY DE ALMEIDA e EDDA ELISABETTA DE MANINCOR PATINI, é apelado CARLA MACIEL CAVALCANTE E SANTOS.

ACORDAM, em 34ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.489)**

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

São Paulo, 29 de abril de 2015.

GOMES VARJÃO, Relator

Ementa: Mandato. Ação de indenização.

Nulidade não caracterizada. A ausência em audiência de tentativa de conciliação, ainda que causada por erro na publicação oficial, não causou prejuízo ao apelante, eis que a conciliação pode ser alcançada a qualquer tempo, e mesmo fora dos autos. Suscitante, ademais, que não se manifestou favorável à conciliação.

A renúncia da advogada no dia em que tomou ciência da sentença desfavorável à sua cliente não causou prejuízo, eis que novo advogado foi constituído no dia seguinte.

O novo patrono, ao não interpor o recurso adequado, nem resguardar os interesses de sua cliente, não cumpriu sua obrigação, o que caracteriza inadimplemento, e enseja a devolução dos honorários contratuais recebidos.

Indenização pela perda de uma chance. Hipótese em que não houve demonstração de que, caso o réu tivesse defendido os interesses da cliente com a interposição do recurso, o provimento jurisdicional seria revertido.

Oportunidade de auferir um benefício que deve ser sempre séria e real.

Recursos improvidos.

VOTO

A r. sentença de fls. 437/447, cujo relatório se adota, julgou improcedente a ação em face de Carla Maciel Cavalcante e Santos, e parcialmente procedente em face de Wolney de Almeida, para condená-lo ao pagamento da quantia de R$ 2.000,00, corrigida monetariamente desde o desembolso, e acrescida de juros de mora de 1% ao mês, desde a citação. Em razão da sucumbência em relação à requerida Carla, a autora foi condenada ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R$ 400,00, e em relação a Wolney, ambos foram condenados ao pagamento das respectivas custas, despesas processuais e honorários advocatícios.

Apela o requerido Wolney de Almeida (fls. 451/458). Sustenta preliminar de nulidade, em decorrência do erro de procedimento certificado em fl. 431, por conta do qual não pode comparecer à audiência de tentativa de conciliação. No mérito, afirma que a própria autora atribui à correquerida Carla a culpa pelos danos indicados na inicial. Acrescenta que foi constituído pela autora, sem ser informado de que corria prazo para apelação. Assevera que só teve ciência da existência de sentença contrária à cliente em momento posterior. Por isso, requer a anulação da r. sentença e, subsidiariamente, sua reforma.

Apela também a autora (fls. 468/487). Afirma que os danos sofridos são decorrência da conduta de ambos os requeridos. Acrescenta que a perda de uma chance, decorrente da não interposição do recurso, deve ser indenizada. Por isso, requer a reforma parcial da r. sentença.

Recursos recebidos no duplo efeito e contrariados (fls. 491 e 494/498).

É o relatório.

1. Do recurso do requerido.

Não ocorre nulidade pelo não comparecimento em audiência de conciliação, mesmo considerada a discrepância de datas entre o despacho que a designou (15.06.2011 - fl. 424), as cartas de intimação pessoal (15.06.2011 - fls. 425/427), e a publicação no DJE (16.06.2011). Com efeito, a conciliação poderia ser obtida a qualquer momento, mesmo extrajudicialmente, do que se conclui a ausência de prejuízo às partes. Ademais, ao suscitar a nulidade, o apelante não manifestou intenção de se compor com a autora.

No mérito, trata-se de ação de indenização decorrente de mandato judicial, ajuizada por Edda Elisabetta em face dos advogados Carla Maciel Cavalcante e Santos e Wolney de Almeida. Na inicial, afirma a autora que havia contratado a requerida Carla para defender seus interesses em duas ações (autos nº 1851/2009

Acesso ao Sumário

e 66/2010 da 3ª Vara Cível da Comarca de São João da Boa Vista - SP). Alega que a advogada, além de alterar a verdade dos fatos e omitir argumento relevante à defesa, o que culminou com a procedência da ação, renunciou os poderes assim que teve ciência da prolação de sentença desfavorável no feito nº 66/2010, o que motivou a contratação do requerido Wolney. Este, por sua vez, deixou transcorrer o prazo recursal sem interpor o competente recurso, levando ao trânsito em julgado da decisão.

Quanto à atuação da requerida Carla, observe-se que o contrato de prestação de serviços advocatícios estabelece obrigação de meio, de modo que o resultado desfavorável não é necessariamente decorrente de culpa da advogada, sendo necessária a comprovação de que sua conduta foi incompatível com as medidas necessárias ao caso.

E, como se depreende das cópias dos autos, a advogada não agiu com culpa em sua conduta processual, tendo apresentado peças adequadas ao rito e à matéria, de forma a tentar formar convencimento judicial em favor de sua cliente, com base nos fatos por ela indicados.

Ademais, o argumento que teria sido omitido não infirmaria a conclusão exposta na sentença, eis que foi baseada em análise de todo o contexto probatório trazido. Portanto, não se vislumbra qualquer ação da advogada na instrução processual que seja passível de indenização.

Por outro lado, não se olvida que a renúncia durante o curso de prazo recursal, sem expressa anuência do cliente, possa causar prejuízo irreparável (RT 645/171, RJTJESP 42/149, 43/62, JTA 90/400, Lex-JTA 146/107). Contudo, no caso vertente, a renúncia se deu na data em que recaiu o termo inicial do prazo recursal (23.06.2010 - fls. 156/159), e houve constituição de novo advogado no dia 24.06.2010 (fl. 162).

Desta feita, a renúncia não causou prejuízo à autora, eis que seu novo patrono assumiu o caso com o prazo recursal ainda em curso, na data da juntada da nova procuração (29.06.2010 - fls. 161/162).

Portanto, indevido o pedido de indenização deduzido em face da anterior advogada.

Acesso ao Sumário

Por sua vez, competia ao novo mandatário agir na mais estrita boa-fé e ampla diligência em seu mister, nos termos do art. 31 do Estatuto da OAB, do art. 2º, parágrafo único, II, c.c. art. 12, ambos do Código de Ética da OAB, e do art. 667 do Código Civil.

Contudo, o patrono constituído compareceu aos autos em 29.06.2010, mas não interpôs recurso contra a r. sentença de procedência da ação, permitindo o trânsito em julgado da decisão, em prejuízo de sua cliente.

Houve, assim, negligência do advogado, o que caracteriza inadimplemento contratual de sua parte, sendo devida a devolução dos honorários contratuais

pagos pela autora.

Não procede o argumento de culpa exclusiva da anterior advogada, fundado no fato de que a publicação da r. sentença se deu no nome dela, não sendo ele intimado do ato. Observe-se que, a partir do momento da contratação, a obrigação do advogado é agir com diligência e tomar ciência de todo o andamento processual até o momento, a fim de melhor resguardar os interesses de sua cliente.

No caso, insta salientar que, conquanto a sentença tenha sido publicada apenas para a advogada que renunciara, deveria o patrono recém-constituído tomar as medidas processuais cabíveis, seja por meio de pedido de devolução de prazo, ou suscitando nulidade no momento adequado, a fim de poder praticar os atos inerentes à defesa de sua cliente.

Não o fazendo, é caracterizado o inadimplemento contratual, sendo devida a devolução das quantias pagas pela autora.

2. Do recurso da autora.

Como já analisado por ocasião do recurso do requerido, incabível a responsabilização da requerida pelos danos alegados pela autora.

Por sua vez, também é de ser mantida a sentença de improcedência do pedido de indenização pela perda da chance, que seria decorrente da não interposição do recurso.

Com efeito, convém assinalar que a oportunidade de auferir um benefício deve ser sempre séria e real, o que não se constata na demanda em comento. Isto porque não há como se garantir que, caso o advogado tivesse regularmente interposto o recurso de apelação, o provimento jurisdicional seria revertido, eis que, como já ressaltado, as obrigações decorrentes do exercício da advocatícia são de meio, e não de resultado.

Nesse contexto, como bem observado na r. sentença, "(...) a aplicação da mencionada teoria na seara recursal demanda possibilidade real e concreta de inversão do julgado pela Instância Superior caso interposto o apelo e não mera chance aleatória. A sentença está bem fundamentada. Dessa forma, deveria a requerente ter demonstrado quais teses recursais suscitaria se não fosse tolhido o direito de interpor apelo contra a decisão desfavorável. Somado a isso, mostrar se a pretensão recursal contava com entendimento jurisprudencial ou doutrinário favorável, ou, ainda, por exemplo, eventual posse de documento novo e idôneo para alterar o quadro probatório realizado naqueles autos que seria apresentado juntamente com o recurso. Resumindo, deveria ter demonstrado a probabilidade de êxito do recurso caso manejado o apelo em '*oportuno tempore*'. Mas como nada disso foi providenciado pela autora, o pedido de condenação em danos morais por ver frustrada a possibilidade de interpor apelo deve ser afastado." (fls. 445/446).

Acesso ao Sumário

3. Ante o exposto, nego provimento aos recursos.

É meu voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0169733-38.2012.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MARIA ESTELLA BENNEMAN, é apelado CONDOMÍNIO EDIFÍCIO MIRANTE DO VALE.

ACORDAM, em 26ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.702)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FELIPE FERREIRA (Presidente) e VIANNA COTRIM.

São Paulo, 29 de abril de 2015.

RENATO SARTORELLI, Relator

Ementa: DESPESAS DE CONDOMÍNIO - COPROPRIETÁRIA DA UNIDADE - CÔNJUGES QUE TRANSFERIRAM A TITULARIDADE DO IMÓVEL AOS FILHOS POR OCASIÃO DA SEPARAÇÃO DO CASAL - ILEGITIMIDADE PASSIVA - NÃO RECONHECIMENTO - RECURSO IMPROVIDO.

O coproprietário é parte legítima para responder à ação de cobrança de despesas condominiais se o condomínio não tiver ciência da transferência da unidade a terceiros, operada através de partilha de bens não registrada.

VOTO

Ação de cobrança de despesas condominiais julgada procedente pela r. sentença de fls. 72/73, cujo relatório adoto, complementada em sede de embargos de declaração.

Inconformada, apela a ré insistindo na reforma. Sustenta, em apertada síntese, que não ostenta legitimidade para figurar no polo passivo da lide porquanto se divorciou do requerido, aduzindo que a propriedade da unidade

autônoma foi transferida aos filhos do casal, instituindo-se usufruto vitalício em favor do corréu Célio, por ocasião da partilha de bens. Alega, no mais, que não há que se falar em solidariedade concernente à satisfação das despesas condominiais posteriores ao divórcio, pleiteando, por isso, a inversão do resultado do julgamento, proclamando-se sua ilegitimidade passiva ***ad causam.***

Recurso respondido e preparado.

É o relatório.

O inconformismo não merece prosperar.

A arguição de ilegitimidade ***ad causam*** passiva entrosa-se com o mérito e, como tal, será examinada.

A própria apelante reconhece que a partilha de bens realizada ao ensejo da separação do casal, posteriormente convertida em divórcio, não foi registrada na matrícula do imóvel (*cf. fl. 89*).

Desta forma, persiste sua responsabilidade pelo pagamento das cotas condominiais porque não comprovado o pleno conhecimento do condomínio da transferência imobiliária, havendo de prevalecer, assim, o interesse da coletividade condominial, ressalvado o direito de regresso contra quem de direito.

Em outras palavras, é irrecusável a responsabilidade da ré pelo pagamento das cotas condominiais - *que, diga-se de passagem, não sofreram impugnação específica* - porquanto não demonstrado, como era de rigor, que o condomínio tinha ciência da doação da unidade aos filhos do casal e tampouco do usufruto instituído em favor do corréu, subsistindo, por isso, incontroversa sua legitimidade passiva ***ad causam***, sem considerar que a partilha de bens, havida na separação judicial, constitui ***res inter alios acta*** perante o condomínio.

Destaco, a propósito, os seguintes precedentes deste E. Tribunal, ***verbis***:

"Cobrança de despesas condominiais. Enquanto não registrado o formal de separação judicial que atribuiu a apenas um dos cônjuges a propriedade de determinada unidade autônoma em condomínio, ou comunicado por escrito esse fato ao representante legal do condomínio, de modo a produzir efeitos perante terceiros, terá legitimidade passiva para responder a ação de cobrança de encargos condominiais quem constar no Registro Imobiliário como titular do domínio, por se tratar de obrigação propter rem. Recurso improvido." *(Apelação nº 0247601-03.2009.8.26.0002, 34ª Câmara de Direito Privado, Relator Gomes Varjão).*

"COBRANÇA DE DESPESAS CONDOMINIAIS LEGITIMIDADE PASSIVA - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS COPROPRIETÁRIOS - SEPARAÇÃO JUDICIAL - AUSÊNCIA DE REGISTRO DE EVENTUAL PARTILHA - Irrelevante a argumentação

Acesso ao Sumário

do apelante de que se somente sua ex-esposa reside no imóvel, posto que a separação e partilha não foram averbadas junto ao Registro de Imóveis - Ausência de demonstração de fato impeditivo, modificativo ou extintivo da obrigação condominial - Sentença mantida - Apelo improvido." *(Apelação nº 0001206- 91.2011.8.26.0510, 35ª Câmara de Direito Privado, Relator Des. José Malerbi).*

"DESPESAS DE CONDOMÍNIO LEGITIMIDADE PASSIVA - Ação de cobrança - Ação proposta contra a apelante e seu ex-marido, de quem se encontra separada - Ação julgada procedente, com reconhecimento de suas legitimidades, e da solidariedade na obrigação - Separação e partilha que não foram objeto de averbação junto ao RI - Imóvel que pertence aos demandados, frente ao registro existente e frente ao pedido de adjudicação da unidade em questão, onde o corréu Nilson é autor - Na ausência de registro de eventual partilha, o imóvel ainda está a pertencer aos demandados, motivo pelo qual a apelante é parte legítima para figurar no polo passivo da demanda, pouco importando que na ação de alimentos tenha ficado ajustado que os débitos anteriores tocariam ao corréu - Questão que deve se decidida entre essas partes - Precedentes nesse sentido - Preliminar rejeitada." *(Apelação nº 0001265-54.2010.8.26.0562, 33ª Câmara de Direito Privado, Relator Des. Carlos Nunes).*

Portanto, cabe à apelante responder solidariamente pelos débitos condominiais, que oneram a unidade imobiliária, uma vez que figura na matrícula como coproprietária do bem.

No mais, a solidariedade no cumprimento das obrigações condominiais, quando a unidade autônoma pertence a mais de uma pessoa, é da essência do condomínio.

Trata-se de obrigação indivisível perante o condomínio, o que implica dizer que cada um dos devedores está obrigado pela dívida toda, isso sem falar que as despesas condominiais, por excelência, têm natureza ***propter rem*** de modo que passam a perseguir diretamente a coisa, pesando sobre quem se torne titular ou tenha uma relação jurídica vinculada ao imóvel.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000572-39.2014.8.26.0624, da Comarca de Tatuí, em que é apelante TAIS VELLORI MORI VALIO (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados BANCO NOSSA CAIXA

S/A e ECONOMUS INSTITUTO DE SEGURIDADE SOCIAL.

ACORDAM, em 35ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento ao recurso, para afastar a sentença, julgar extinto o processo, quanto ao Requerido Banco do Brasil, com fulcro no artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, e julgar improcedente a ação, quanto ao Requerido Economus, com determinação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 8792)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MELO BUENO (Presidente) e GILBERTO LEME.

São Paulo, 4 de maio de 2015.

FLAVIO ABRAMOVICI, Relator

Ementa: PREVIDÊNCIA PRIVADA - COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA - SENTENÇA DE EXTINÇÃO, com fulcro no artigo 267, inciso VI (falta de interesse processual), do Código de Processo Civil - Comprovado o acolhimento parcial do pedido deduzido na esfera trabalhista - Presente o interesse processual na data do julgamento - Sentença afastada - Causa madura para julgamento Ilegitimidade processual do Requerido Banco (mero patrocinador do plano de previdência privada) - Autora Aderiu ao "Plano de Benefícios PrevMais" - Não comprovada a vinculação entre o benefício de previdência complementar e a renda incorporada à remuneração da Autora - RECURSO DA AUTORA PARCIALMENTE PROVIDO, PARA AFASTAR A SENTENÇA, JULGAR EXTINTO O PROCESSO, QUANTO AO REQUERIDO BANCO, COM FULCRO NO ARTIGO 267, INCISO VI, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, E IMPROCEDENTE A AÇÃO, QUANTO AO REQUERIDO ECONOMUS.

VOTO

Trata-se de apelação interposta pela Autora contra a sentença de fls. 602/607, prolatada pelo I. Magistrado Leonardo Breda (em 27 de maio de 2014), que julgou extinto o processo ("reclamatória trabalhista"), com fulcro no artigo 267, inciso VI (falta de interesse processual), do Código de Processo Civil, condenando a Autora ao pagamento das custas e despesas processuais e

Acesso ao Sumário

honorários advocatícios (fixados em 10% do valor da causa - a que foi atribuído o valor de R$ 30.000,00), observada a gratuidade processual.

Alega que ajuizada ação trabalhista (Processo número 147400-41.2008.5.15.0116) para obrigar o empregador (Requerido Banco) ao pagamento de comissões, remuneração por horas extraordinárias e diferenças salariais; que transitada em julgado aquela ação, com o acolhimento parcial do pedido; que a condenação imposta à empregadora na esfera trabalhista repercute no valor do benefício da aposentadoria complementar; que evidenciada a necessidade e utilidade da demanda; e que preenchidos os requisitos para a suspensão do curso do processo. Pede o provimento do recurso, para o afastamento da sentença, com a suspensão do curso do processo, ou para a procedência da ação (fls. 611/628).

Contrarrazões do Requerido Banco (fls. 700/703) e do Requerido Economus (fls. 708/732).

É a síntese.

Para o conhecimento do pedido, cabe ao Autor demonstrar a imprescindibilidade da tutela jurisdicional e, por outro lado, utilizar a via processual adequada para obter a vantagem (ou afastar o prejuízo) indicado na petição inicial. Tais requisitos - sintetizados no binômio necessidade/adequação - devem estar presentes quando do julgamento do pedido.

Assim, se, no curso do processo, algum fato superveniente fizer cessar a utilidade da tutela pleiteada, o Autor será julgado carecedor da ação. Por outro lado, "se faltantes quando da propositura, mas completadas no curso do processo, o Juiz deve proferir sentença de mérito" (NERY Junior, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante. 11ª. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010).

A Autora ajuizou a ação perante a Vara do Trabalho de Tatuí e, de imediato, pediu a suspensão do curso do processo, para aguardar o julgamento da Reclamação Trabalhista número 147400-41.2008.5.15.0116, ajuizada contra o Requerido Banco, para "o reconhecimento judicial das seguintes verbas: horas extras (sétimas e oitavas); horas extras (excedentes da oitava); diferenças de DSR (sábados, domingos e feriados) face o cômputo de todas as horas extras e reflexos; integração de comissões pagas 'por fora' e redução, adicional de transferência, hora extra decorrente do intervalo suprimido; diferenças salariais decorrentes do enquadramento correto no plano de cargo e salários".

Evidente a impossibilidade de pleitear a complementação do benefício da aposentadoria com fundamento em direito não reconhecido pelo Juízo competente, em razão da ausência de pressuposto lógico/jurídico do pedido e da inexistência de pretensão resistida.

Destarte, ausente o interesse processual na data do ajuizamento.

Por outro lado, observo que a ação foi ajuizada em 01 de junho de 2010,

Acesso ao Sumário

com a suspensão do curso do processo por 1 ano (a partir de 05 de julho de 2011 - fls. 580/581), e o reconhecimento da incompetência absoluta da Justiça do Trabalho (em 24 de outubro de 2013 - fls. 597). Em seguida, os autos foram remetidos ao Juízo de origem, que julgou extinto o processo, por falta de interesse processual (em 27 de maio de 2014).

Entre o ajuizamento e a extinção do processo, foi julgada, pelo Juízo da Vara do Trabalho de Tatuí a Reclamação Trabalhista número 147400-41.2008.5.15.0116 (que transitou em julgado em 05 de abril de 2013), com a homologação dos cálculos do valor da condenação em 26 de maio de 2014, conforme consulta efetuada nos endereços eletrônicos do Tribunal Superior do Trabalho e do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

Portanto, superado o vício originário da petição inicial, o que impõe o afastamento da sentença, para o reconhecimento do pedido, com fulcro no artigo 515, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil.

O Requerido Economus foi constituído em 1977 pelo antigo Banco Nossa Caixa S/A., sob a forma de entidade fechada de previdência complementar, e posteriormente adquirido pelo Requerido Banco do Brasil, em benefício único e exclusivo dos funcionários dos Requeridos.

Embora seja evidente a vinculação entre os Requeridos, o patrocinador e o fundo de pensão são dotados de personalidades jurídicas e patrimônios distintos. Desta forma, o pedido de complementação afeta apenas os interesses do Requerido Economus (que responde pela administração do plano), e não do Requerido Banco (que tem apenas interesse econômico - e não jurídico - na demanda).

Cabe destacar:

> A orientação jurisprudencial desta Corte Superior é no sentido de que o patrocinador não possui legitimidade para figurar no polo passivo de demandas que envolvam participante e entidade de previdência privada, ainda mais se a controvérsia se referir ao plano de benefícios, como a concessão de aposentadoria suplementar. Isso porque o patrocinador e o fundo de pensão são dotados de personalidades jurídicas próprias e patrimônios distintos, sendo o interesse daquele meramente econômico e não jurídico. (STJ, REsp. nº 1.421.951/SE, relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva)

Destarte, de rigor a extinção do processo, com fulcro no artigo 267, inciso VI (ilegitimidade processual), do Código de Processo Civil, quanto ao Requerido Banco.

Passo a apreciar o mérito recursal.

Nos termos do artigo 1º da Lei Complementar número 109/01, a adesão a plano de previdência complementar é facultativa, disciplinada pelas normas do Direito Civil, e baseada na constituição de reservas que garantem o benefício

Acesso ao Sumário

contratado, sem vinculação ao regime geral de previdência social.

Destarte, a concessão de benefícios oferecidos pelas entidades (abertas ou fechadas) de previdência privada, como regra, não depende da concessão da aposentadoria. Isso somente ocorrerá se o contrato (ou regulamento) vincular o cálculo do benefício de previdência complementar aos proventos originários do regime geral de previdência social.

O benefício da aposentadoria complementar previsto no Regulamento Geral do Requerido Economus (fls. 522/541) é calculado com base no chamado "Salário-Real-de-Participação" (artigos 1º, 19 e 67), que consiste na "totalidade da remuneração mensal percebida pelo participante, de natureza computável para efeito de contribuição ao INSS, limitada a 6 (seis) vezes o teto do salário-real-de-benefício da Previdência Social, adotando-se, separadamente, o Abono de Natal (13º salário) como base de contribuição específica".

Portanto, pela regulamentação básica do Requerido Economus, presente a vinculação entre o valor do benefício da aposentadoria complementar e o valor dos proventos da aposentadoria.

Assim, com fundamento na vinculação entre os benefícios, e na decisão proferida pela Justiça do Trabalho (que reconheceu o acréscimo do valor remuneração computável para efeito de contribuição ao INSS), a Autora pede a complementação do valor do benefício da aposentadoria complementar.

A Autora optou pelo chamado "saldamento" (fls. 542), que corresponde à liquidação antecipada do benefício, em valor proporcional ao tempo de contribuição, nos termos do capítulo VII do Regulamento.

Ao optar pelo saldamento, a Autora aderiu também ao "Plano de Benefícios PrevMais" - que estabelece regime de pagamento diverso daquele estabelecido na regulamentação básica -, sem indício de vício de consentimento, conforme reconhecido na sentença proferida pelo Juízo da Vara do Trabalho de Tatuí (cópias de fls. 633/644):

> Nada nos autos indica que tenha havido coação quando da migração da reclamante do plano originário para o PREVMAIS.
>
> A alteração nos valores do primeiro é direito do instituto previdenciário. Eventuais abusos em tal reajuste poderiam ser discutidos inclusive judicialmente pelos funcionários que nele desejassem se manter, não servindo de argumento para dizer que foram coagidos a migrar para o modelo denominado PrevMais.
>
> A questão é que ao mesmo tempo em que surgiu a necessidade na readequação dos valores para que pudessem continuar a ser oferecidos os benefícios até aí garantidos, houve instituição de uma nova modalidade, com descontos inferiores e outras garantias, aparentemente também inferiores.
>
> Cabia ao interessado manter-se no plano antigo, arcando com seus

Acesso ao Sumário

novos custos ou discutindo-os inclusive judicialmente, deixar o plano antigo e resgatar o que lhe fosse de direito ou migrar para o plano novo, mediante as condições propostas.

Isso é absolutamente normal, como também é normal que ocorram reuniões para explicar a várias pessoas de uma só vez o funcionamento da proposta trazida.

O simples aumento nos valores do plano antigo não serve como fundamento para dizer que houve coação, mesmo porque, repito, poderia o interessado manter-se nele discutindo judicialmente seus valores, podendo, inclusive, livrar-se de eventual mora formulando o depósito judicial do montante que entendesse devido.

Pelo quanto exposto, fica afastada a declaração de nulidade pretendida e todas as consequências dela advindas.

Não comprovada a vinculação entre os acréscimos incorporados à remuneração da Autora e o benefício estipulado no "Plano de Benefícios PrevMais", que, nos termos do "Requerimento de Benefício - Suplementação para Aposentadoria" (fls. 547), passou a ser calculado com base na "renda mensal programada, de 2% do MFI" (Montante Financeiro Individual).

Quanto ao mais, embora reconhecida a competência da Justiça Estadual para o processamento e julgamento da matéria (STF, RE nº 586.453, relatoria do Ministro Dias Toffoli), pacificada pela jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho a impossibilidade de complementação da aposentadoria pelas verbas indicadas pela Autora, considerando a expressa exclusão estabelecida no regulamento da PrevMais:

Tendo o v. acórdão regional, valorando o conjunto probatório, concluído que a agravante aderiu espontaneamente às novas diretrizes do Plano PREVMAIS, incorporadas ao Regulamento Geral do Economus, despojando-se das condições estabelecidas no plano anterior, bem assim aquiescido expressamente ao valor do saldamento apresentado, igualmente ciente de que este último não englobava as horas extras, não restam dúvidas quanto à configuração de ato jurídico perfeito, sobretudo em razão da inexistência de comprovação do aventado vício de consentimento, nos exatos termos da Súmula 51, II, desta C. Corte. As insurgências suscitadas pela agravante, relacionadas à ausência de renúncia às regras originárias, ao desvirtuamento dos preceitos trabalhistas e à inobservância das normas regulamentares assumem contornos nitidamente fáticos, cujo reexame nesta Instância Extraordinária encontra óbice na Súmula 126, desta C. Corte. Intactos, pois, os artigos 7º, XXVI, da Lei Maior, 9º, 71, parágrafo 4º, 74, 444, 457, 464 e 468, da CLT, 128 e 460, do CPC. Trânsito do recurso de revista que encontra óbice no artigo 896, § 7º, da CLT e na Súmula 333, do C. TST. Agravo de Instrumento conhecido e não provido (Tribunal Superior do Trabalho, Agravo de Instrumento em Recurso de Revista AIRR nº

Acesso ao Sumário

1196-04.2011.5.15.0090, 8ª Turma, rel. Ministra Jane Granzoto Torres da Silva)

Destarte, de rigor a improcedência da ação.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso, para afastar a sentença, julgar extinto o processo, quanto ao Requerido Banco do Brasil, com fulcro no artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, e julgar improcedente a ação, quanto ao Requerido Economus, condenando a Autora ao pagamento das custas e despesas processuais e honorários advocatícios dos patronos dos Requeridos, fixados, consoante o disposto no artigo 20, parágrafo quarto, do Código de Processo Civil, em R$ 2.500,00 - (dois mil e quinhentos reais) - para cada qual (Requerido) -, com correção monetária e juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês, ambos contados desde hoje, observada a gratuidade processual.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000059-76.2012.8.26.0451, da Comarca de Piracicaba, em que é apelante HYUNDAI CAOA DO BRASIL LTDA., é apelado FAUSTO KOZO MATSUMOTO KOSAKA.

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 7758)**

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

São Paulo, 29 de abril de 2015.

ANTONIO TADEU OTTONI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: RELAÇÃO DE CONSUMO - APELAÇÃO DA EMPRESA-RÉ - AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS AO CONSUMIDOR - Veículo automotor novo que apresentou disparidade entre as características anunciadas e aquelas efetivamente apresentadas - Publicidade enganosa e vício de qualidade configurados - Aplicação do art. 18, *caput,* c.c. § 1º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor - Abatimento proporcional do preço -

Condenação em 30% (trinta por cento) do valor pago - Sentença mantida - Recurso não provido.

VOTO

Vistos.

1) RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta por **HYUNDAI CAOA DO BRASIL LTDA.** contra a r. sentença de fls. 203/210, cujo relatório é adotado, que julgou parcialmente procedente a ação de indenização movida por **FAUSTO KOZO MATSUMOTO KOSAKA**, condenando a ré ao pagamento de R$ 24.270,00 (vinte e quatro mil, duzentos e setenta reais), equivalente a 30% (trinta por cento) do valor total pago (R$ 80.900,00 - oitenta mil e novecentos reais), em razão de publicidade enganosa e vício de qualidade do produto, não reconhecendo a ocorrência de danos morais.

Em recurso (fls. 218/231), a empresa-ré sustentou:

a) a existência de fatos impeditivos do direito reclamado pelo recorrido, respaldada no relatório técnico juntado, aprovado pelos órgãos competentes, que comprovaria a potência de 140 (cento e quarenta) cavalos do veículo;

b) a ausência de comprovação de que o autor teria sido enganado; e,

c) a não comprovação de dano a justificar o abatimento de 30% (trinta por cento) no preço do veículo.

Nesses termos, postulou a reforma integral da r. sentença.

O recurso, preparado (fls. 232/233), foi recebido e contra-arrazoado (fls. 242/245).

É o relatório.

2) FUNDAMENTOS

Não obstante os respeitáveis argumentos apresentados pela apelante, a r. sentença de primeiro grau merece ser mantida, na íntegra, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Segundo a inicial, o apelado adquiriu, em setembro de 2011, convencido por anúncios publicitários veiculados em diversos meios de comunicação, um automóvel da marca *Hyundai*, modelo *Veloster, 1.6 DOCH*, automático, ano 2011/2012, gasolina, da cor prata, pelo valor de R$ 80.900,00 (oitenta mil e novecentos reais). Afirma que, pouco tempo depois, tomou conhecimento, por meio da imprensa especializada, de notícias sobre irregularidades na comercialização de tal veículo, já que o *Veloster* disponibilizado no mercado brasileiro possuiria especificações inferiores àquelas aventadas nas campanhas publicitárias, notadamente no que se refere à potência e ao sistema de transmissão do motor.

Acesso ao Sumário

O consumidor menciona ter experimentado, ainda, danos morais indenizáveis porque teria tido sua legítima expectativa - criada e fomentada pelas falsas informações disseminadas pela apelante - frustrada, na medida em que teria pago por um bem oferecido ao público como sendo da mais avançada tecnologia e teria recebido um veículo comum.

Relata, também, que, com a divulgação dos vícios do produto, os proprietários desse veículo passaram a ser vítimas de reiterados gracejos e sátiras originados pela conduta ilícita da ré. E, não bastasse, especialmente por ostentar, à época, a condição de Professor de Direito do Consumidor em faculdade de Direito da região onde habita, teria sido alvo de chacota justamente por ter sido ludibriado nessa área do Direito.

Nesses termos, fundamentando-se em dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, o apelado requereu a condenação da apelante, com a finalidade de obter o abatimento proporcional do preço, em valor estimado de 30% (trinta por cento), indenização por danos morais a serem arbitrados e verbas de sucumbência.

Na contestação (fls. 85/99), a apelante buscou refutar as alegações, sustentando que não haveria de se falar em abatimento proporcional do preço ou em dano moral, vez que os órgãos competentes verificaram e atestaram a potência do produto, além de ter juntado laudo técnico (fls. 122/130) que confirmaria a potência máxima de 140cv (cento e quarenta cavalos) do motor do *Veloster* comercializado no mercado brasileiro.

Sobreveio réplica (fls. 132/140) e, posteriormente, o consumidor juntou teste efetuado com dinamômetro, que aferiu potência máxima do motor do seu veículo equivalente a 102,65 cavalos (fls. 147).

No despacho saneador (fls. 158), o douto Magistrado *a quo* deferiu a realização de perícia apropriada e determinou o depósito, pela ré, dos honorários periciais provisórios, decisão contra a qual foi interposto agravo de instrumento (fls. 166/178), ao qual foi negado provimento (fls. 186/188) e, mesmo assim, a ora apelante não os recolheu.

Indubitavelmente, o caso se enquadra no quanto previsto no art. 6º, inciso VIII, da Lei nº 8.078/90, porquanto caracterizadas as figuras do consumidor hipossuficiente (art. 2º, *caput*) e do fornecedor de produtos e serviços (art. 3º, *caput*), interagindo numa típica relação de consumo (compra e venda de veículo automotor). Veja-se o que diz o dispositivo legal:

"Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:

(...)

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as

regras ordinárias de experiências;".

Assim, ante a inegável condição de hipossuficiência do consumidor na relação jurídica estabelecida com a montadora e a verossimilhança das reclamações, roboradas pela documentação trazida aos autos, a inversão do ônus da prova era mesmo de rigor.

Com efeito, não obstante já ter sido objeto de decisão por esta C. Câmara por meio de agravo de instrumento (fls. 183/188), não é demais reforçar que a imposição do pagamento dos honorários periciais provisórios à apelante era decorrência lógica, vez que, em primeiro lugar, a norma do art. 6º, inciso VIII, do C.D.C., por ser especial, tem prevalência sobre aquela do art. 33 do C.P.C. e, em segundo lugar, por ser a apelante a detentora do ônus de provar a correspondência entre o produto entregue e os comerciais que veiculava a respeito dele, deveria ser a maior interessada na apuração técnica do desempenho do automóvel.

No entanto, como se viu, quedou-se inerte em tomar as providências que proporcionariam a produção da prova pericial necessária a desvendar a controvérsia.

Esse dever advinha, inclusive, das disposições dos artigos 30 e 38 do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*:

> *"**Art. 30.** Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.*
>
> ***Art. 38.** O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina."*

A apelante afirmou, categoricamente, durante todo o transcorrer do feito, que o *Veloster* tem motor de 140 (cento e quarenta) cavalos de potência, como informa, aliás, todo o material publicitário juntado aos autos (fls. 14/18 e 27) e a nota fiscal emitida em favor do apelado (fls. 19).

Entretanto, a confirmar a veracidade desse quadro, limitou-se a juntar laudo produzido unilateralmente, sem oportunidade de exercício do contraditório pelo apelado, negligenciando o sobredito ônus que lhe competia (art. 6º, inciso VIII, do C.D.C.).

Por seu turno, o apelado, conforme ressaltado na r. sentença de primeiro grau, trouxe reportagens detalhadas, produzidas por revistas especializadas do ramo automotivo (fls. 22 e 46), que evidenciaram a inferioridade das especificações do *Veloster* comercializado no mercado brasileiro em relação ao que era anunciado.

Se não bastasse, o apelado retirou dos *sites* oficiais da própria apelada no exterior (fls. 48/70) informações que comprovam a publicidade enganosa

Acesso ao Sumário

praticada pela montadora em prejuízo dos consumidores brasileiros.

O modelo adquirido pelo apelado, *Veloster com motor 1.6 DOHC*, aqui propagandeado como portador de 140cv (cento e quarenta cavalos - fls. 64), nos *websites* oficiais da apelante de, ao menos, Estados Unidos, Chile, Canadá e Colômbia, era anunciado, pela própria, como detentor de 128cv (cento e vinte e oito cavalos) de potência, conforme fls. 48/62.

Em outras palavras, além de não ter se empenhado na produção das evidências que lhe competiam, a apelante sequer conseguiu refutar a robusta documentação trazida aos autos pelo consumidor.

De tal forma que o caso era mesmo de condenação, nos termos do art. 37, §1º, do Código de Defesa do Consumidor, por ter a apelante praticado publicidade enganosa, assim como, nos termos do art. 18, *caput*, do mesmo diploma, por haver comercializado produto com vício de qualidade, a tornar plenamente cabível a opção do consumidor pelo abatimento proporcional do preço (art. 18, § 1º, inciso III).

No que se refere à fração escolhida, de 30% (trinta por cento), para abatimento do preço pago pelo produto, como bem asseverado na r. sentença, não comporta modificação, *"pois em se considerando os elementos dos autos e que indicam flagrante desrespeito pela ré aos direitos dos consumidores, além de notória desvalorização do veículo em virtude de suas reais características, justa e razoável"* (fls. 208).

Por derradeiro, bem afastada a alegação do consumidor de ter sofrido danos morais, vez que não produzida qualquer prova nesse sentido, ponto da respeitável sentença contra o qual não houve insurgência de ambas as partes. Do mesmo modo, diante da sucumbência recíproca, bem fixados os honorários advocatícios e as custas processuais.

3) CONCLUSÃO

Ante o exposto, pelo meu voto, nego provimento à apelação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0008382-83.2004.8.26.0602, da Comarca de Sorocaba, em que é apelante DOUGLAS ROBERTO DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados JOSÉ MIGUEL TERRON, PATRICIA FERNANDA SABOYA RIBEIRO, FABIO DO NASCIMENTO SILVA, FABIO OLIVEIRA DE SOUSA e IRMANDADE DA SANTA CASA DE MISERICÓRDIA.

ACORDAM, em 19ª Câmara Extraordinária de Direito Privado do

Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram do agravo retido e negaram provimento à apelação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33669)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MELO BUENO (Presidente), FELIPE FERREIRA e MARCONDES D'ANGELO.

São Paulo, 6 de maio de 2015.

MELO BUENO, Relator

Ementa: PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICO-HOSPITALARES - AÇÃO INDENIZATÓRIA - Morte da esposa do autor - Não comprovação de negligência ou imperícia dos réus - Prova pericial conclusiva - Indenizações indevidas - Ação improcedente - Agravo retido não conhecido - Apelação desprovida.

VOTO

Apelação contra a r. sentença de fls. 611/616 que julgou improcedente ação de indenização por danos materiais e morais fundada em prestação de serviços médico-hospitalares. O apelante alega fazer jus aos pedidos indenizatórios, pois restou comprovada a negligência e/ou imperícia dos apelados na elaboração de diagnósticos incorretos, na realização de tratamentos inadequados para atacar a patologia que acometia sua esposa e, ainda, nos atendimentos precários e superficiais feitos, tendo sido estes os fatores determinantes para que ela fosse a óbito.

O recurso (fls. 619/626), que é tempestivo, foi processado e respondido (fls. 630/632; 634/639; 641/645; 646/653), exceto pela coapelada *Irmandade*, tendo sido redistribuído nos termos da Resolução nº 668/2014.

É o relatório.

Inicialmente, não conheço do agravo retido interposto pelo coapelado *Fabio Nascimento* às fls. 318/322, eis que não reiterada a sua apreciação, nos termos do art. 523, §1º, do CPC.

No mérito, o apelo não merece acolhida.

O apelante assevera que, no dia 21.12.02, acompanhou sua esposa para atendimento médico na Unidade Pré-Hospitalar - Zona Norte de Sorocaba, sendo que ela se encontrava com pressão baixa, garganta inflamada e sentindo-se muito fraca, tendo sido atendida pelo coapelado *Fabio Nascimento*, o qual lhe ministrou soro e, em seguida, liberou-a sem informar sobre qualquer enfermidade grave. No dia seguinte (22.12), sua esposa continuou sentindo-se mal, com os mesmos sintomas do dia anterior, tendo retornado àquela Unidade, tendo sido

Acesso ao Sumário

atendida pelo coapelado *José*, que lhe teria ministrado soro e o medicamento 'benzetacil', liberando-a novamente para casa. No dia seguinte (23.12), outra vez sua esposa teve que retornar à Unidade em questão, apresentando os mesmos sintomas, além de sangramento vaginal e dor no estômago, ocasião em que foi atendida e examinada pela coapelada *Patricia*, a qual, por sua vez, ministrou-lhe soro e os medicamentos 'plasil' e 'buscopan', tendo-a liberado para retornar a sua casa. Finalmente, no dia seguinte (24.12), sua esposa, com os mesmos sintomas do dia anterior, além de vômitos constantes, retornou ao local de atendimento dos dias anteriores, tendo sido atendida pelo médico plantonista, o coapelado *Fabio Oliveira*, que acabou por ministrar os mesmos medicamentos do dia anterior, dando-lhe alta; porém, antes de ir embora, ela começou a passar muito mal, tendo sido comunicada pelo coapelado *Fabio Oliveira* que deveria ser encaminhada para internação na Santa Casa local, porque ele 'não poderia fazer mais nada'. Consequentemente, deu entrada no início do dia 25.12 na coapelada *Irmandade*, onde finalmente foi submetida a exames, tendo sido efetivamente atendida por um médico às seis horas; contudo, teve uma primeira parada cardíaca às nove horas, entrando em coma, uma segunda parada cardíaca às onze horas, vindo, por fim, a falecer às 13h05min desse mesmo dia, sendo declarado, como causa da sua morte, 'infarto cerebelar'.

Diante dessa situação, o apelante alega fazer jus a ser indenizado por danos materiais e morais, face à negligência e imperícia dos coapelados médicos que atenderam sua esposa nos quatro dias de peregrinação à Unidade Pré-Hospitalar, não lhe dando a devida assistência e nem tomado as devidas precauções e diligências necessárias para se realizar o devido diagnóstico e o adequado tratamento para a patologia que acometia sua esposa, e pela negligência da coapelada *Irmandade* quanto ao seu atendimento precário e demorado quando a paciente lhe foi encaminhada para internação, necessitando de atendimento emergencial.

No entanto, não lhe assiste razão. Com efeito, de acordo com a prova pericial (fls. 558/567) - realizada para dirimir, principalmente, questões elaboradas pelo D. Magistrado de primeiro grau acerca da correção dos procedimentos médicos adotados que antecederam a internação e os observados durante ela, bem como se os sintomas apresentados pela falecida esposa do apelante eram capazes de indicar a iminência de infarto cerebelar (fls. 417) -, concluiu-se que não houve liame causal entre o óbito e os atendimentos médicos efetuados. E, a patologia apresentada pela Sra. *Alessandra Lima Mendonça*, esposa do apelante, teve seu diagnóstico dificultado tanto pela sintomatologia vaga apresentada (não coincidindo com os sintomas mais frequentes e esperados para o caso específico de acordo com a literatura médica) quanto pela sua faixa etária (incidência muito baixa, em termos estatísticos).

Ademais, a perícia objetivamente respondeu aos quesitos das partes,

ressaltando que todos os apelados médicos procederam de acordo com a praxe médica diante dos sintomas apresentados pela falecida nos quatro dias em que comparecera à Unidade Pré-Hospitalar; enquanto que, com relação à coapelada *Irmandade*, forçoso reconhecer que não houve atendimento precário ou inadequado de sua parte, tendo o perito respondido que esta tomou as medidas habituais para atendimento a casos semelhantes ao da esposa do apelante, bem como não teria maior chance de sobrevivência caso a paciente tivesse sido encaminhada para a UTI algumas horas antes (fls. 437; 566).

Outrossim, cumpre ressaltar que as testemunhas arroladas pelo apelante (fls. 357 - ouvido como informante; 358/359), não souberam responder se a falecida tinha algum sangramento vaginal tampouco puderam afirmar se os médicos apelados trataram com descaso ou negligenciaram a paciente nos atendimentos realizados; não corroborando, portanto, a versão dos fatos apresentada pelo apelante.

Posto isto, forçoso reconhecer que não restaram demonstrados nem o nexo causal entre a patologia que levou a esposa do apelante a óbito e os atendimentos prestados a ela por todos os apelados, e nem as alegadas imperícia e negligência de qualquer dos médicos coapelados; não se desincumbindo o apelante, portanto, do ônus de provar os fatos constitutivos do seu direito, conforme disposto no art. 333, I, do CPC, sendo desnecessário suscitar a incidência da legislação consumerista e a respectiva inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, VIII, do CDC, eis que a instrução restou exauriente na presente ação.

Logo, não prosperam os pedidos indenizatórios deduzidos na inicial, razão pela qual a r. sentença deve ser mantida, por seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, **não conheço do agravo retido e nego provimento à apelação.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1097276-54.2013.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante NATHALIA SOUZA PARRA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado COMPANHIA DO METROPOLITANO DE SÃO PAULO - METRÔ.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 38ª 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 9380 JV)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SPENCER

Acesso ao Sumário

ALMEIDA FERREIRA (Presidente sem voto), FLÁVIO CUNHA DA SILVA e ACHILE ALESINA.

São Paulo, 7 de maio de 2015.

FERNANDO SASTRE REDONDO, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. Transporte de passageiros. Danos morais e materiais. Autora vítima de lesões em tumulto ocorrido em local onde se dá a transferência de usuários entre as estações Consolação do Metrô e Paulista da concessionária Via Quatro. Pertinência subjetiva passiva da Cia. do Metropolitano reconhecida. Preliminar afastada. Relação de consumo, na qual todos integrantes da cadeia respondem solidariamente por prejuízos causados aos consumidores. Inteligência dos artigos 22, parágrafo único e 7º, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor. Sentença anulada, prejudicado o exame do recurso.

VOTO

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação contra a r. sentença de fls. 236/240, de relatório adotado em complemento, que, ação de reparação por danos materiais e morais ajuizada pela apelante, julgou improcedente o pedido em relação à Concessionária da Linha Quatro do Metrô de São Paulo S.A. e julgou extinto o feito, sem julgamento de mérito, em relação à Companhia do Metropolitano de São Paulo - Metrô, Peter Berkely Bardam Walker, Mario Fioratti Filho e Antonio Linhares da Cunha e Arthur Piotto Filho, nos termos do artigo 267, VI, do CPC, condenando a autora arcar com as custas processuais, bem como com honorários advocatícios fixados em 10% do valor dado à causa, observada a gratuidade de que goza.

Apela a autora (fls. 244/256). Sustenta que ao utilizar os serviços de transporte da apelada (Metrô), haja vista tumulto e excesso de passageiros, foi empurrada e sofreu lesões corporais, tendo sido socorrida e atendida no hospital, onde passou por consulta e permaneceu em observação ficando afastada de suas atividades cotidianas. Pugna pela condenação em danos materiais e morais.

Recurso tempestivo, isento de preparo e respondido.

VOTO

Impõe-se reconhecer a pertinência subjetiva passiva da Cia. do

Acesso ao Sumário

Metropolitano, prejudicado o recurso.

A autora pretende o pagamento de indenização por danos materiais e morais decorrentes de lesão corporal, sofrida em 4.9.2013, por volta das 8h05min, em local onde se dá a transferência de usuários entre as estações Consolação do Metrô e Paulista da Via Quatro.

O juízo acolheu a preliminar de ilegitimidade passiva da corré Companhia do Metropolitano de São Paulo - Metrô, ressaltando que os fatos ocorreram na Estação Paulista da Linha Amarela, administrada pela Concessionária da Linha Quatro, e, ainda, que os funcionários da concessionária prestaram a devida assistência à autora no local.

Respeitado o entendimento do douto magistrado, a preliminar de ilegitimidade passiva deve ser afastada.

É que os usuários de serviços públicos têm direito à proteção da legislação consumerista, conforme disposto no art. 22, do Código de Defesa do Consumidor[1].

E no caso de relação de consumo, a responsabilidade é solidária, nos termos do art. 7º, parágrafo único, do mesmo código[2].

Nesse sentido, julgados desta Corte:

"Processual. Denunciação da lide a seguradora com fundamento no art. 70, III, do CPC. Matéria não apreciada na decisão agravada. Ausência de interesse recursal quanto a esse aspecto. Agravo de instrumento da ré não conhecido nessa parte. Processual. Responsabilidade civil. Contrato de transporte. Acidente em estação do Metrô. Preliminar de ilegitimidade passiva, ao argumento de que a estação em que ocorrido o fato seria diversa da alegada, além disso administrada por outra empresa. Matéria que desborda do exame das condições da ação, derivando para o plano da imputabilidade do evento lesivo descrito e se entrosando assim com o mérito. Preliminar corretamente afastada. Decisão mantida. Agravo de instrumento desprovido quanto a esse aspecto. Processual. Denunciação da lide. Alegação de que a estação em que ocorrido o acidente seria administrada pelo Consórcio Via Quatro e não pela ré-agravante, Companhia do Metropolitano. Objetivo de transferência da responsabilidade primária a outrem, não de exercício de possível direito de regresso. Escopo não

1 Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste Código.

2 Art. 7º (...)

Parágrafo único. Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.

Acesso ao Sumário

compatível com o instituto da denunciação. Modalidade de intervenção de terceiro ademais descabida no âmbito de litígios fundados em relação de consumo. Inteligência do art. 88 do CDC. Denegação mantida. Agravo de instrumento da ré desprovido também nessa parte". (TJSP, Agravo de Instrumento nº 2019567-32.2013.8.26.0000, Rel. Des. Fabio Tabosa, 22ª Câmara de Direito Privado, j. 5.12.2013).

"INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - ACIDENTE EM ESTAÇÃO DO METRÔ - ILEGITIMIDADE PASSIVA - RELAÇÃO DE CONSUMO - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - Tratando-se de relação de consumo, todos os integrantes da cadeia de fornecimento de produtos e serviços respondem solidariamente por prejuízos causados aos consumidores. Aplicação do artigo 7º, Parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor. Recurso desprovido, nessa parte.

DENUNCIAÇÃO DA LIDE - RELAÇÃO DE CONSUMO - AÇÃO REGRESSIVA - Não se admite a denunciação à lide em causas que versem sobre responsabilidade civil por acidentes de consumo - Aplicação do artigo 88 do Código de Defesa do Consumidor. Recurso desprovido, nessa parte." (TJSP, Agravo de Instrumento nº 0055169-55.2012.8.26.0000, Rel. Des. Walter Fonseca, 11ª Câmara de Direito Privado, j. 16.8.2012).

Assim, ilegitimidade passiva não há na hipótese, devendo o feito prosseguir contra a Companhia do Metropolitano de São Paulo - Metrô, com o exame das demais questões abordadas na contestação.

Ante o exposto, anula-se a sentença, prejudicado o recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1005229-43.2014.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante T.B.S. (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado N.S.E.H.L..

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 30.550)**

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

São Paulo, 7 de maio de 2015.

RUY COPPOLA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Indenização. Autor agredido no interior de motel pelo marido da sua acompanhante, e pelo irmão dele. Autor que já havia sido ameaçado, horas antes, pela mesma pessoa, que invadiu quarto de outro estabelecimento. Prepostos da ré que não poderiam prever a intenção dos agressores, que ingressam no estabelecimento como clientes, não havendo como se exigir, notadamente pela natureza do serviço prestado, fosse obstada a entrada ou investigados os motivos que os levaram até o local. Fato de terceiro que, no caso, conquanto fosse previsível para o autor, era absolutamente imprevisível para a ré, constituindo causa excludente de responsabilidade. Falha na prestação do serviço não caracterizada. Excludente da responsabilidade objetiva decorrente de culpa exclusiva de terceiro. Artigo 14, § 3º, II, do CDC. Ação julgada improcedente. Sentença mantida. Recurso improvido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de ação de indenização por danos materiais e morais, ajuizada por T.B.S. contra N.S.E.H.L., que a respeitável sentença de fls. 65/67, cujo relatório se adota, julgou improcedente.

Apela o autor (fls. 73/80) sustentando, em suma, que a ré não cumpriu com sua obrigação de resguardar sua segurança na condição de hóspede, pois foi agredido fisicamente, vindo a sofrer grave constrangimento e abalo emocional. Pede, ao final, a reforma da sentença.

Recurso tempestivo e isento de preparo, diante da gratuidade deferida a fls. 20.

Contrarrazões a fls. 85/88.

É o Relatório.

O autor-apelante ajuizou a presente ação de reparação de danos, informando que, em 02/04/2010 hospedou-se no estabelecimento da ré-apelada com uma "amiga", confiando na privacidade, conforto e segurança oferecidos, posto que, horas antes, havia sido alvo de ameaças por parte do marido de sua "amiga", que invadira outro quarto de outro hotel ocupado pelo casal.

Afirma que a hospedagem ocorria normalmente quando, no início da manhã, o quarto foi invadido novamente pelo marido da "amiga" que, acompanhado do seu irmão, o espancou brutalmente com socos e pontapés, fato

Acesso ao Sumário

que foi presenciado por cerca de quarenta pessoas que trabalhavam no local, além dos policiais e socorristas que, ao chegarem, se depararam com o autor nu e desmaiado no chão.

Alega, pois, que o serviço não foi prestado de maneira adequada, e que, em razão do episódio, permaneceu internado e teve que pedir férias do trabalho em virtude dos hematomas e marcas físicas e psíquicas resultantes das agressões, que também causaram uma enorme cicatriz permanente no rosto.

Pois bem. Tanto o artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, quanto o artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, permitem concluir que os estabelecimentos de hospedaria, seja em razão da atividade desenvolvida ou pela vulnerabilidade do consumidor na relação contratual, respondem objetivamente pelos danos causados.

Ou seja, provado o evento danoso e o nexo causal deste com a prestação do serviço, dispensa-se a prova da culpa do estabelecimento, que é presumida.

No entanto, não se pode olvidar que o § 3º do referido artigo 14 estabelece excludentes de responsabilidade que impedem a concretização do nexo causal, quais sejam, a ausência de defeito no serviço prestado e a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Assim sendo, analisada a questão sob o prisma da legislação consumerista, a procedência do pleito do autor resultaria da constatação de que os danos sofridos tenham resultado da má prestação do serviço por parte da ré-apelada.

Ocorre que a própria narrativa dos fatos, por parte do autor apelante, permite constatar que não houve falha na prestação do serviço, uma vez que não existe notícia de que o agressor tenha adentrado furtivamente no motel que, conquanto seja um local privado, é aberto a qualquer pessoa que, sendo maior de idade e identificando-se na portaria, solicita um quarto.

Ao contestar a ação a ré alegou:

> "Naquela madrugada pelo que se apurou, os senhores B. e F. - marido e cunhado da amante do autor - entram no motel momentos após o ingresso do casal porque estavam seguindo o carro do autor, pedem uma suíte, estacionam seu veículo na vaga da suíte que contrataram, identificam na garagem da suíte do casal o carro do requerente olhando por baixo das portas automáticas das garagens, localizam o casal, e então praticam a anunciada e prometida agressão.
>
> O dever de vigilância da empresa Requerida existe, mas isso só é possível se o marido ou a mulher traída chegam na recepção e existem saber onde está determinado carro ou casal porque pretendem ir lá tirar satisfações ou empreender um flagrante de traição" (fls. 27/28).

Ao impugnar a contestação o autor nada disse a respeito do alegado pelo réu, de maneira que passou incontroversa a versão oferecida pelo demandado, aduzindo-se apenas que o autor teve seu quarto invadido por negligência da ré,

Acesso ao Sumário

que não impediu o constrangimento do autor.

Portanto, não há que se falar em falha do dever de segurança e privacidade, uma vez que os prepostos da ré não teriam como prever a intenção dos agressores ao ingressar no local.

A entrada dos agressores no estabelecimento se deu de maneira normal, passando-se por clientes, mas que por óbvio, como dito na contestação, já estavam seguindo os passos do autor e de sua acompanhante.

Cumpre destacar, por oportuno, que o próprio autor noticia, na petição inicial que, horas antes o marido de sua "amiga" já havia invadido outro quarto em outro estabelecimento similar, fato do qual a ré certamente não tinha conhecimento, não havendo como exigir que ela impedisse a sua entrada no motel, quando regularmente solicitada, e tampouco perquirisse as razões que o levaram até lá, ainda mais diante da discrição e do sigilo que sabidamente devem estar presentes no ramo da atividade desenvolvida pela recorrida.

Para ser mais claro, e se ter absoluta certeza da conduta corajosa do autor, transcrevo o trecho da peça inicial onde ele descreveu os fatos:

> "Oportuno esclarecer que o que mais atraiu o requerente foi justamente a segurança oferecida pela requerida, pois o requerente já havia sido alvo de ameaças horas antes pelo ex-marido de sua amiga, de nome.....
>
> As referidas ameaças se deram horas antes, quando o ex-marido da amiga de (sic) requerente também invadiu outro quarto de outro hotel ocupado pelo requerente, no entanto, naquele momento não houve agressão física apenas ameaças, momento em que a amiga do requerente concordou em sair do local com seu ex-marido para tratarem dos termos do divórcio, pois pelo que se apurou, apesar de separados de fato eram legalmente casados" (fls. 3).

Lembre-se, apenas, que não existe a figura de ex-marido de quem ainda é legalmente casada.

Ademais, como bem observou o ilustre juiz sentenciante, "o nível de segurança pretendido pelo autor não poderia ser oferecido pelo réu. Um motel não é abrigo para vítimas de ameaças ou violências. Deveria, sim, ter procurado proteção policial, medida adequada para a situação" (cf. fls. 66).

Isso significa dizer que, ameaçado horas antes pelo marido de sua "amiga", o autor, horas depois, retornou a outro local, que entendia apropriado, para com ela continuar o diálogo que havia sido interrompido.

Com efeito, o acervo fático probatório constante dos autos não permite concluir pela falha na prestação do serviço, sendo de rigor reconhecer que os danos noticiados decorreram de ato de terceiro que, dadas as circunstâncias, informadas na própria exordial, era bastante previsível para o autor-apelante, porém absolutamente imprevisível por parte da ré-apelada, constituindo, assim,

Acesso ao Sumário

causa excludente de responsabilidade, diante da ausência de nexo causal entre a prestação do serviço e o dano.

Ao excluir a responsabilidade do prestador de serviço, que é objetiva, o artigo 14, § 3º, II, Código de Defesa do Consumidor é preciso, e a doutrina mostra o seguinte:

> "Na segunda parte do inciso II a irresponsabilização fica possibilitada ao prestador de serviço, se ele provar que o acidente se deu por culpa de terceiro.
>
> Da mesma maneira como ocorre com o produto, também aqui é necessário que seja terceiro mesmo, pessoa estranha à relação existente entre o consumidor e o prestador do serviço, relação que é estabelecida pela aquisição do serviço" (*in* **"Curso de Direito do Consumidor", Rizzatto Nunes, Ed. Saraiva, 3ª Edição, pág. 316/317**).

A doutrina também corrobora o aqui decidido: *"É preciso cuidado, porém, para identificar - como a jurisprudência, eventualmente, faz - situações em que o hotel tenha sido apenas o cenário, por assim dizer, do dano sem relação causal com a atividade hoteleira (poderíamos falar em ocasião do dano, não a sua causa). Digamos que um ex-marido, inconformado com a separação, se hospeda no mesmo hotel da antiga esposa, e dispara um tiro contra ela num dos corredores. Seria de se indagar se caberia responsabilizar o estabelecimento pelos danos resultantes do homicídio passional (a mesma indagação se colocaria se o casal discute dentro de um avião ou ônibus e ele a agride). Em hipóteses semelhantes, o hotel seria mera ocasião para que ocorresse o dano, não a sua causa, já que o fato poderia ocorrer em qualquer lugar."* (*in* **Curso de Direito Civil, Responsabilidade Civil, Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto Braga Netto, Ed. Atlas, 2015, vol. 3, pág. 536**).

E o marido, no caso, era terceiro com relação à prestação do serviço. Diga-se de passagem, em toda a prestação do serviço.

Destarte, a improcedência da ação foi bem decretada, não merecendo censura a respeitável sentença recorrida, proferida pelo culto magistrado, que fica mantida em todos os seus termos.

Ante o exposto, pelo meu voto, NEGO PROVIMENTO ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0019695-14.2011.8.26.0564, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é apelante CONDOMÍNIO RESIDENCIAL VILLA FIORE VILLAGIO AZALÉA, é apelado MARIA TEREZA BARBOSA VALENTIM (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22598)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANDRADE NETO (Presidente), MARIA LÚCIA PIZZOTTI E LINO MACHADO.

São Paulo, 6 de maio de 2015.

ANDRADE NETO, Relator

Ementa: AÇÃO DE COBRANÇA DE DESPESAS CONDOMINIAIS - INCLUSÃO NO MONTANTE DO DÉBITO DE VALOR A TÍTULO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - IMPOSSIBILIDADE - VERBA QUE INCUMBE AO JUIZ FIXAR COM BASE NOS CRITÉRIOS DO CPC - ARTIGOS 395 E 404 DO CC - INAPLICABILIDADE - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Inconformado com a sentença que julgou parcialmente procedente a ação de cobrança de despesas condominiais para excluir do montante do débito valores inseridos a título de honorários advocatícios, apela o condomínio-autor argumentando, em síntese, que os honorários advocatícios compõem as perdas e danos decorrentes do inadimplemento da obrigação, sendo, portanto, devidos, a teor do disposto nos artigos 395 e 404 do CC. Por fim, pede a revogação da justiça gratuita concedida à apelada.

O recurso foi recebido e processado no duplo efeito, sem contrarrazões.

É o relatório.

Inicialmente, esclareço que a argumentação relativa à pretensão de revogação dos benefícios da justiça gratuita é própria do incidente de impugnação em apenso, contra cuja sentença não se insurgiu o apelante, razão pela qual deixo de me manifestar a respeito nesses autos.

Nenhum reparo merece a sentença quanto a ser indevida a inclusão pelo credor em seus cálculos do valor correspondente a honorários advocatícios.

Isso porque, o critério a ser seguido é o do Código de Processo Civil, incumbindo ao juiz fixar os honorários, observado o disposto no artigo 20. Assim, há que prevalecer exclusivamente a verba honorária sucumbencial.

Por outro lado, é fato haver precedentes jurisprudenciais do C. STJ,

Acesso ao Sumário

capitaneados pela eminente Ministra Nancy Andrighi, no sentido de incluir os honorários advocatícios contratuais entre as despesas a serem ressarcidas pelo causador do dano ao vencedor da demanda, independente da condenação ao pagamento de honorários de sucumbência, em homenagem ao princípio da reparação integral insculpido no art. 404 do Código Civil.

Confira-se:

"CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. VALORES DESPENDIDOS A TÍTULO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS. PERDAS E DANOS. PRINCÍPIO DA RESTITUIÇÃO INTEGRAL.

1. Aquele que deu causa ao processo deve restituir os valores despendidos pela outra parte com os honorários contratuais, que integram o valor devido a título de perdas e danos, nos termos dos arts. 389, 395 e 404 do CC/02.

2. Recurso especial a que se nega provimeto" (REsp nº 1134725/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma, DJe 24/06/2011).

No entanto, no âmbito de Embargos de Divergência versando sobre o tema (EREsp nº 1155527/MG, Rel. Min. Sidnei Beneti, 2ª Seção, julgado em 13/06/2012, Dje 28/06/2012), a própria Ministra Nancy Andrighi modificou seu posicionamento anterior, alinhando-se com o entendimento que restou consolidado a partir do julgamento do supracitado recurso, no sentido de inexistir obrigação de reembolso dos honorários advocatícios contratuais despendidos pela parte vencedora da demanda.

E assim o fez com base em argumentos a meu ver absolutamente convincentes, que ora reproduzo, sendo desnecessárias maiores digressões a respeito:

"Com efeito, ao admitir que o autor deve ser indenizado pelo réu do que aquele gastou com seu patrono, haveremos, por simetria, de reconhecer também o direito do réu em caso de total improcedência dos pedidos de ser indenizado pelo autor dos honorários contratuais que tiver pago.

Nessa hipótese, a alegação feita no voto condutor de inexistência de ato ilícito gerador de dano indenizável procede e ganha pertinência.

Melhor explicando, muito embora tenhamos, por reciprocidade, de reconhecer o direito do réu de, resultando vencedor na ação (improcedência total dos pedidos), ser indenizado pelo autor dos honorários contratuais pagos ao seu advogado, não terá o autor praticado nenhum ato ilícito capaz de dar ensejo a esse dever de indenizar. Na realidade, terá apenas exercido o seu direito de ação, constitucionalmente garantido (sendo certo que, no particular, não se está a cogitar das situações em que há abuso desse direito, com o ajuizamento de ações temerárias).

Diante disso, a rigor não há como justificar o dever de indenizar do autor.

Acesso ao Sumário

Note-se, por oportuno, que a indenizabilidade dos honorários advocatícios, da forma como prevista nos arts. 389, 395 e 404 do CC/02, vem inserida no contexto do inadimplemento de uma obrigação, ou seja, pressupõe a prática de um ato ilícito.

Feita essa constatação, conclui-se que, à luz dos mencionados dispositivos legais, são inexigíveis os honorários contratuais pagos em virtude do exercício, pela parte contrária, de um direito legítimo (de ação).

Dessarte, não obstante as considerações por mim tecidas no julgamento do REsp 1.027.797/MG, 3ª Turma, minha relatoria, DJe de 23.02.2011, penso que a expressão honorários de advogado, utilizada nos arts. 389, 395 e 404 do CC/02, deve ser interpretada de forma a excluir os honorários contratuais relativos à atuação em juízo, já que a esfera judicial possui mecanismo próprio de responsabilização daquele que, não obstante esteja no exercício legal de um direito (de ação ou de defesa), resulta vencido, obrigando-o ao pagamento dos honorários sucumbenciais.

Vale dizer, o termo honorários de advogado contido nos mencionados dispositivos legais compreende apenas os honorários contratuais eventualmente pagos a advogado para a adoção de providências extrajudiciais decorrentes do descumprimento da obrigação, objetivando o recebimento amigável da dívida".

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0012880-21.2007.8.26.0344, da Comarca de Marília, em que são apelantes ROSALINA DIVINA HÚNGARO, ARINEU ZOCANTE MARÍLIA ME e ARINEU ZOCANTE, é apelado META ADMINISTRADORA DE IMÓVEIS S/C LTDA..

ACORDAM, em 37ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram as preliminares e negaram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 6148)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEDRO KODAMA (Presidente), JOÃO PAZINE NETO e SERGIO GOMES.

São Paulo, 12 de maio de 2015.

PEDRO KODAMA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Apelação. Ação monitória. Legitimidade passiva da embargante Rosalina verificada.

Cerceamento de defesa não caracterizado. Preliminares afastadas. Pactuação de corretagem. Comprovação. Cheque. Ausência de comprovação que título não tem causa ou que sua causa é ilegítima. Sentença mantida. Recursos desprovidos.

VOTO

Trata-se de recursos de apelação interpostos contra a sentença de fls. 108/112, cujo relatório adoto em complemento, que rejeitou os embargos opostos e julgou procedente a ação monitória, constituindo, de pleno direito, o título executivo judicial, no valor de R$ 30.000,00, atualizado monetariamente, a partir da emissão (agosto de 2005), com incidência de juros de mora de 1% ao mês a contar da citação. Os embargantes foram condenados ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios fixados em 10% do valor da execução.

Inconformados, apelam os embargantes.

A embargante Rosalina Divina Húngaro sustenta que o título que amparou a ação monitória, ou seja, o cheque prescrito, no valor de R$ 54.000,00 não foi por ela emitido, mas sim pela pessoa jurídica denominada Arineu Zocante Marília - ME, motivo pelo qual não há que se falar em sua legitimidade para figurar no polo passivo da ação. Pondera que a obrigação por ela assumida foi inteiramente cumprida, pois ficou ajustado verbalmente que a quitação da comissão devida se daria pela entrega dos bens descritos no recibo declaratório de fls. 24, que foram valorados em R$ 6.000,00. Ressalta que a determinação de pagamento da comissão no valor de R$ 60.000,00, contida na declaração de fls.23, foi ali inserida maliciosamente pela apelada. Frisa que o incidente de falsidade em relação a tal documento foi julgado procedente sem a interposição de recurso. Aduz que em relação a ela a apelada não possui nenhum documento hábil a amparar a ação monitória. Entende que o instrumento particular de compromisso de permuta de imóveis não evidencia a sua obrigação de pagar soma certa, determinada e conhecida, em dinheiro, ou mesmo de entregar coisa fungível ou determinado bem móvel. Aduz que o próprio magistrado admitiu que mencionado documento não possui valor certo e determinado, bem como que o cheque teria sido emitido exclusivamente pela pessoa jurídica de Arineu. Pugna pelo provimento do recurso.

Acesso ao Sumário

Os embargantes Arineu Zocante Marília ME e Arineu Zocante sustentam, preliminarmente, a anulação da sentença, diante do evidente cerceamento de defesa, com o julgamento antecipado da lide, pois necessário o depoimento pessoal do representante da apelada, a oitiva de testemunhas, junção de documentos, além de outros meios probatórios. Afirmam que a não produção das

provas impediu o cumprimento do artigo 333, II, do Código de Processo Civil. Quanto ao mérito, argumentam que o cheque, objeto da ação, não foi emitido exclusivamente para fins de quitação do valor referente à comissão mencionada no instrumento de fls. 11/21, pois o valor remanescente nele descrito, no importe de R$ 30.000,00, se refere à parte do pagamento da camioneta S-10, negócio que foi desfeito, motivo pelo qual não há que se falar em procedência da demanda. Dizem que no tocante a cobrança da corretagem, verifica-se que a apelada não possui documento hábil para ser convertido em título executivo judicial, nos termos do artigo 1.102-A, do Código de Processo Civil, vez que não indica qual seria o valor devido e ajustado a título de comissão. Mencionam que a cártula não pode ser considerada como diretamente vinculada ao contrato. Pugnam pelo provimento do recurso.

Recursos tempestivos e preparados (fls. 123/124 e 135/136).

A embargada apresentou contrarrazões pleiteando a manutenção da sentença (fls. 145/152).

Em 25.11.14 foi proferido acórdão pela 28ª Câmara de Direito Privado, declinando da competência e não conhecendo do recurso. (fls.195/198)

É o relatório.

Versa o feito sobre ação monitória.

Meta Administradora de Imóveis S/C Ltda. ajuizou ação monitória em face de Arineu Zocante Marília ME, Arineu Zocante, Rosalina Divina Húngaro e Antonia Márcia Colombo, alegando ser credora de R$ 30.000,00, decorrente de cheque sem eficácia executiva, emitido para pagamento de comissão de corretagem. Alegou que do valor total do cheque (R$ 54.000,00) emitido pela pessoa jurídica uma parte do valor já foi quitada. A desistência da ação em relação à ré Antonia Márcia Colombo foi homologada (fls. 88).

Não é o caso de acolhimento das preliminares arguidas pelas partes.

O pleito inicial diz respeito à quitação de cheque emitido para o pagamento da corretagem referente ao contrato de permuta do qual participou a embargante Rosalina Divina Húngaro na qualidade de permutante, desta forma, não há que se falar em sua ilegitimidade passiva.

Além disso, o julgamento antecipado não implicou cerceamento de defesa. A dispensa da produção de provas não pode servir de fundamento para a anulação da sentença, porquanto cabe ao juiz o poder-dever de impedir a produção de prova inútil ao deslinde da causa.

Já decidiu o Supremo Tribunal Federal que a necessidade da produção de prova há de ficar evidenciada para que o julgamento antecipado da lide implique cerceamento de defesa. A antecipação é legítima se os aspectos decisivos estão suficientemente líquidos para embasar o convencimento do Magistrado (RE nº 101.171-8/SP, Rel. Min. FRANCISCO REZEK).

Acesso ao Sumário

Veja-se, no mesmo sentido, entendimento do Superior Tribunal de Justiça: *"Presentes as condições que ensejam o julgamento antecipado da causa, é dever do juiz, e não mera faculdade, assim proceder"* (4ª Turma, Resp 2.832 - RJ, rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO, j. 14.8.90 - DJU 17.9.90, p. 9.513).

Ademais, consoante o disposto no art. 125 do CPC, cabe ao Juiz a direção do processo, devendo determinar as provas necessárias (art. 130 do CPC). E é firme a jurisprudência no sentido de que o juiz tem o poder-dever de indeferir a produção de provas inúteis ou quando os elementos constantes dos autos já permitirem o seu julgamento:

> *"Quanto à necessidade da produção de provas, o juiz tem o poder-dever de julgar a lide antecipadamente, desprezando a realização de audiência para a produção de provas ao constatar que o acervo documental é suficiente para nortear e instruir seu entendimento. É do seu livre convencimento o deferimento de pedido para a produção de quaisquer provas que entender pertinentes ao julgamento da lide ..."* (Superior Tribunal de Justiça, AgRg no Ag 738.889/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/04/2006, DJ 22/05/2006, p. 160).

Além disso, verifica-se que no presente caso as provas coligidas aos autos eram suficientes para o desate do litigio.

As preliminares, assim, devem ser rejeitadas.

No tocante ao mérito, a r. sentença apelada deve ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos, os quais ficam adotados como razão de decidir pelo não provimento do recurso, nos termos do art. 252 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça que dispõe: *"Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la"*.

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

Acesso ao Sumário

Cabe, contudo, acrescentar ao *decisum* algumas considerações.

Conforme se depreende da leitura da cláusula terceira, parágrafo terceiro, do contrato de permuta ficou determinado o pagamento da corretagem por parte dos embargantes, Arineu Zocante e Rosalina Divina Hunguro, em favor da

embargada (fls.18).

Ou seja, inegável a solidariedade entre eles no concernente ao pagamento da corretagem e, considerando que o cheque foi emitido para o pagamento de mencionada obrigação, os apelantes são responsáveis pelo adimplemento do valor nele representado, ressaltando-se que parte do valor da cártula, conforme afirma a apelada, já foi quitado.

A responsabilidade da embargante Arineu Zocante Marília ME decorre do fato de ser a emitente da cártula. (fls.25)

Ademais, pertinente destacar que o cheque é uma ordem de pagamento à vista emitida pelo titular de uma conta bancária e apresentada a uma instituição de crédito depositária para que esta pague ao portador legítima importância, que, em regra, não se atrela à existência do negócio jurídico subjacente.

Cumpria aos embargantes demonstrar de forma cabal e convincente, que o título não tem causa ou que sua causa é ilegítima, o que não aconteceu. A respeito, leciona HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, Títulos de Crédito e outros títulos executivos, Editora Saraiva, 1.ª edição, página 137:

> *"Diante da literalidade e autonomia do cheque, o portador nada tem que provar a respeito de sua origem. Ao devedor é que, suscitada a discussão do negócio subjacente, cumpre o encargo de provar que o título não tem causa ou que sua causa é ilegítima, devendo, outrossim, fazê-lo por meio de prova robusta, cabal e convincente, porquanto, ainda na dúvida, o que prevalece é a presunção legal de legitimidade do título cambiário".*

A alegação da embargante Rosalina de que já quitou a sua parte da dívida não comporta guarida, pois conforme bem destacou a ilustre sentenciante:

> *"O documento de fls. 24 se refere expressamente a parte de pagamento da comissão devida, de modo que não serve a indicar quitação da dívida em face da ré Rosalina.*
>
> *E mais, havendo solidariedade passiva, ambos os devedores respondem pelo débito integral, cabendo posterior rateio e discussão entre eles."* (fls.109/110)

Além disso, não há qualquer indício de que o pagamento do valor faltante diz respeito ao negócio jurídico envolvendo a compra de automóvel pelo embargante Arineu.

Destarte, o recurso de apelação deve ser desprovido, mantendo-se a r. sentença apelada pelos seus próprios fundamentos e pelos ora acrescentados.

Por fim, já é entendimento pacífico o de que não está obrigado o julgador a citar todos os artigos de lei e da Constituição Federal para fins de prequestionamento. Assim, ficam consideradas prequestionadas toda a matéria e disposições legais discutidas pelas partes.

Acesso ao Sumário

Ante o exposto, pelo meu voto, rejeito as preliminares e nego provimento aos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0006244-31.2013.8.26.0602, da Comarca de Sorocaba, em que é apelante TELEFONICA BRASIL S/A e é apelada SANDRA INÊS DA SILVA GAMARRA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 28ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.127)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DIMAS RUBENS FONSECA (Presidente sem voto), BERENICE MARCONDES CESAR e CESAR LACERDA.

São Paulo, 13 de maio de 2015.

CELSO PIMENTEL, Relator

Ementa: Mantida a declaração de inexigibilidade do débito após a portabilidade, afasta-se a condenação da concessionária de telefonia ao pagamento de indenização moral, porque a mera e equivocada cobrança administrativa, intramuros, sem repercussão externa e sem inscrição em cadastro restritivo de crédito não lesa a honra de ninguém e não passa de aborrecimento.

Acesso ao Sumário

VOTO

Concessionária de telefonia apela da respeitável sentença que acolheu em parte demanda por declaração de inexigibilidade de débito e por condenação ao pagamento de indenização moral. Afirma ser nulo e *extra petita* o julgado, ao fixar valor superior ao pedido na inicial. Insiste em seu crédito, nega ilicitude de sua conduta e nega haver dano moral. De modo alternativo, busca a redução da condenação.

Vieram preparo e resposta.

É o relatório.

Na inicial, a autora buscou a declaração de inexigibilidade do débito de dezoito reais e setenta e um centavos, a devolução em dobro e a condenação

ao pagamento de indenização moral equivalente a quinhentas vezes esse valor, nove mil e oitenta e cinco reais.

Não se admitia, assim, condenação em dez mil reais, o que reflete julgamento *ultra-petita*, não *extra petita*, e sem nulidade se solucionaria com simples redução.

Genérica e evasiva, a ré, na contestação e no apelo, limitou-se a argumentar com o exercício de direito, que era e é nenhum, porque a portabilidade da linha telefônica ocorreu em 19 de dezembro de 2011 (fl. 91), antes do pretendido crédito de fevereiro de 2012 (fl. 16).

Mantém-se, pois, a respeitável sentença de declaração da inexigibilidade do crédito.

Todavia, a mera e equivocada cobrança administrativa, intramuros e sem repercussão externa e sem inscrição em cadastro restritivo de crédito não lesa a honra de ninguém, não passa de aborrecimento e, portanto, não configura dano moral.

Por isso, não se cogita de indenização moral, cuja condenação se afasta.

Assim, reduz-se a parcial o decreto de procedência da demanda e em consequência cada litigante arcará com metade das custas e com a honorária do respectivo patrono (CPC, art. 21).

Pelas razões expostas e para os fins indicados, dá-se parcial provimento ao apelo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0008916-87.2012.8.26.0071, da Comarca de Bauru, em que é apelante SONIA GOMES DE ALMEIDA (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados AUTO ESCOLA FERRARI LTDA. - ME e ELEANDRO MIGUEL CALIXTO (JUSTIÇA GRATUITA).

A**CORDAM**, em 29ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 17946)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente sem voto), FABIO TABOSA e CARLOS HENRIQUE MIGUEL TREVISAN.

São Paulo, 13 de maio de 2015.

SILVIA ROCHA, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: Prestação de serviços por autoescola - Relação de consumo - Acidente ocorrido durante aula de direção de motocicleta - Pedido de indenização por danos materiais e morais - Prova de que a aluna acelerou a motocicleta, engatando marcha de maior velocidade, que não era compatível com a natureza do exercício proposto, e deu causa ao acidente - Ausência de demonstração de defeito mecânico - Culpa exclusiva da vítima, que afasta o dever de indenizar - Pedido improcedente - Recurso não provido.

VOTO

Insurge-se a autora, em ação indenizatória por danos materiais e morais, contra r. sentença que rejeitou seu pedido.

Alega que: a) o acidente aconteceu na sexta aula do curso de direção, quando ainda não estava habilitada a conduzir motocicleta sozinha; b) só estaria apta a fazê-lo após vinte aulas; c) seu marido se equivocou ao afirmar que o acidente ocorreu no final do curso; d) o curso oferecido pela ré não atendia à carga horária mínima prevista na legislação vigente; e) o instrutor deixou de lhe dar a atenção necessária; f) a responsabilidade da autoescola é objetiva; g) o Código do Consumidor, aplicável ao caso, assegura a possibilidade de inversão do ônus da prova; h) o acidente lhe causou ferimentos graves, deixou sequelas permanentes e a incapacitou para o trabalho; e i) a sentença deve ser reformada, jugando-se procedente o pedido.

Recurso tempestivo. Sem preparo, porque a apelante é beneficiária da justiça gratuita.

Houve resposta.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

A petição inicial informa que a autora contratou aulas de direção dos réus, visando obter carteira de habilitação para condução de motocicletas, e que, no dia 30.08.2011, durante as aulas práticas, ela se acidentou, sofrendo ferimentos graves no tornozelo esquerdo, que demandaram intervenções cirúrgicas e a incapacitaram para o exercício de atividades profissionais.

De acordo com a inicial, o acidente ocorreu porque: a) o acelerador da moto "enroscou" (fl. 3), impedindo a autora de reduzir a sua velocidade; b) a autoescola permitiu que ela dirigisse sozinha, embora não tivesse habilidade para tanto; e c) o instrutor estava desatento, no momento da queda.

A autora pediu indenização material por lucros cessantes e, também,

indenização por danos morais.

Os réus contestaram a ação, apresentando versão divergente dos fatos. Disseram que o acidente ocorreu após a autora concluir as aulas teóricas, bem como a fase de acompanhamento "lado a lado" do instrutor (fl. 43), quando ela já realizava pequenos trajetos em baixa velocidade, e se deu unicamente porque ela decidiu engatar a terceira marcha da motocicleta, por conta própria, e acabou perdendo o equilíbrio. Houve, portanto, culpa exclusiva da vítima, que afasta o dever de indenizar (fls. 42/44).

A prova oral confirmou a tese de defesa.

A testemunha Emerson Rodrigo, instrutor de outra autoescola, afirmou que a autora já tinha habilidade suficiente para pilotar a motocicleta em círculos e que, nessa fase de aprendizado, o instrutor não precisa ficar ao lado do aluno. Disse que o instrutor a acompanhava à distância, e que, momentos antes da queda, a autora passou a imprimir velocidade acima do normal. Após o acidente, notou que a motocicleta estava com a terceira marcha engatada, o que era incompatível com o exercício proposto, e ouviu o marido da autora dizer que "ela já estava treinando em um campinho as mudanças de marchas" (fl. 108). Esclareceu que vinte era a quantidade de aulas obrigatórias para que o aluno pudesse fazer a prova de habilitação, não a quantidade mínima de aulas para ele dirigir sozinho, nos exercícios da autoescola. Descartou, ainda, a possibilidade de aceleração ou de mudança de marcha involuntária por defeito mecânico, já que a motocicleta era nova e "em moto nova não acontece de enroscar o acelerador" (fl. 108).

A testemunha Alex, presente no local dos fatos, por também ser instrutor de outra autoescola, disse que a autora "já estava mudando de marcha", e que, por isso, não estava acompanhada do seu instrutor. Afirmou que o instrutor estava prestando atenção à aluna e que ela não alegou nenhum defeito na motocicleta após o acidente (fl. 107).

O próprio marido da autora, ouvido no processo como informante, tendo acompanhado a aula e o acidente, afirmou que ela já estava no final do curso e que a motocicleta, pouco antes da queda, estava rápida demais (fl. 86), tudo a corroborar as afirmações da ré.

Não há motivo para acreditar que o marido da autora se equivocou quanto às informações prestadas e é certo que as declarações da testemunha José Ricardo, acerca de reclamações relacionadas à carga horária das aulas teóricas e ao sistema de identificação biométrica dos alunos e instrutores da autoescola (fl. 106), são irrelevantes para o desfecho do caso.

Embora as testemunhas não tenham elucidado a quantidade de aulas que a autora já tinha feito nem precisado o grau de habilidade que ela adquirira, confirmaram que ela já havia evoluído à fase de aprendizagem em que pilotava

Acesso ao Sumário

a motocicleta sozinha, que não houve negligência do instrutor da autoescola na supervisão da aluna e que a motocicleta aparentemente não apresentou nenhum defeito, destacando-se, do conjunto, a afirmação do instrutor Emerson Rodrigo, de que a autora acelerou o veículo, engatando marcha de maior velocidade, incompatível com aquele exercício, dando causa à própria queda.

Não se ignora que a responsabilidade da autoescola é objetiva, dada a relação de consumo existente entre as partes, nem a dor da autora, em virtude das lesões sofridas. As provas apresentadas no processo, porém, só permitem concluir que houve culpa exclusiva da vítima, que é causa excludente de responsabilidade e afasta o direito a indenização (artigo 14, § 3º, II, do Código do Consumidor), razão pela qual o pedido é improcedente.

Diante do exposto, nego provimento ao apelo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000400-71.2013.8.26.0450, da Comarca de Piracaia, em que é apelante ANA CRISTINA ALVES BRAGA DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado ROLDÃO JOSE DA SILVA.

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 30.224)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FRANCISCO OCCHIUTO JÚNIOR (Presidente) e LUIS FERNANDO NISHI.

São Paulo, 14 de maio de 2015.

KIOITSI CHICUTA, Relator

Ementa: Locação. Imóvel não residencial. Término do prazo contratual e não devolução do imóvel. Ação de despejo julgada procedente e pedido reconvencional improcedente. Pretensão à indenização por acessões feitas. Obras, porém, que devem ser enquadradas como sendo benfeitorias úteis. Ausência de concordância do locador quanto à sua realização. Indenização indevida. Exegese do artigo 35 da Lei 8.245/91. Recurso improvido.

Em se tratando de benfeitoria útil realizada no imóvel

e não tendo havido demonstração de anuência do locador quanto à sua realização, não há fundamento jurídico para o direito de retenção ou indenização da obra efetuada, nos termos do disposto no artigo 35 da Lei 8.245/91.

VOTO

Trata-se de recurso interposto contra r. sentença de fls. 217/220 que julgou procedente ação de despejo de imóvel não residencial e improcedente o pedido reconvencional, declarando resolvido o contrato de locação, decretando o despejo da ré-reconvinte, que deverá desocupar voluntariamente o imóvel no prazo de 15 dias a contar do trânsito em julgado, sob pena de despejo compulsório, devendo a ré-reconvinte arcar com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 20% do valor atribuído à causa, suspendendo-se a exigibilidade das verbas por ser a ré beneficiária da gratuidade da justiça.

Alega a ré-reconvinte que a r. sentença se baseou em premissa equivocada de que as obras realizadas no imóvel constituem benfeitorias úteis não indenizáveis, ao passo que a perícia realizada concluiu que as obras feitas caracterizam benfeitorias necessárias e, portanto, passíveis de indenização. Aduz que referidas obras constituem acessões, pois cuidam de construções que aderiram ao terreno, buscando indenização com base no artigo 1.255 do Código Civil, acrescentando ser presumida sua boa-fé e que competia ao apelado provar a má-fé. Ainda que se considere que a obra realizada é benfeitoria útil, cabe o direito à indenização e retenção, nos termos do artigo 1.219 do CC. Por isso, pleiteia a reforma da sentença.

Processado o recurso sem preparo (apelante beneficiária da justiça gratuita), com contrarrazões, os autos restaram encaminhados a este C. Tribunal de Justiça.

É o resumo do essencial.

Restou incontroverso o contrato de locação de imóvel não residencial celebrado entre as partes relativo ao período de 02/01/12 a 31/12/12, bem como o término da relação contratual, com regular notificação para desocupação, sendo certo que a ré permaneceu na posse do imóvel ao argumento de que faz jus à indenização por benfeitorias realizadas no imóvel.

Para melhor aferição da questão relativa à obra realizada no imóvel foi realizada perícia, tendo o laudo constatado que foi construído no imóvel pela ré uma edificação comercial ao lado de outra já existente (gleba A e gleba B, conforme fotografias anexadas), consistente em um barracão de 122,76m2 de área, formado por pilares de sustentação de eucalipto roliço e cobertura em telhas onduladas de fibrocimento, avaliando-o em R$ 16.200,00 (fls. 142/193).

Acesso ao Sumário

Segundo o disposto no artigo 96 do CC, as benfeitorias podem ser voluptuárias, úteis ou necessárias, sendo voluptuárias as de mero deleite ou recreio, que não aumentam o uso habitual do bem, ainda que o tornem mais agradável, ou seja, de elevado valor. São úteis as que aumentam ou facilitam o uso do bem e, por fim, são necessárias as que têm por finalidade conservar o bem ou evitar que se deteriore. Na prática, muitas vezes, a diferença entre uma e outra será sutil, sendo necessária para distingui-las a aferição da intenção dos interessados.

Nesse passo, muito embora o laudo pericial tenha afirmado que as benfeitorias realizadas são necessárias, não se observa no caso sua finalidade de conservar o bem ou evitar que se deteriore. A bem da verdade, a edificação referida se enquadra como benfeitoria útil, ou seja, aquela que aumenta ou facilita o uso do bem, tanto que tais benfeitorias foram realizadas com a finalidade de satisfazer as necessidades da ré-reconvinte no desempenho de suas atividades comerciais.

Por outro lado, não subsiste a alegação da apelante de que a obra realizada configura acessão. As acessões artificiais não se confundem com benfeitorias, tendo conceitos jurídicos diversos. A respeito do tema, Sílvio de Salvo Venosa afirma "Não se confundem, também, benfeitorias com acessões. Tudo o que se incorpora, natural ou artificialmente, a uma coisa chama-se *acessão*. A acessão artificial, mormente as construções, na prática, pode ser confundida com benfeitorias, o que não é correto. Pontifica com clareza Miguel Maria de Serpa Lopes (1962, v. 1, p. 374): *'Há uma benfeitoria, quando quem faz procede como dono ou legítimo possuidor, tanto da coisa principal como da acessória, ou como mandatário expresso ou tácito do dono da primeira, por exemplo, benfeitorias feitas pelo locatário. Na acessão, pelo contrário, uma das coisas não pertence a quem uniu a outra ou a quem a transformou; o autor da acessão não procede na convicção de ser dono ou legítimo possuidor de ambas as coisas unidas, ou como mandatário de quem o é de uma delas, antes sabe não é'*. Nas benfeitorias, portanto, há convicção de que a coisa acrescida pertence ao mesmo dono ou ao menos ao possuidor. Na acessão, a coisa acrescida pertence a proprietário diverso e não existe tal convicção. A acessão é uma das formas de aquisição da propriedade." (Código Civil Interpretado. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 104).

Restou evidenciado, portanto, que a edificação construída não configurou acessão, mas sim benfeitoria útil. Na hipótese vertente, não há no contrato de locação cláusula relativa ao direito de retenção ou indenização por benfeitorias no imóvel. Já o artigo 35 da Lei 8.245/91 *"Salvo expressa disposição contratual em contrário, as benfeitorias necessárias introduzidas pelo locatário, ainda que não autorizadas pelo locador, bem como as úteis, desde que autorizadas, serão indenizáveis e permitem o exercício do direito de retenção"*.

Acesso ao Sumário

No caso, a par de se tratar de benfeitoria útil, não há qualquer demonstração de que tenha havido concordância do locador, razão pela qual não há fundamento jurídico para o direito de retenção ou indenização, conforme consignado na r. sentença.

Isto posto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0013679-64.2013.8.26.0664, da Comarca de Votuporanga, em que é apelante JOÃO BATISTA BERNARDO, é apelado N DEL SALTON NARCIZO M.E..

ACORDAM, em 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15193)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SPENCER ALMEIDA FERREIRA (Presidente) e FERNANDO SASTRE REDONDO.

São Paulo, 13 de maio de 2015.

EDUARDO SIQUEIRA, Relator

Ementa: APELAÇÃO - EMBARGOS À EXECUÇÃO - DECRETAÇÃO DOS EFEITOS DA REVELIA - IMPOSSIBILIDADE - NO PROCESSO DE EXECUÇÃO, A CERTEZA CONSUBSTANCIADA NO TÍTULO DE CRÉDITO AFASTA A PRESUNÇÃO DE REVELIA - PRECEDENTES DO STJ - SENTENÇA ANULADA - RECURSO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por JOÃO BATISTA BERNARDO, nos autos dos embargos à execução opostos por N DEL SALTON NARCIZO M.E., cujos pedidos iniciais foram julgados procedentes para o fim de extinguir a execução, com base na revelia do Exequente, nos termos da sentença de fls. 103/104, do Juiz JORGE CANIL, da qual o relatório se adota.

Irresignado, o Apelante recorre, destacando, em síntese, que: (a) não há como se aplicar o art. 319, do CPC; (b) a Apelada não trouxe nenhum argumento

plausível para acarretar a extinção da execução e, tampouco, demonstrou o pagamento da dívida (fls. 108/131).

O recurso foi preparado (fls. 132/134) e recebido no duplo efeito (fl. 145).

Por fim, consigno que o Apelado ofereceu contrarrazões recursais, pugnando pela manutenção da r. decisão recorrida (fls. 147/150).

É o relatório.

O recurso merece provimento para o fim de anular a sentença recorrida.

De fato, o juiz *a quo* acolheu os embargos de devedor com base na revelia do exequente nos autos dos embargos de devedor.

Entretanto, segundo a melhor jurisprudência, "A não impugnação dos embargos do devedor não induz os efeitos da revelia, pois que, no processo de execução, diferentemente do processo de conhecimento em que se busca a certeza do direito vindicado, o direito do credor encontra-se consubstanciado no próprio título, que se reveste de presunção de veracidade, até porque já anteriormente comprovado, cabendo, assim, ao embargante-executado o ônus quanto a desconstituição da eficácia do título executivo" (STJ-6ª - T., REsp 601.957, Min. HAMILTON CARVALHIDO, j. 23.08.05, DJU 14.11.05).

Como se vê, **o juiz *a quo* não poderia ter acolhido os embargos de devedor unicamente com base na revelia. Na verdade, deveria ter analisado a prova constante dos autos - cujo ônus é do executado e, se fosse o caso, ter acolhido a sua pretensão**.

Em igual teor:

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. **EMBARGOS À EXECUÇÃO. AUSÊNCIA DO OFERECIMENTO DE RESPOSTA. ART. 740 DO CPC. DECRETAÇÃO DA REVELIA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES**. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO. AUSÊNCIA DO COTEJO ANALÍTICO. 1. **A ausência do oferecimento de impugnação aos embargos à execução não induz os efeitos da revelia, já que cabe ao executado a comprovação quanto à ineficácia do título exequendo.** Precedentes. 2. A simples transcrição de ementas, trechos ou inteiro teor dos precedentes colacionados, sem o necessário cotejo analítico não viabiliza o conhecimento do recurso especial pelo dissídio, ante a inobservância dos requisitos dos arts. 541, parágrafo único, do CPC e 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ. Ademais, ausente a similitude fática entre os casos confrontados. 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 576.926/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/02/2015, DJe 26/02/2015). (Grifei)

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. **EMBARGOS À EXECUÇÃO. REVELIA. EFEITOS. NÃO APLICAÇÃO.** REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA Nº 7/STJ.

Acesso ao Sumário

DECISÃO MANTIDA. 1. **A ausência de impugnação dos embargos do devedor não implica revelia, tendo em vista que, no processo de execução, o direito do credor encontra-se consubstanciado no próprio título, que se reveste da presunção de veracidade, cabendo ao embargante-executado o ônus quanto à desconstituição de sua eficácia. Precedentes do STJ.** 2. É inviável a revisão dos fundamentos que ensejaram o entendimento do acórdão recorrido, ante o teor da Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça quando, para tanto, exige-se a reapreciação do conjunto probatório. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 578.740/MS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 04/11/2014, DJe 11/11/2014)

De rigor, portanto, a anulação do feito, determinando-se a remessa ao Juiz *a quo* para que profira decisão embasada na prova constituída nos autos, abrindo-se instrução processual, se for o caso.

Ante o exposto, **dou provimento ao presente recurso para o fim de anular a sentença recorrida.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0017490-85.2012.8.26.0011, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado IMÓVEIS PALAIA LTDA., são apelados/apelantes VALDIR ORTUNHO SOBRINHO e MARA SILVIA SALLUM ORTUNHO e Apelado DK PARK SERVIÇOS DE ESTACIONAMENTOS LTDA..

ACORDAM, em 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 11.360)**

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

São Paulo, 13 de maio de 2015.

MARIA LÚCIA PIZZOTTI, Relatora

EMENTA: AÇÃO DE DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO C.C. - COBRANÇA - EXONERAÇÃO DA FIANÇA - POSSIBILIDADE - NULIDADE DA CLÁUSULA QUE VEDA A FACULDADE - TELEGRAMA QUE SERVE COMO TERMO

Acesso ao Sumário

INICIAL

1 - Não se pode admitir que o fiador, obrigado como garante e estando de boa-fé, mantenha-se indefinidamente vinculado à locação. Assim sendo, tratando-se de contrato benéfico, é plenamente possível a exoneração da fiança, fundamentado no já mencionado artigo 835 do CCivil, que admitiu a exoneração por simples comunicação (ou notificação), independentemente de anuência do credor ou de seu afiançado. Não é necessário nem mesmo sentença judicial, ressalvado o prazo de sessenta dias de vinculação às obrigações assumidas pelo afiançado. Nula a cláusula contratual que veda a exoneração da fiança;

2 - Considerando que a notificação extrajudicial enviada não foi recebida nem mesmo pela secretária do local, inviável a aplicação da teoria da aparência. Termo inicial de contagem do prazo de exoneração da fiança a partir da entrega do telegrama noticiando a pretensão, acrescido do prazo previsto em lei para manutenção da responsabilidade.

RECURSO DO AUTOR IMPROVIDO.

RECURSO DOS CORRÉUS FIADORES IMPROVIDO.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. decisão de fls. 218/221, cujo relatório se adota, que julgou PROCEDENTE EM PARTE os pedidos formulados nos processos nº 0017490-85.2012 e 0015615-46 para o fim de rescindir a relação locativa havida entre as partes, decretando o despejo do imóvel e declarando Valdir e Maria exonerados da fiança a partir de 20.12.2012. Ainda, para condenar os réus a pagar, solidariamente, quantia de R$ 36.928,74, condenando a ré DK Park a pagar os alugueis e encargos vencidos no curso da ação até a data da desocupação, condenando os réus Valdir e Mara, em caráter solidário, ao pagamento de tais quantias até 19.12.2012.

Diante da sucumbência em maior extensão, condenou os réus DK, Valdir e Mara ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em 20% do valor da condenação.

Entendeu, o magistrado ***a quo***, que para fins de notificação da locadora da exoneração da fiança deveria ser considerada data constante de telegrama a

Acesso ao Sumário

ela enviado, observando que mesmo que as notificações tenham sido realizadas apenas em nome do fiador Valdir, deve-se entender que seus efeitos se estenderam para sua esposa e também fiadora Mara. Disse que uma vez realizada a notificação de exoneração, os fiadores ainda permanecem responsáveis pelos débitos da locação por 120 dias depois da notificação, sendo incontroverso que a locatária DK não pagou os alugueis e encargos, não bastando a alegação genérica dos fiadores no sentido de que a quantia cobrada é excessiva.

Irresignadas, apelaram a autora e os réus fiadores.

Aduziu, em suma, a AUTORA Imóveis Palaia Ltda., que os corréus fiadores Valdir e Mara devem se responsabilizar pelo pagamento integral do débito sem qualquer limitação de período ou valor, pois se obrigaram por contrato a arcar solidariamente com o pagamento do débito do locatário até a data da entrega das chaves. Disse que no contrato há cláusula expressa no sentido de que os fiadores não só renunciam ao benefício de ordem, como também à pretensão de se exonerar da fiança prestada, de modo que a notificação enviada com tal finalidade deve ser desconsiderada. Ressaltou que somente poderia haver exoneração de fiança por meio de demanda judicial, não bastando a simples comunicação extrajudicial. Argumentou, assim, pela reforma da r. decisão, dando-se provimento ao recurso interposto. Processado o apelo com o recolhimento do preparo respectivo.

Também apelaram os CORRÉUS, fiadores Valdir e Mara. Aduziram, em suma, que em dezembro de 2011 enviaram notificação extrajudicial para a locadora, informando sua pretensão de desoneração da fiança prestada ao contrato de locação, depois de este se prorrogar por prazo indeterminado. Ressaltaram que também foi enviado telegrama com o mesmo teor, não podendo ser cobrados dos alugueis vencidos e não pagos no período posterior, devendo ser considerada válida a correspondência enviada pela via extrajudicial, ainda que entregue na portaria, devendo ser considerada a exoneração em período anterior àquele fixado na sentença. Insurgiram-se contra a distribuição da verba sucumbencial e argumentaram, assim, pela reforma da r. decisão, dando-se provimento ao recurso interposto. Processado o apelo com o recolhimento do preparo respectivo.

Vieram contrarrazões, sendo os autos posteriormente remetidos a este Tribunal.

É a síntese do necessário.

Trata-se de ação de despejo por falta de pagamento por meio da qual pretende o demandante ver os réus - locatário e fiadores - condenados ao pagamento dos alugueis e encargos da locação, desocupando o imóvel em questão. O pleito foi parcialmente acolhido pelo magistrado ***a quo***, insurgindo-se autor e corréus fiadores contra tal decisão por meio de recursos de apelação.

Acesso ao Sumário

Tanto o autor (locador), como os corréus (fiadores) debatem-se quanto à validade da cláusula de vedação de exoneração da fiança, bem como quanto à validade da notificação extrajudicial enviada pelos fiadores justamente com a finalidade de exoneração pretendida.

De fato, no contrato de locação firmado consta a cláusula de número 33, com a seguinte redação (fls. 14):

> Os fiadores qualificados na cláusula 32ª do presente, **renunciam**, como renunciado fica, expressamente os **benefícios da faculdade de pedir exoneração** de que trata os artigos 835 e seguintes da Lei 10.406/2003, bem como dos benefícios de ordem e sem divisão de bens, e, finalmente, da ciência de ação de despejo, eventualmente proposta contra o locatário, **permanecendo sua solidariedade até o efetivo cumprimento de todas as obrigações legais e contratuais do presente contrato**, devendo suas responsabilidades que se estendem além da locação, a todos os encargos e despesas até mesmo majorações do aluguel a título amigável ou legal, **subsistindo até a efetiva devolução das chaves** e estas serem aceitas pelo locador, contra recibo, mesmo depois de findo o prazo contratual.

Por meio desta cláusula, portanto, os fiadores não só renunciaram ao benefício de ordem, mas também à possibilidade de se exonerar da fiança, atrelando-se ao contrato, portanto, até seu final cumprimento. Contudo, o art. 40, inc. X, da Lei n° 8.245/91 (acrescentado pela Lei n° 12.112/09), permite aos fiadores desonerarem-se de suas obrigações por meio de simples notificação enviada ao locador, quando findo o prazo contratual e prorrogada a locação por prazo indeterminado, permanecendo eles obrigados por todos os efeitos da fiança ainda por cento e vinte dias após tal notificação.

Discute-se, assim, a validade da cláusula de exclusão da faculdade. Deve ser reconhecida sua nulidade.

Isto porque a renúncia à exoneração estabelecida contratualmente constitui cláusula inoperante após vigorar a locação por prazo indeterminado, consoante tem sido reconhecido neste Tribunal (Ap. 1120910-0/6, Rel. Des. Celso Pimentel - 28ª Câmara - j.09.10.07), sendo lícito ao fiador reclamar sua liberação consoante previsão do artigo 835 do Código Civil. Não pode o fiador ficar eternamente vinculado ao cumprimento de obrigação de terceiro, ao qual prestou garantia, em um ato de benevolência e sem benefício algum, sendo perfeitamente possível, portanto, a exoneração da fiança, mormente depois de escoado o prazo previsto no contrato, quando este já passou a viger por prazo indeterminado. Nesse sentido este E. Tribunal já julgou caso semelhante:

> *Ação de despejo por falta de pagamento c.c. cobrança. Contrato de locação prorrogado automaticamente por prazo indeterminado. Hipótese de exoneração da fiança. Possibilidade.* ***Nulidade da cláusula impeditiva da exoneração. Aplicação do artigo 835, CCivil. Basta***

Acesso ao Sumário

comunicação inequívoca da intenção de exonerar-se do encargo, independentemente de anuência ou de sentença judicial. *Prorrogação da responsabilidade do fiador pelas obrigações assumidas pelo afiançado pelos sessenta dias subsequentes à ciência da exoneração pelo credor. Inexistência de incompatibilidade com relação ao artigo 39 da Lei 8245/91. Apelo provido em parte. (Relator(a): Soares Levada; Comarca: Ribeirão Preto; Órgão julgador: 34ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 03/12/2012; Data de registro: 05/12/2012)*

Como bem ressaltou o I. Des. Relator do recurso cuja ementa transcrevi acima:

> Com efeito, não se pode admitir que o fiador, obrigado como garante e estando de boa-fé, mantenha-se indefinidamente vinculado à locação. Assim sendo, tratando-se de contrato benéfico, é plenamente possível a exoneração da fiança, fundamentado no já mencionado artigo 835 do CCivil, que admitiu a exoneração por simples comunicação (ou notificação, como no caso), independentemente de anuência do credor ou de seu afiançado. Não é necessário nem mesmo sentença judicial, ressalvado o prazo de sessenta dias de vinculação às obrigações assumidas pelo afiançado, vigente à época (hoje, 120 dias, pela redação da lei 12.112/09 ao artigo 40, X, da lei 8.245/91).
>
> (...)
>
> Ademais, a cláusula de renúncia ao direito de exoneração da fiança levada a efeito no contrato de locação em que tal garantia foi dada pelos apelados é nula. É que "Não há que se admitir a renúncia prévia ao direito de exonerar-se o fiador da garantia, pois ninguém pode renunciar previamente a um direito potestativo" (Sílvio de Salvo Venosa, ***in*** Código Civil Interpretado, 2ª ed., Editora Atlas, P. 833, em comentário ao artigo 834, que corresponde ao artigo 1500 do CCivil/16).

Nula, portanto, mencionada cláusula contratual, sendo possível a exoneração da fiança. Resta apurar qual a data da exoneração, para delimitar a responsabilidade dos fiadores pelo pagamento do débito.

E de acordo com a documentação acostada aos autos, é possível concluir que o locatário efetivamente foi notificado da exoneração por meio do telegrama, recebido em agosto de 2012 (fls. 122), sendo que a tentativa prévia, por meio de notificação extrajudicial, restou negativa, afinal, não foi recebida por ninguém, nem mesmo pela secretária, sendo inviável a aplicação da teoria da aparência se ninguém tomou ciência do teor da notificação (fls. 113).

Demais disso, a ação de exoneração de fiança apenas foi ajuizada em novembro de 2013, quando o locatário já tinha ciência da pretensão de exoneração, devendo ser mantida a sentença neste aspecto, portanto, inclusive quanto à manutenção do prazo da obrigação por mais 120 dias, nos termos do art. 40 da Lei respectiva.

Acesso ao Sumário

Assim, os recursos interpostos pelas partes não comportam provimento, devendo ser mantida a sentença em sua integralidade.

Destarte, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso de apelação interposto pelos corréus fiadores Valdir e Mara.

Ainda, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso de apelação interposto pela autora Imóveis Palaia Ltda..

Mantida a sucumbência na forma fixada pelo magistrado ***a quo***.

Embargos de Declaração

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 1002064-41.2014.8.26.0077/50001, da Comarca de Birigüi, em que é embargante JOLDES INJETORA LTDA. - ME, são embargados DANIEL SILVESTRINI DE ANGELI - ME e DANIEL SILVESTRINI DE ANGELI.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram os embargos, com imposição de multa. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.769)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CAUDURO PADIN (Presidente), ANA DE LOURDES COUTINHO SILVA DA FONSECA e HERALDO DE OLIVEIRA.

São Paulo, 22 de abril de 2015.

CAUDURO PADIN, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Embargos de declaração. Reiteração de matéria já apreciada e decidida. Ausência de omissão. Nítido caráter protelatório. Imposição de multa. Embargos rejeitados, com imposição de multa, nos termos do parágrafo único do art. 538 do CPC.

VOTO

Vistos.

Trata-se de embargos de declaração contra acórdão que rejeitou embargos de declaração.

Recorre, novamente, o apelante/embargante.

Insiste à exaustão na alegação de omissão quanto ao ônus da prova, requerendo manifestação expressa a respeito para correção de ofensa às regras previstas no art. 333, I e II, do CPC.

Tempestivo, o recurso foi regularmente processado, fls. 01/08.

É o relatório.

Dispõe o art. 538, parágrafo único do CPC: *"Quando manifestamente protelatórios os embargos, o juiz ou o tribunal, declarando que o são, condenará o embargante a pagar ao embargado multa não excedente de 1% (um por cento) sobre o valor da causa. Na reiteração de embargos protelatórios, a multa é elevada a até 10% (dez por cento), ficando condicionada a interposição de qualquer outro recurso ao depósito do valor respectivo."*.

É a hipótese dos autos.

Insiste o embargante à exaustão na alegação de omissão quanto ao ônus da prova e suposta ofensa ao art.333, I e II do CPC.

No entanto, este Tribunal já se manifestou, expressamente, a respeito da matéria quando do julgamento do apelo e dos embargos de declaração de fls. 12/17, com prequestionamento, ausente qualquer violação ao referido dispositivo legal. Confira-se:

> "[...] Deste modo, a prova da entrega da mercadoria era do exequente/fornecedor que não se desincumbiu, adequadamente, do ônus probatório.
>
> Sobre o assunto:
>
> *'[...] Incontroverso nos autos que os cheques tiveram origem em compra e venda de mercadorias. Reconhecido que o emitente pode discutir a 'causa debendi' do título quando envolver exceções pessoais, ligadas ao negócio e em face de quem tenha participado do negócio.* ***Alegação da embargante de que as mercadorias não foram entregues. Ônus da autora, ora apelante, de comprovar a regularidade da relação jurídica entre as partes, mediante juntada de nota fiscal e comprovante de entrega de mercadorias, devidamente assinado. Impossibilidade da embargante produzir a referida prova, sob pena de se exigir a produção de prova negativa ou seja, de que as mercadorias não foram entregues, o que é inadmissível. Ausência do comprovante de entrega de mercadorias.*** *[...] Embargos à Monitória procedentes Monitória improcedente. Apelo improvido, com reconhecimento pela litigância de má-fé' (TJ/SP, Apelação 0006828-08.2011.8.26.0008, rel. Des. Salles Vieira, julgada em 11/12/2014).* [...]
>
> Em resumo, não há prova segura da entrega da mercadoria, bem

Acesso ao Sumário

como documentos em nome do executado. [...]".

E ainda:

"[...] O acórdão foi claro ao expor as razões que levaram ao desprovimento do apelo, enfrentando, inclusive, a questão do ônus probatório, ausente ofensa ao art. 333, I e II do CPC. [...]".

Novos embargos de declaração foram opostos com a mesma argumentação de omissão quanto ao ônus da prova e suposta ofensa ao art. 333, I e II do CPC em nítido caráter protelatório.

Inexiste omissão.

Apenas o embargante não se conforma com a decisão que lhe foi desfavorável, insistindo na reiteração da questão a fim de conseguir, na verdade, a reforma do julgado/acórdão, não sendo esta a via adequada.

Já se decidiu:

"[...] 1. ***Não há razões para se acolher os aclaratórios opostos, visto que busca o embargante o reexame de questões já incansavelmente tratadas por esta Corte, consoante se depreende das decisões anteriormente proferidas e que vem sendo impugnadas mediante os mesmos argumentos exaustivamente rechaçados. Ausentes quaisquer dos vícios ensejadores dos aclaratórios, afigura-se evidente o intuito infringente da presente irresignação, cujo objetivo não é suprir a omissão, afastar a obscuridade ou eliminar a contradição, mas, sim, reformar o julgado por via inadequada.*** *2. Embargos protelatórios que exigem a aplicação, consoante advertido no julgamento dos aclaratórios anteriores, de multa de 1% sobre o valor da causa, corrigido desde a data da distribuição, nos termos do art. 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil. 3. Embargos de declaração rejeitados, com imposição de multa." (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no AREsp 481409/PE, rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, julgado em 24/03/2015).*

"[...] 1. Os embargantes pretendem tão somente reiterar tese de que ocorrera violação dos arts. 535 e 536 do CPC, alegação já veementemente rechaçada nesta Corte, consoante já destacado nos anteriores aclaratórios. 2. ***Vê-se, pois, na verdade, que no presente caso a questão não foi decidida conforme objetivavam os recorrentes, uma vez que foi aplicado entendimento diverso. Contudo, entendimento contrário ao interesse da parte não se confunde com omissão.*** *3. Aplicação da multa de 1% (um por cento) sobre o valor da causa, em favor do embargado, nos termos do parágrafo único do art. 538 do CPC. Embargos de declaração rejeitados, com aplicação de multa." (STJ, EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1396623/RS, rel. Min. HUMBERTO MARTINS, julgado em 24/02/2015).*

Acesso ao Sumário

Deste modo, tratando-se de embargos de declaração manifestamente protelatórios condeno o embargante ao pagamento de multa correspondente a

1% (um por cento) sobre o valor da causa corrigido.

Ante o exposto, o meu voto rejeita os embargos de declaração, com imposição de multa, nos termos do parágrafo único do art. 538 do CPC.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 1054146-14.2013.8.26.0100/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante ANA CRISTINA MONTEIRO DA SILVA ME., é embargado BANCO GMAC S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Acolheram os embargos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32194)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAUDURO PADIN (Presidente) e NELSON JORGE JÚNIOR.

São Paulo, 4 de maio de 2015.

HERALDO DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - Acolhimento para aclarar que os ônus da sucumbência são imputáveis ao Banco embargado (réu), no caso, custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios, arbitrados em 20% sobre o valor da condenação - Embargos acolhidos para tal fim.

VOTO

Inconformada com a decisão do v. acórdão de fls. 139/144 que, por unanimidade de votos, deu provimento à apelação apresentada pela autora, esta interpôs embargos declaratórios, sustentando que o v. aresto acolheu o seu apelo para majorar o valor da condenação imposta em primeira instância, porém, silenciou-se quanto à reversão da condenação da autora em custas, ao não reverter as custas em desfavor da parte sucumbente (apelada). Postula que a Câmara se pronuncie em tal ponto omisso e que se condene a apelada no pagamento das referidas verbas.

É o relatório.

Assiste razão à recorrente, pois de fato, a r. sentença de fls. 92/96, julgou parcialmente a ação proposta pela autora e, entendeu pelo cabimento do pedido

de indenização por danos morais, pois a negativação (que era devida a princípio), foi mantida por um tempo além do razoável pela instituição financeira ré. O valor de indenização fixado pelo r. *decisum* a título de danos morais foi da ordem de R$2.000,00, abaixo do que foi postulado na inicial (R$135.600,00), acolhendo os demais pedidos, relativos à retirada da negativação e para declarar adimplido o débito referente à 18ª prestação.

Todavia, em que pese ser notório que a autora teve sucesso em praticamente todas as suas pretensões, por provável erro material, o r. *decisum* impôs à autora a condenação ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios.

Nesta Instância, foi dado provimento ao apelo para majoração do valor de indenização a título de danos morais de R$ 2.000,00 para R$ 10.000,00.

Embora não tenha sido mencionado expressamente no apelo nada a respeito do provável erro material na r. sentença quanto à questão dos ônus da sucumbência, de fato, tal questão pode ser corrigida mediante os presente embargos, já que a condenação nas verbas sucumbenciais é decorrência inerente à derrota da parte adversária no feito.

Portanto, acolho os presentes embargos declaratórios para que seja sanada tal omissão, para que do v. aresto conste, além do que está expresso em seu dispositivo, a reforma da r. sentença para correção do erro material, imputando-se ao polo passivo a responsabilidade pelos ônus sucumbenciais, quais sejam, custas e despesas processuais, bem como, honorários advocatícios, arbitrados em 20% sobre o valor da condenação.

Ante o exposto, acolho os embargos declaratórios para o fim acima.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 0024334-68.2013.8.26.0576/50000, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é embargante JOSE HENRIQUE BOLDRIN (JUSTIÇA GRATUITA), é embargado BANCO DO BRASIL S/A.

ACORDAM, em 24ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Acolheram os embargos. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 9663)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SALLES VIEIRA (Presidente) e NELSON JORGE JÚNIOR.

São Paulo, 21 de maio de 2015.

CLÁUDIA GRIECO TABOSA PESSOA, Relatora

Ementa: Embargos de declaração - Alegação da existência de omissão no decisório - Incidência de juros e correção monetária - Omissão configurada - Correção monetária, a contar da prolação da sentença, conforme a Súmula 362, do Superior Tribunal de Justiça - Juros de mora, a partir do evento danoso, tendo em vista tratar-se de responsabilidade extracontratual (Súmula 54, do Superior Tribunal de Justiça) - Embargos acolhidos, para aclarar o v. Acórdão, dando parcial provimento ao recurso de apelação.

VOTO

Trata-se de embargos de declaração interpostos por **José Henrique Boldrin** em face do v. Acórdão de fls. 118/124, que negou provimento ao recurso de apelação interposto pelo embargante, mantendo-se, na íntegra, a r. sentença impugnada.

Alega o embargante, em síntese, que o decisório padece de omissão, por não apreciar o pleito de aplicação das Súmulas 43 e 54, do Superior Tribunal de Justiça. Requer o acolhimento dos presentes embargos, para o fim de sanar o vício apontado, bem como, prequestionar a matéria (fls. 127/128).

É o relatório.

Conheço dos embargos de declaração, pois tempestivos e acolho-os, tendo em vista que presentes os requisitos do artigo 535, do Código de Processo Civil.

Em que pese o decidido no v. Acórdão de fls. 118/124, de fato, houve a alegada omissão.

Assim, passo a sanar o vício apontado para incluir no v. Acórdão de fls. 118/124 a seguinte fundamentação:

"No tocante a fluência da correção monetária não assiste razão ao apelante, tendo em vista que, conforme entendimento consagrado na Súmula 362, do Superior Tribunal de Justiça, a incidência deve ocorrer a contar da prolação da r. sentença:

'A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento'.

Por outro lado, com relação à incidência dos juros de mora, merece reforma a r. sentença proferida.

Com efeito, a despeito da existência de relação contratual entre as partes,

Acesso ao Sumário

entendo que o ilícito gerador do dever de indenizar advém da responsabilidade extracontratual.

Confira-se a doutrina de Sergio Cavalieri Filho:

'Tenha-se em conta, todavia, que a regra de incidência de juros a partir da citação ou interpelação é aplicável no caso de exclusivo inadimplemento contratual, vale dizer, ilícito relativo, descumprimento de obrigação assumida pelas partes no contrato. Essa é a lógica de tratar a lei de forma diferenciada, no que concerne aos juros moratórios, as obrigações contratuais e as decorrentes de ato ilícito. O inadimplemento da obrigação não pode ser confundido com o ilícito absoluto cujo dever jurídico violado decorre da lei e não e relação jurídica anterior entre aquele que lesa e o lesado. Aliás, em nenhum contrato as partes assumem a obrigação de não causar danos pessoais ou morais à outra, obrigação esta sempre decorrente da lei. Não é aplicável, portanto, a regra dos juros de mora contratual quando, embora existente uma relação contratual entre as partes, o dano resulta de ilícito absoluto (...). Ademais, o Código de Defesa do Consumidor superou a dicotomia responsabilidade contratual e extracontratual. O fundamento da responsabilidade do fornecedor deixou de ser a relação contratual para se materializar na relação de consumo.' (Programa de responsabilidade civil - 11. ed. - São Paulo: Atlas, 2014, p. 168).

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

'AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO MANTIDA. RESPONSABILIDADE. ATO ILÍCITO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. VERBETE 7 DA SÚMULA DO STJ. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. EVENTO DANOSO. ENUNCIADO 54 DA SÚMULA DO STJ. 1. O Tribunal de origem, com base nos fatos e provas dos autos, entendeu pela responsabilidade da empresa de telefonia pela indevida negativação do nome do autor. O acolhimento das razões de recurso, na forma pretendida, demandaria o reexame de matéria fática. Incidência do verbete 7 da Súmula desta Corte. 2. No caso de indenização por dano moral puro, decorrente de ato ilícito, os juros moratórios fluem a partir do evento danoso (verbete 54 da Súmula do STJ). Entendimento majoritário da Segunda Seção, sufragado no REsp 1.132.866/SP (julgado em 23.11.2011). 3. Agravo regimental a que se nega provimento.' (AgRg no Ag 1348066 / MG, Quarta Turma, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, DJe 13/09/2012, v.u.)

Destarte, no que tange ao termo *a quo* de incidência dos juros moratórios, merece reforma a r. sentença hostilizada, para determinar sua fluência desde o evento danoso (inserção indevida nos órgãos de proteção ao crédito), conforme dispõe a Súmula 54, do Superior Tribunal de Justiça".

Acesso ao Sumário

Pelo exposto, pelo meu voto, **acolho os embargos de declaração** opostos para aclarar o V. Acórdão e dar parcial provimento ao recurso de apelação, conforme fundamentação supra.

Embargos Infringentes

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes nº 9141995-67.2008.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante COMPANHIA PAULISTA DE TRENS METROPOLITANOS CPTM, é embargado WILLIAN ROBSON DE SOUZA OLIVI (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 20ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "POR MAIORIA DE VOTOS, ACOLHERAM OS EMBARGOS INFRINGENTES, VENCIDOS O TERCEIRO E QUARTO JULGADORES.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30428)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CORREIA LIMA (Presidente), MARIA LÚCIA PIZZOTTI, LUIS CARLOS DE BARROS e REBELLO PINHO.

São Paulo, 25 de maio de 2015.

ÁLVARO TORRES JÚNIOR, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL - Transporte de passageiros - Responsabilidade objetiva - Arremesso de pedra contra o veículo de transporte por terceiro - Fortuito externo - Evento imprevisível e inevitável, mas completamente desligado da organização do negócio e da atividade exercida - Excludente da responsabilidade objetiva - Precedentes do STJ - Adoção da tese sustentada pela sentença e pelo voto vencido, no sentido do desprovimento da apelação do autor - Embargos infringentes acolhidos.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. É ação indenizatória por danos morais julgada improcedente em primeiro grau, mas esta Câmara, por maioria de votos, deu provimento ao apelo do autor para condenar a ré a lhe pagar R$ 18.000,00 (corrigidos pela Tabela deste Tribunal desde o arbitramento, acrescidos de juros moratórios de 1% a. m. contados da citação); foi ainda a ré condenada a pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação.

Ficou vencido o 3º julgador, que negava provimento ao recurso, ao fundamento de que o evento danoso, por se tratar de fortuito externo, isentava de responsabilidade a transportadora, mantendo, portanto, a sentença por seus fundamentos, com fulcro no art. 252 do Regimento Interno deste Tribunal.

Nestes embargos infringentes, pretende a ré afastar o entendimento majoritário da turma julgadora (da relatora, Desª. Maria Lúcia Pizzotti e do revisor, Des. Luis Carlos de Barros), para se adotar o entendimento divergente do 3º julgador (Des. Rebello Pinho), reconhecendo-se, pois, a excludente de responsabilidade da transportadora pelo fortuito externo.

O recurso é tempestivo, foi bem processado e contrariado.

2. O autor, ora embargado, era passageiro de trem da ré e, no curso do contrato de transporte, em 23-02-2006, foi atingido em seu braço direito por uma pedra arremessada por terceira pessoa, do lado de fora do veículo, o que lhe causou dor, inchaço no cotovelo e perda de sangue. Alega ter sofrido danos morais com o episódio.

Preservado o entendimento da douta maioria, a tese do voto vencido, que prestigia a sentença, deve prevalecer.

É verdade que, cuidando-se de contrato de transporte de passageiros, a responsabilidade da transportadora é objetiva, consoante o disposto no art. 734 do Código Civil ("*O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade*"). E, havendo inegável relação de consumo entre o passageiro e a empresa transportadora, aplicável também ao contrato de transporte as regras de responsabilidade civil objetiva previstas na legislação consumerista (art. 14 do CDC).

Sendo objetiva a responsabilidade, é irrelevante qualquer discussão acerca da culpa da transportadora no evento, bastando que estejam presentes o ato ilícito, o dano e o nexo de causalidade entre aqueles dois elementos.

Assim sendo, a exoneração da responsabilidade da transportadora somente é admissível **caso estejam presentes as situações capazes de "quebrar" o nexo de causalidade existente entre o serviço prestado e o dano provocado**, como o caso fortuito ou força maior (art. 734 do Código Civil) e a culpa exclusiva da

Acesso ao Sumário

vítima ou de terceiros (art. 14, § 3º, II, do CDC).

No que tange à responsabilidade objetiva da transportadora, contudo, é entendimento da doutrina que mesmo a culpa de terceiro ou o caso fortuito não afastam o seu dever de indenizar, se o fato imprevisível estiver ligado à atividade normal da empresa. É o chamado fortuito interno, que, por integrar o risco da atividade da empresa transportadora, não pode afastar sua responsabilidade, ainda que o fato seja absolutamente imprevisível.

Sérgio Cavalieri Filho exemplifica algumas hipóteses de fortuito interno em sua obra: "*O estouro de um pneu do ônibus, o incêndio do veículo, o mal súbito do motorista etc. são exemplos do fortuito interno, por isso que, não obstante acontecimentos imprevisíveis, estão ligados à organização do negócio explorado pelo transportador*" (cf. Programa de responsabilidade civil, São Paulo, Atlas, 2010, p. 318).

Por isso que a responsabilidade objetiva do transportador **só é afastada** com a ocorrência do **fortuito externo**, que é aquele evento também imprevisível e inevitável, mas **completamente desligado da organização do negócio e da atividade exercida**.

Pois bem.

Indaga-se se o arremesso de pedras (por terceiro) contra o veículo de transporte - como no caso dos autos - é considerado fortuito interno ou externo, para saber se a responsabilidade objetiva da transportadora persiste ou não.

E a melhor orientação é a de que se trata de **fortuito externo, uma vez que o lançamento de objetos contra o veículo não integra os riscos do transporte**.

É assim porque, da mesma forma como não cabe exigir da transportadora a contratação de escolta policial em cada trem para evitar assaltos, **não é razoável impor a elas que transformem sua frota em veículos blindados**, impedindo que objetos arremessados de fora contra eles atinjam os passageiros.

Ao Estado, como responsável pela segurança pública, **é que compete a prevenção destes atos, não sendo lícita a transferência dessa função à transportadora**.

Neste sentido caminha firme a jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça:

"*Agravo regimental - Recurso Especial - Requisitos de admissibilidade superados - Indenização - Transporte ferroviário - Lesão corporal em passageiro - Pedra atirada contra a composição férrea - Ato de terceiro, estranho ao contrato de transporte, pelo qual a companhia transportadora não responde - Recurso improvido*" (cf. AgRg no REsp 1060288/SP, rel. Min. Massami Uyeda, DJe 09-11-2011).

Acesso ao Sumário

"*O Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de que a transportadora somente é responsável pelos fatos relativos ao serviço que presta. Hipótese em que uma pedra foi arremessada do exterior do veículo, atingindo o vidro e ferindo a passageira*" (cf. AgRg no Ag 940875/RJ, rel. Min. Vasco Della Giustina, DJe 08-6-2009).

"*CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. TRANSPORTE DE PASSAGEIROS. FORÇA MAIOR. FATO DE TERCEIROS. ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE. I. Constitui motivo de força maior, a isentar de responsabilidade a empresa de transporte de passageiros, o fato de terceiro que arremessa pedra no ônibus e fere passageiro*" (cf. REsp 247349/MG, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJe 26-02-2009).

"*CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. TRANSPORTE DE PASSAGEIROS. Arremesso de pedra, de fora do trem, causando lesões em passageiro, é ato de terceiro, estranho ao contrato de transporte, pelo qual a companhia transportadora não responde. Recurso especial conhecido e provido*" (cf. REsp 154311/SP, rel. Ministro Ari Pargendler, DJ 28-5-2001 p. 158).

O mesmo entendimento foi adotado por esta 20ª Câmara, em casos análogos:

"*RESPONSABILIDADE CIVIL - Transporte de passageiros - Responsabilidade objetiva - Arremesso de pedra contra o veículo de transporte por terceiro - Fortuito externo - Evento imprevisível e inevitável, mas completamente desligado da organização do negócio e da atividade exercida - Excludente da responsabilidade objetiva - Precedentes do STJ - Ação improcedente - Recurso desprovido.*" (cf. Apel. nº 9291825-10.2008.8.26.0000, acórdão deste relator).

"*Indenização - Danos materiais e morais - Arremesso de pedra no interior do coletivo - Improcedência - Contrato de transporte - Responsabilidade objetiva - Fato estranho à atividade de transporte - Caso fortuito caracterizado - Responsabilidade elidida - Ratificação dos fundamentos da sentença (artigo 252 do RITJSP/2009) - Recurso não provido*" (cf. apel. 9224219-33.2006.8.26.0000, rel. Des. Miguel Petroni Neto, 13-12-2010).

"*Responsabilidade Civil. Transporte ferroviário. Passageira atingida por pedra lançada por terceiro. Excludente de responsabilidade equiparado a caso fortuito ou força maior. Reconhecimento na hipótese em análise. Recurso desprovido*" (9077973-78.2000.8.26.0000, Apelação Com Revisão, rel. Des. Luis Carlos de Barros, j. 10/10/2006).

Seguem outros julgados no mesmo sentido proferidos por este Tribunal:

"*RESPONSABILIDADE CIVIL - AGÊNCIA DE VIAGENS - INDENIZAÇÃO - FATO DE TERCEIRO - LANÇAMENTO DE PEDRA CONTRA*

Acesso ao Sumário

ÔNIBUS DE TURISMO - LESÃO CORPORAL SOFRIDA PELO TURISTA - CULPABILIDADE NÃO DEMONSTRADA. A agência de turismo que vende pacotes e organiza passeios, não responde pelo dano sofrido por passageiro de ônibus atingido por arremesso de pedra por terceiro não identificado contra o coletivo, quando retornava de passeio turístico. Ação de terceiro alheio ao fato do transporte, inevitável e imprevisível, equivalente ao caso fortuito. Ação improcedente. Recurso não provido" (cf. apel. 9079482-29.2009.8.26.0000, 35ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Clóvis Castelo, j. 20-6-2011).

"*RESPONSABILIDADE CIVIL - Dano moral - Transporte coletivo - Pedra arremessada contra o vidro de ônibus causando lesões corporais em passageiro - Atuação de terceiro, estranho ao contrato de transporte - Ausência de responsabilidade da empresa ré - Ação improcedente - Sentença ratificada com amparo no art. 252 do Regimento Interno desta Corte - Recurso não provido*" (cf. apel. 0037945-87.2007.8.26.0224, 38ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Maia da Rocha, j. 06-4-2011).

"*RESPONSABILIDADE CIVIL - PASSAGEIRO DE TREM - FERIMENTO POR PEDRA ATIRADA DO EXTERIOR DA COMPOSIÇÃO - FATO DE TERCEIRO EQUIPARÁVEL AO FORTUITO - NEXO CAUSAL ROMPIDO - AÇÃO IMPROCEDENTE - APELAÇÃO PROVIDA*" (cf. apel. 0226632-95.2008.8.26.0100, 22ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Matheus Fontes, j. 17-3-2011).

Saliente-se que, em casos como esses, a responsabilidade da transportadora somente se manteria se ela tivesse de alguma forma contribuído para o evento danoso. São hipóteses como a do veículo com defeito nas portas ou janelas, ou de falha no socorro ao passageiro, mas nada disso ocorreu na espécie. Nem se pode dizer que a apenas suposta inimizade dos agressores com o motorista do ônibus imputa- se à sua empregadora, ora ré.

Deve subsistir, pois, a sentença, confirmada pelo voto vencido do 3º julgador, no sentido do **desprovimento do apelo e da improcedência da ação indenizatória**.

3. Posto isso, o meu voto acolhe os embargos infringentes.

Mandados de Segurança

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança nº 2138290-73.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante

Acesso ao Sumário

JOSÉ FERREIRA DA ROCHA, é impetrado MM. JUIZ DE DIREITO DA 7ª VARA CIVEL DO FORO REGIONAL DE SANTO AMARO.

ACORDAM, em 32ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Concederam a ordem para manter a liminar anteriormente concedida, afastando a decisão atacada. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16.978)**

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

São Paulo, 30 de abril de 2015.

FRANCISCO OCCHIUTO JÚNIOR, Relator

Ementa: Mandado de segurança. Compra e venda de veículo. Obrigação de fazer. Recurso contra ato judicial que aplicou multa ao pai do devedor, que não é parte no processo, no valor de R$ 2.000,00, por não ter cumprido determinação para que informasse o endereço de seu filho no ato da diligência para citação; determinou, ainda, o bloqueio do valor e a extração de cópia dos autos para instauração de inquérito policial por crime de desobediência por ele cometido. Descabimento. Conduta abusiva inexistente. É tão somente obrigação das partes litigantes e daqueles que participam do processo -- a exemplo dos procuradores, os assistentes, os litisdenunciados, os chamados ao processo, os peritos, os intervenientes, dentre outros -- o cumprimento dos deveres dispostos no art. 14 do CPC. Decisão reformada. Segurança concedida.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de mandado de segurança impetrado por José Ferreira da Rocha contra ato judicial proferido em autos de ação de obrigação de fazer, que, dentre outras deliberações, aplicou multa ao pai do devedor, no valor de R$ 2.000,00, por não ter informado o endereço do filho no ato da diligência para a citação, nos termos do art. 14 do CPC; determinou, ainda, o bloqueio do valor e a extração de cópia dos autos para instauração de inquérito policial por crime de desobediência cometido pelo pai do executado.

Alega que não está ocultando seu filho -- empresário, casado e com 50 anos de idade; que sua declaração ao Oficial de Justiça no sentido de que ainda não possui corretamente o endereço de seu filho, na cidade de Montes

Claros, Minas Gerais, "não desprestigia a Justiça de forma alguma" (fl. 7). Pretende, assim, o impetrante a concessão de medida liminar "para que seja trancada a instauração de inquérito policial, e desbloqueada sua conta corrente no BRADESCO e anulada a multa de R$ 2.000,00 (...), o impetrante espera ter deixado claro a lesão a direito que vem sofrendo, bem como o direito líquido e certo de valer-se do MS para estancar as investidas da autoridade aqui coatora" (fl. 11).

O despacho de minha relatoria concedeu a liminar pretendida, por ver presentes os pressupostos necessários e autorizadores a sua concessão, e, após, a d. autoridade coatora prestou informações a fls. 141/145, com docs. de fls. 146/248.

A Douta Procuradoria de Justiça manifestou-se a fls. 255, no sentido da inexigibilidade da intervenção ministerial, posto que o mérito diz respeito a direito individual disponível, com partes maiores e capazes.

É o relatório do necessário.

Pelo que se extrai dos autos, não se vislumbra, no caso, lamentavelmente, hipótese autorizadora de aplicação de multa ao ora impetrante -- pai do devedor -- ou mesmo bloqueio de seus valores e extração de cópias dos autos para instauração de inquérito policial por crime de desobediência, por ter descumprido determinação judicial de indicar o endereço de seu filho, réu em ação de obrigação de fazer.

Digo, lamentavelmente, porque deveria caber a punição aplicada pelo douto magistrado, diante dos acontecimentos e fatos noticiados nos autos. No entanto o certo é que o impetrante não é parte nos autos.

Como se extrai do disposto no art. 14 do Código de Processo Civil, são deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo, o de expor os fatos em juízo conforme a verdade, proceder com lealdade e boa-fé, cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

Ocorre que tais deveres são das partes -- em sentido lato, como todo aquele que participa do processo: o assistente, opoente, litisdenunciado, o chamado ao processo (Arruda Alvim, CPCC, II, 122); bem como de seus procuradores, e daqueles intervenientes -- como o perito, o Ministério Público -- de conduzir seus atos no processo pelos princípios da boa-fé, da lealdade, conforme determina o citado art. 14 do CPC.

Em síntese, não se verifica motivação para a aplicação da pena processual ora debatida; e, se motivação houvesse, não se justificaria a sua aplicação contra a pessoa do pai do devedor, que não é parte no processo, que, aliás, deixou consignado que não possuía o endereço completo de seu filho.

Acesso ao Sumário

Destarte, entende-se que, a multa, por imprópria, não pode ser aplicada pelo d. juiz do processo, pois a pena se mostra indevida por sua abusividade.

Afasta-se, então, a penalização decorrente do alegado "crime de desobediência", tornando-se, por isso mesmo, definitiva a liminar deferida em favor do impetrante, pai do réu em ação de obrigação de fazer.

Ante o exposto, concede-se a ordem para que seja mantida a liminar anteriormente concedida, afastada a decisão atacada.

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2219886-79.2014.8.26.0000, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que são agravantes GENY GIMENES ALBISSÚ e NELSON ALBISSÚ, 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: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 11.903)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MOREIRA VIEGAS (Presidente), DIMAS RUBENS FONSECA e TORRES DE CARVALHO.

São Paulo, 26 de março de 2015.

MOREIRA VIEGAS, Relator

Ementa: Agravo de Instrumento – ação civil pública – *astreintes* – incidência de juros de mora sobre a multa diária configura *bis in idem* – *astreintes* tem incidência diária em razão da mora do executado em cumprir a obrigação imposta pelo Judiciário, não havendo, portanto, razão para incidir também sobre esse montante juros de mora, isto porque aceitar a incidência dos juros moratórios sobre a multa seria admitir a existência de verdadeira "mora da mora" – Recurso parcialmente provido.

VOTO

Agravo de instrumento tirado em face de r. decisão de fls. 63/64, que em autos de ação civil pública, rejeitou a impugnação aos cálculos apresentados pelos executados por entender cabível a incidência de juros de mora sobre as *astreintes.*

Alegam os agravantes, em breve síntese, que não deve haver a incidência

de juros de mora sobre as *astreintes* sob pena configuração do *bis in idem*. Afirma, ainda, que também deveria ser afastada a incidência de correção monetária sobre a multa diária.

Recurso processado, com efeito suspensivo, recolhido o preparo.

Contraminuta às fls. 88/93.

Parecer da Procuradoria de Justiça, às fls. 96/99, é pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

O agravo merece parcial provimento.

Cinge-se a controvérsia se sobre a multa prevista no § 4º do art. 461 do CPC incidem juros de mora legais e correção monetária e, em caso positivo, o termo inicial para sua exigibilidade.

De fato, o inconformismo dos agravantes merece prosperar, pois a natureza jurídica da multa prevista no § 4º do art. 461 do CPC, é de medida coercitiva e intimidatória, logo, não se admite que ela possa assumir um caráter indenizatório.

O escopo da multa é impulsionar o devedor a assumir um comportamento tendente à satisfação da obrigação assumida perante o credor. E é por isso, aliás, que "*o juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva*" (§ 6º do art. 461 do CPC). Insuficiente ou excessiva, frise-se, no poder de intimidar o devedor, tendo em conta o seu comportamento frente à ordem que lhe foi dada.

Nesse contexto, o título executivo que impõe ao devedor uma obrigação de fazer ou não fazer, sob pena de multa, segundo a regra do § 4º do art. 461 do CPC, contém, na realidade, duas obrigações: a principal (entrega do bem da vida pretendido pelo credor) e a acessória (pagamento da multa, acaso e enquanto não cumprida a primeira).

Nessa ordem de ideias, considerando-se que os juros de mora funcionam como uma sanção pelo adiamento culposo no pagamento de quantia certa, não há como fazê-los incidir, igualmente, sobre a multa prevista no § 4º do art. 461 do CPC, porque ela própria representa – como os juros de mora – a cominação pelo retardo no adimplemento da obrigação de fazer ou não fazer.

É dizer, *mutatis mutandis*, os juros de mora estão para a obrigação de pagar quantia certa como a multa está para a obrigação de fazer ou não fazer; são duas faces da mesma moeda, consequências do atraso no cumprimento da prestação.

Em outras palavras, as *astreintes* tem incidência diária em razão da mora do executado em cumprir a obrigação imposta pelo Judiciário, não havendo, portanto, razão para incidir também sobre esse montante juros de mora, isto

porque aceitar a incidência dos juros moratórios sobre a multa seria admitir a existência de verdadeira "mora da mora", o que configuraria evidente *bis in idem*.

Este, aliás, é o entendimento explicitado no julgamento do REsp 23.137/RJ, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, 4ª Turma, DJ de 08/04/2002: "*Inincidência de juros moratórios sobre multa decorrente de sentença judicial impositiva de obrigação de fazer, por representar, ela própria, a cominação pelo retardo no adimplemento exigido*".

Neste mesmo sentido:

"CIVIL E PROCESSO CIVIL. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. MULTA DIÁRIA. NÃO INCIDÊNCIA DE JUROS MORATÓRIOS LEGAIS. INCIDÊNCIA DE CORREÇÃO MONETÁRIA. ARTS. ANALISADOS: 461, § 4º, CPC; 395, CC/02; 1º, LEI 6.899/1981. 1.

Ação de anulação e substituição de títulos, cujos autos foram restaurados em 1998, em fase de cumprimento de sentença, da qual foi extraído o presente recurso especial, concluso ao Gabinete em 05/12/2011.

2. A controvérsia reside em definir se sobre a multa prevista no § 4º do art. 461 do CPC incidem juros de mora legais e correção monetária e, em caso positivo, o termo inicial para sua exigibilidade.

3. O poder de intimidação refletido no valor arbitrado pelo Juiz a título de multa diária, nos termos do § 4º do art. 461 do CPC, deve ser preservado ao longo do tempo - e, portanto, corrigido - a fim de que corresponda, desde então, à expectativa de ser o suficiente para a obtenção da tutela específica. Assim, a partir de sua fixação, o contexto apresentado para o devedor tem de revelar, sempre, que lhe é mais interessante cumprir a obrigação principal que pagar a multa.

4. O termo inicial de incidência da correção monetária sobre a multa do § 4º do art. 461 do CPC deve ser a data do respectivo arbitramento, como ocorre nas hipóteses de dano moral (Súm. 362/STJ).

5. Não incidem juros de mora sobre a multa imposta pelo descumprimento de obrigação de fazer, sob pena de configurar bis in idem.

6. Recursos especiais conhecidos; provido parcialmente o do primeiro recorrente e desprovido o do segundo." (REsp 1327199 / RJ, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, j. 22/04/14)

Isto posto, conclui-se que a r. decisão recorrida deve ser reformada apenas para afastar a incidência dos juros de mora sobre a multa diária, por configurar *bis in idem*, porém, com relação a correção monetária, esta deve ser mantida por visar a manutenção do valor aquisitivo da moeda e não sua remuneração, razão pela qual, o seu não pagamento culminaria em enriquecimento sem causa à parte

Acesso ao Sumário

executada, o que não pode ser admitido.

Ademais, o art. 1º da Lei 6.899/1981 é expresso: "*A correção monetária incide sobre qualquer débito resultante de decisão judicial*".

Pelo exposto, dá-se parcial provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2212059-17.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante TRIPLE A PRODUÇÃO CROSSMEDIA S.A., é agravado SECRETÁRIO MUNICIPAL DE FINANÇAS DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 15ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.668)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EUTÁLIO PORTO (Presidente sem voto), SILVA RUSSO e RODRIGUES DE AGUIAR.

São Paulo, 26 de março de 2015.

ERBETTA FILHO, Relator

Ementa: LIMINAR – Mandado de Segurança – ISS – Município de São Paulo – Insurgência contra o indeferimento da medida – Incidência do tributo sobre valores recebidos por serviços de produção de filmes – Atividade não contemplada pelo item 13.03 da lista de serviços – Preenchimento dos requisitos do art. 7º, III da Lei nº 12.016/2009 – Agravo provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de decisão que nos autos do mandado de segurança impetrado pela ora recorrente, indeferiu a liminar pleiteada. Insiste no cabimento da liminar para esse fim, nesse sentido expondo, em síntese: é manifestamente ilegal a tributação sobre a atividade de produção de filmes, por ausência de previsão legal, ante o veto presidencial ao item 13.01 da Lista Anexa à Lei Complementar 116/03; de outro lado, não há que se falar também no enquadramento das atividades da agravante no item 13.03 da referida lista,

ante a vedação do emprego de analogia na seara tributária, a teor do que dispõe o art. 108, § 1º do CTN.

Regularmente processado, com a concessão de efeito ativo, seguindo-se contraminuta.

A Douta Procuradoria de Justiça, por fim, absteve-se de oficiar no feito.

É o relatório.

Afasta-se, por primeiro, a preambular levantada com a contraminuta da Municipalidade que protesta pela falta de interesse processual.

Isto porque a documentação coligida aos autos contém o suficiente para amparar, em sede de agravo de instrumento, a pretensão da sociedade agravante, bem como indicar a qual atividade a mesma se dedica.

Dito isso, passa-se para o exame do mérito, cabendo assentar não caber, no recesso do presente recurso, por razões óbvias, adiantar um pronunciamento definitivo em torno do mérito da questão de direito que se coloca.

Trata-se de mandado de segurança em sede do qual a ora agravada pretende evitar, preventivamente, o lançamento de créditos de ISS sobre a atividade de produção de filmes que, segundo sustenta, não se confundem com a produção cinematográfica.

Fundou-se o pedido de concessão de liminar formulado pela produtora-agravada na assertiva de que a Municipalidade-agravada, a pretexto de tributar os serviços que serão realizados pela agravante, faz analogia entre atividade de produção de filmes, por ela realizada, com a cinematografia, prevista pelo item 13.03 da LC 116/03.

De fato, tal temor se comprova ao se observar o teor das manifestações da Municipalidade-agravada, consubstanciados em pareceres (fls. 87/90) e a contraminuta. Resta clara, segundo tais documentos, a intenção de tributar a atividade, haja vista o consignado no sentido de que "*o serviço de produção de filmes se enquadra no conceito maior de cinematografia (13.03), ou no mínimo poderia ser interpretado assim de forma extensiva, o que permite a incidência do ISS.*"

Todavia, conforme se observa da documentação carreada aos autos, em especial da descrição dos serviços aos quais pretende o autor a se dedicar, transcritos na cópia da ata de assembleia geral (fls. 76/78), o que se tem, *a priori*, é que a incidência pretendida pela Municipalidade não se mostra legítima.

A adoção do item 13.03 para a tributação da atividade de produção, gravação e distribuição de filmes, *data vênia*, não contorna o veto presidencial ao item 13.01, até porque, com isso, admitir-se-ia, indevidamente, analogia com serviço deliberadamente excluído da lista anexa.

Nem se diga, neste ponto, que por dedicar-se o agravante a produção de

Acesso ao Sumário

filmes por encomenda, como se extrai da cláusula 3ª do contrato por entabulado (fls. 125), o veto imposto não lhe alcançaria, uma vez que a descrição atribuída ao serviço excluído não fazia qualquer discriminação sobre a origem da obra produzida, não se sustentando tal afirmativa.

Vale acrescentar que o Egrégio Superior Tribunal de Justiça teve a oportunidade de se manifestar sobre a matéria no âmbito do REsp 1.308.628/RS (1ª Turma, Relator Ministro Benedito Gonçalves, v.u., publicado no DJ de 02.08.2012) deixando registradas importantes diferenças entre as atividades, concluindo que "*a atividade de cinematografia não equivale à produção de filmes",* sendo a produção cinematográfica *"uma atividade mais ampla*".

Assim, em uma análise perfunctória das questões enfeixadas nos autos, pretende a Municipalidade a incidência do tributo sobre atividades que, embora possuam nuances que as aproximam, são diversas e não permitem, para fins de incidência, interpretação extensiva.

Como se observa, portanto, no plano da verossimilhança das alegações a ora recorrente encontra-se suficientemente amparada.

Assim, e revelando-se preenchidos, *in casu*, os requisitos do art. 7º, III da Lei nº 12.016/2009, deve ter lugar a concessão da liminar pretendida.

Na conformidade do exposto, meu voto propõe dar provimento ao agravo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2032143-86.2015.8.26.0000, da Comarca de Piracicaba, em que é agravante MUNICÍPIO DE PIRACICABA, é agravado VALE DO SOL EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS S/C LTDA..

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 0299)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ERBETTA FILHO e SILVA RUSSO.

São Paulo, 8 de abril de 2015.

RAUL DE FELICE, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Execução fiscal - Município de Piracicaba – Sentença que extinguiu a execução fiscal pela prescrição –

Interposição de recurso de apelação – Recurso recebido como embargos infringentes – Rejeição – Valor de alçada – Nova interpretação do art. 34 da LEF – Valor da execução superior ao valor de alçada na data da propositura – Cabimento de apelação – Possibilidade de processamento do recurso – Precedentes do STJ e deste Eg. Tribunal de Justiça – Recurso provido.

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela PREFEITURA MUNICIPAL DE PIRACICABA em face de VALE DO SOL EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS S/C LTDA., contra decisão de fls. 71 que, nos autos da execução fiscal, recebeu o recurso de apelação interposto pelo Município como embargos infringentes e os rejeitou.

Sustenta a agravante que o valor da causa perfazia montante superior ao de alçada na data da interposição da ação (11/2/2004), sendo inaplicável, portanto o art. 34 da LEF. Requereu o provimento do agravo de instrumento para o devido processamento do recurso de apelação.

Desnecessária a intimação da parte contrária para apresentação de contraminuta, uma vez que não correu a citação.

É O RELATÓRIO.

O presente recurso merece ser provido para determinar o processamento da apelação.

Isso porque, trata-se de execução, interposta em fevereiro de 2004, visando a cobrança de IPTU dos exercícios de 1993 e 1994, no valor de R$ 5.702,24 (fls. 08).

Verifica-se que a r. sentença aqui copiada às fls. 68, extinguiu a execução fiscal, nos termos do art. 269, IV do CPC e 156, V e 174 ambos do CTN.

A Municipalidade de Piracicaba apelou da decisão e o recurso de apelação foi recebido como Embargos Infringentes, nos termos do art. 34 da LEF, tendo sido rejeitados, com a manutenção da sentença extintiva.

O art. 34 da LEF dispõe que: "*Das sentenças de primeira instância proferidas em execuções de valor igual ou inferior a 50 (cinquenta) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTN, só se admitirão embargos infringentes e de declaração*".

Assim, após a extinção da ORTN, cumpre verificar sua correspondência em relação ao indexador vigente na data de distribuição da ação.

Nesse sentido:

PROCESSO CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL - ALÇADA RECURSAL

Acesso ao Sumário

(ART. 34 DA LEI 6.830/80). 1. Segundo o art. 34 da LEF, somente é cabível o recurso de apelação para as execuções fiscais de valor superior a 50 (cinquenta) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTN. 2. Com a extinção da ORTN, o valor de alçada deve ser encontrado a partir da interpretação da norma que extinguiu um índice e o substituiu por outro, mantendo-se a paridade das unidades de referência, sem efetuar a conversão para moeda corrente, para evitar a perda do valor aquisitivo. 3. 50 ORTN = 50 OTN = 308,50 BTN = 308,50 UFIR = R$ 328,27 (trezentos e vinte e oito reais e vinte e sete centavos) a partir de janeiro/2001, quando foi extinta a UFIR e desindexada a economia. 4. O valor de alçada deve ser auferido, observada a paridade com a ORTN, no momento da propositura da execução, levando em conta o valor da causa. 5. Recurso especial provido em parte. (REsp 607.930/DF, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/04/2004, DJ 17/05/2004, p. 206).

Assim, levando-se em consideração a sistemática fixada pelo STJ, na data de distribuição da presente execução fiscal (11/2/2004), o valor de alçada correspondia a R$ 463,55, e o débito exequendo perfazia um valor de R$ 5.702,24, superior ao valor de alçada, não se aplicando, destarte, os termos do art. 34 da Lei nº 6.830/80.

Este é o entendimento desta 15ª Câmara de Direito, no recurso envolvendo a mesma matéria e a mesma Comarca, conforme ementa se segue transcrita:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO - Extinção de ofício da execução fiscal pelo Magistrado por entender que, em face do valor executado, não existe interesse de agir - Insurgência contra decisão que recebeu a apelação como Embargos Infringentes - Rejeição - Valor de alçada - Nova interpretação do art. 34 da Lei 6.830/80 - Precedentes do STJ - Valor da causa superior ao valor de alçada - Processamento da apelação - Possibilidade - Recurso provido." (Agravo de instrumento nº 2175756-04.2014.8.26.0000, rel. Des. Eutálio Porto, julg. 30/10/2014).

Portanto, conforme os critérios definidos pelo STJ e os precedentes deste Eg. Tribunal de Justiça, sendo o valor da execução superior ao valor de alçada da época de propositura da ação, a apelação deve ser processada, com a remessa dos autos a este Tribunal, para o adequado exame do recurso.

Ante o exposto, **DÁ-SE PROVIMENTO** ao agravo de instrumento para determinar o processamento da apelação interposta pela Municipalidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo nº 3003225-25.2013.8.26.0356/50000, da Comarca de Mirandópolis, em que são agravantes PREFEITURA MUNICIPAL MIRANDÓPOLIS e JUÍZO *EX OFFICIO*, são agravados ANTÔNIA OLIVEIRA PIMENTEL (JUSTIÇA GRATUITA) e MARIA DAS GRAÇAS OLIVEIRA RIBEIRO (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.167)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDUARDO GOUVÊA (Presidente) e MAGALHÃES COELHO.

São Paulo, 6 de abril de 2015.

COIMBRA SCHMIDT, Relator

Ementa: 1. RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO. Transporte de pacientes em ambulância micro-ônibus para tratamento de hemodiálise em outro Município. Acidente do qual resultou a morte de três passageiros. Fatídico ocorrido durante a prestação de serviço público. Responsabilidade objetiva (art. 37, § 6º da CR). Sentença de procedência. Recurso improvido. 2. Decisão confirmada. Agravo não provido.

VOTO

Tempestivo agravo tirado da decisão proferida a f. 97101, que, com espeque no art. 557, *caput* do Código de Processo Civil, negou seguimento ao recurso da agravante para manter a sentença de procedência, na qual foi reconhecido o direito das agravadas à indenização a título de danos morais em virtude do óbito do irmão em acidente ocorrido com ambulância da agravante durante o transporte fornecido para tratamento médico no Município de Ilha Solteira.

Pede reforma da decisão e submissão da lide ao colegiado.

É o relatório.

1. Assim dispus na decisão agravada:

Inconteste a responsabilidade do ente público no acidente em questão.

O § 6º do art. 37 da Constituição da República consagra a teoria do risco

Acesso ao Sumário

administrativo como causa suficiente para responsabilização do Estado pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, mesmo que tenham agido com a mais absoluta correção, posto que somente nos casos de dolo ou culpa é assegurado o direito de regresso contra o responsável.

Nos dizeres da Professora Maria Sylvia Zanella di Pietro, a doutrina da responsabilidade objetiva do Estado calcada na teoria do risco *baseia-se no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais: assim como os benefícios decorrentes da atuação estatal repartem-se por todos, também os prejuízos sofridos por algum membro da sociedade devem ser repartidos. Quando uma pessoa sofre um ônus maior do que o suportado pelos demais, rompe-se o equilíbrio que necessariamente deve haver entre os encargos sociais; para restabelecer esse equilíbrio, o Estado deve indenizar o prejudicado, utilizando recursos do erário público*[1].

É o caso aferido típica hipótese de sua incidência.

Tem-se, nos presentes autos, que o condutor de ambulância do Departamento de Saúde da Prefeitura de Mirandópolis perdeu o controle do veículo, devido a excesso de velocidade durante uma curva, repercutindo em grave acidente que levou a óbito três pessoas (f. 26), pacientes trazidos do Município de Ilha Solteira, onde se submetiam a tratamento de hemodiálise.

Tal fato restou suficientemente comprovado pelo laudo expedido pela Equipe de Perícias Criminalística de Andradina (f. 24/34) e do médico legista responsável pelo exame de corpo de delito (f. 23).

Assim, certo é que o motorista, ao descurar do dever de cuidado na condução do veículo, mercê do que perdeu seu controle por excesso de velocidade, deu causa ao acidente que levou à morte o ente querido das autoras.

Bem ponderou o ilustre sentenciante acerca dos fatos narrados e das provas carreadas aos autos, *in verbis* (f. 75):

(...) Dizem, ainda, as autoras, que a culpa do acidente recai sobre o condutor do veículo de propriedade da ré, seu funcionário, que por imprudência, conduzia o veículo acima da velocidade permitida, por foi retirado do micro ônibus o disco do tacógrafo, onde a última leitura, a velocidade aproximada em que o mesmo se encontrava momento antes do evento era de 120 Km/h, em rodovia que a velocidade máxima permitida era de 80 Km/h.

Caracterizada a responsabilidade objetiva da Administração, e comprovado o ato comissivo do agente público, o dano experimentado pelas autoras e seu nexo causal, exsurge claramente o dever de indenizar.

As apeladas devem ser indenizadas pelos danos morais sofridos em decorrência da perda do ente querido. É dor íntima, hoje erigida à qualidade de bem jurídico indenizável, nos termos do artigo 5º, X, da Constituição da

Acesso ao Sumário

1 *Direito Administrativo*, 13ª. Ed., p. 515.

República.

Trata-se de presunção natural, a qual Freitas Rangel[2] *conceitua como aquela que se fundamenta nas regras práticas de experiência, nos ensinamentos trazidos mediante a observação empírica dos fatos, concluindo que "é deste saber de experiência que o juiz se serve e onde se fundamenta para tirar ilações na apreciação de muitas situações de fato", acrescendo que tais presunções "pressupõem a existência de um facto conhecido que constitui a sua base cuja prova compete à parte que a presunção favorece e pode ser feita pelos meios probatórios gerais". Prossegue: "Na situação de ficar provado esse facto, a lei intervém, no caso de presunções legais, ou o julgador, na situação das presunções judiciais, a concluir dele a existência de outro facto, o presumido, servindo-se, neste último caso, o julgador das regras deduzidas da experiência da vida*.[3]

E mais: *De se considerar, a propósito, que o dano emerge* in re ipsa *e, "Não se cogita, em verdade, pela melhor técnica, em prova da dor, ou de aflição, ou de constrangimento, porque são fenômenos ínsitos na alma humana como reações naturais a agressões do meio social. Dispensam, pois, comprovação, bastando, no caso concreto, a demonstração do resultado lesivo e a conexão com o fato causador, para responsabilização do agente"* [4].

Malgrado essa indenização nada compense, seu objetivo é tão-somente atenuar a dor íntima do credor, caracterizando-se, assim, como simbólica.

O dano moral, todavia, não se presta à indenização de pundonores excessivos. É mensurado pelo abalo capaz de perturbar o homem prudente, a pessoa média, o *bonuspaterfamilias.*

A indenização arbitrada na sentença equivale a R$ 30.000,00 para cada autora. A cifra global – R$ 60.000,00 – compatibiliza-se com a atual orientação jurisprudencial, mostrando-se arrazoada, notadamente, quando vai onerar a fazenda de pequeno município, cujos recursos, evidentemente, são escassos e devem ser destinados à prestação dos serviços públicos de sua competência. Frente a isso, vejo como solução adequada a manutenção do *quantum* indenizatório.

É o quanto basta para dar albergue ao direito das autoras.

Posto isso, nego seguimento ao recurso, cuja manifesta improcedência autoriza desate monocrático (CPC, art. 557, *caput*).

3. As razões de recurso não apontam eventual ocorrência de *error in judicando*. Ratifico a decisão vergastada, pois, de modo a denegá-lo.

Para efeito de exercício de recursos nobres, deixo expresso que o desate

Acesso ao Sumário

2 O Ônus da Prova no Processo Civil, Coimbra: Almedina, 2000, p. 222.

3 Mirna Cianci, *O Valor da Reparação Moral*, 3ª Ed., 2009, p. 76.

4 Sérgio Cavalieri Filho. *Reparação Civil por Danos Morais*, 3.a ed. São Paulo: RT, 1998, p. 136.

não ofende norma legal alguma, constitucional ou infraconstitucional. Consigno, ainda, que foram consideradas todas as normas destacadas pelos litigantes, mesmo que não citadas expressamente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2037146-22.2015.8.26.0000, da Comarca de Santo André, em que é agravante ADVOCACIA IGOR TADEU BERRO KOSLOSKY, é agravado MUNICÍPIO DE SANTO ANDRÉ.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.492)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EUTÁLIO PORTO (Presidente) e RAUL DE FELICE.

São Paulo, 14 de abril de 2015.

RODRIGUES DE AGUIAR, Relator

Ementa: AGRAVO – AÇÃO ORDINÁRIA referente a ISS de 2005 a 2007 – ANTECIPAÇÃO DE EFEITO DA TUTELA – REQUISITOS – PRESENÇA, pois precedentes do c. STJ e desta Corte dão conta que sociedade civil de advogados faz jus ao regime especial de ISS de valor fixo e periódico (art. 9º, §§ 1º e 3º do DL 406/68) – Perigo da demora resultante de iminente exigência judicial do tributo – Medida reversível – Liminar deferida para suspender a exigibilidade do crédito – RECURSO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Agravo de instrumento da autora ADVOCACIA IGOR TADEU BERRO KOSLOSKY contra r. decisão copiada às fls. 42/3 destes autos, proferida em ação ordinária ajuizada contra o MUNICÍPIO DE SANTO ANDRÉ, pelo qual a recorrente pretende liminar para suspender a exigibilidade de ISS, alegando em suma que é sociedade de advogados, motivo pelo qual faz jus a recolher o imposto de valor fixo e periódico, já que preenche todos os requisitos do artigo 9º, §§ 1º e 3º, do DL nº 406/68, de modo que seria incabível a incidência de

2% sobre seu valor bruto mensal. Esclarece que, quanto à urgência da medida, se a questão permaneceu vários anos na esfera administrativa, não foi culpa sua. Realça que a Municipalidade usurpa a competência tributária, na medida em que a Lei 7614/97 contraria legislação federal mencionada. Enfatiza que a postura do ente pública contraria alguns princípios constitucionais, tais como capacidade contributiva, propriedade, livre iniciativa, não confisco e isonomia. Ainda pugna pela nulidade da decisão recorrida porque não estaria devidamente fundamentada, o que violaria o art. 93, XI, CF e art. 165 do CPC.

2. A r. decisão agravada, proferida pelo MM. Juiz Genilson Rodrigues Carreira, indeferiu o pedido de liminar, ao fundamento de que não há perigo da demora, haja vista a questão arrastar-se na via administrativa há mais de 9 anos, não se cuida de valor expressivo e a mera judicialização das questão não a torna urgente.

3. Deferida a pretendida liminar (fls. 295).

4. Recurso tempestivo, preparado (fls. 29/ss), respondido (fls. 300/ss) e as partes não se opuseram ao julgamento virtual (fls. 320).

É o relatório.

5. No caso, para que haja deferimento de antecipação de efeito da tutela (fls. 93), devem estar presentes os requisitos mencionados no art. 273, I, § 2º, do CPC - prova inequívoca que gere verossimilhança do alegado direito, perigo da demora e reversibilidade da medida.

É o caso dos autos, já que estariam presentes os requisitos acima mencionados.

Com efeito, a Municipalidade exige, ainda na esfera administrativa, ISS referente aos anos de 2005 a 2007, aplicando sobre a receita bruta mensal a alíquota de 2% (fls. 267).

Por outro lado, a recorrente entende que deve ser tributada na forma do art. 9º, §§ 1º e 3º do DL 406/68 – valor fixo e periódico, já que é escritório de advocacia.

Ora, o contrato social evidencia que se cuida de sociedade integrada por dois advogados (fls. 31).

Há documento dando conta que a sociedade nunca teve empregados, além dos dois advogados (fls. 119).

Dessa forma, pelo menos nesta fase processual, pode se afirmar que se cuida de serviço exercido de forma pessoal, sem caráter empresarial, que está no rol de serviço previsto no § 3º do art. 9º do DL 406/68, que remete à forma de tributação aludida no § 1º - serviço prestado por advogados.

Lembrar que o c. STJ tem admitido que escritório de advocacia recolha ISS no regime especial de valor fixo e periódico:

Acesso ao Sumário

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ISS. ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA. SOCIEDADE UNIPROFISSIONAL SEM CARÁTER EMPRESARIAL. TRATAMENTO PRIVILEGIADO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. HONORÁRIOS. SÚMULA 07/STJ. (...). 3. Nos termos do art. 9º, § 3º, do DL 406/68, têm direito ao tratamento privilegiado do ISS as sociedades civis uniprofissionais, que têm por objeto a prestação de serviço especializado, com responsabilidade social e sem caráter empresarial. (REsp 766.725/RJ, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/09/2005, DJ 19/09/2005, p. 235).

No mesmo sentido, precedente da 18ª Câmara de Direito Público desta Corte:

Apelação em Mandado de Segurança. ISS do exercício de 2012. Sociedade de advogados. Pretensão de que o lançamento do ISS seja realizado com base no número de advogados sócios que prestam serviços em Campinas. Municipalidade que sustenta a possibilidade de efetivar o lançamento tomando por base todos os sócios e empregados da impetrante, já que em tese todos poderiam prestar serviços no município de Campinas. Precedentes desta Corte no sentido de que o tributo deve ter por base o número de profissionais advogados, sócios ou empregados, que executam serviços em nome da sociedade nos limites do município. Recurso provido em parte, com a concessão parcial da ordem, a fim de se declarar a nulidade do lançamento quanto ao exercício de 2012 e de se reconhecer que outro lançamento pode ser efetuado, desde que seja considerado apenas o número de advogados, sócios ou empregados, que executam trabalhos em nome da impetrante no município de Campina (Apelação 0055553-64.2012.8.26.0114, Rel. Des. Ricardo Chimenti, Campinas, j. 26/02/2015).

Não olvidar que o art. 10 da Lei Complementar nº 116/03 não revogou o art. 9º do Decreto-Lei nº 406/68, tendo havido revogação expressa somente dos arts. 8º, 10º,11,12.

Acesso ao Sumário

Nesta esteira a manifestação seguinte:

"TRIBUTÁRIO. PROCESSO CIVIL. ISS. REVOGAÇÃO. ART. 9º, §§ 1º e 3º do Decreto-Lei nº 406/68. REVOGAÇÃO. ART. 10 DA LEI Nº 116/2003. NÃO OCORRÊNCIA. 1. O art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-Lei nº 406/68, que dispõe acerca da incidência de ISS sobre as sociedades civis uniprofissionais, não foi revogado pelo art. 10 da Lei nº 116/2003. 2. Recurso especial improvido". (STJ – Resp. 713.752/PB, relator Ministro João Otávio de Noronha).

Postos os fundamentos acima, entende presente o *fumus boni iuris.*

O perigo da demora resulta da possibilidade de iminente exigência

judicial por parte da Municipalidade, já que a defesa administrativa exercida na esfera administrativa foi infrutífera, de modo que poderia acarretar constrição patrimonial baseada exação possivelmente indevida.

No mais, cuida-se de medida reversível, haja vista que se ao final o provimento judicial exauriente fo no sentido da admissão do ISS acima mencionado, a exigibilidade tributária pode prosseguir com adição dos consectários legais.

Pelo meu voto, dá-se provimento ao recurso para deferir a pretendida antecipação de tutela.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2217576-03.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, é agravado FAUSTO NUNES CORDEIRO.

ACORDAM, em 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.532)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PIRES DE ARAÚJO (Presidente sem voto), OSCILD DE LIMA JÚNIOR e AROLDO VIOTTI.

São Paulo, 31 de março de 2015.

LUIS GANZERLA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO – Desistência após o pagamento da primeira parcela da indenização – Apurado saldo credor em favor da expropriante – Determinação de ajuizamento de ação própria para devolução do *quantum* – Desnecessidade – Mero desdobramento da fase executória – Ofensa ao princípio da celeridade e economia processuais – Decisão reformada – Recurso provido.

VOTO

O agravante, **Município de São Paulo**, propôs ação de desapropriação dirigida a **Fausto Nunes Cordeiro**, com o intuito de obter a expropriação do imóvel situado na Rua Willian Kelvin, nº 12, no Município de São Paulo, SP,

com área equivalente a 273,20m² (fls. 11/14).

A ação foi julgada procedente, e, em sede recursal, deu-se parcial provimento ao reexame necessário, para alterar os critérios de fixação dos juros moratórios e a base de cálculo dos honorários advocatícios (ap. nº 063.293.5/5, j. 21.06.1999). Expediu-se ofício requisitório e efetuou-se o pagamento da primeira parcela do precatório EP 9052/00, atingido, no entanto, pela moratória do art. 78, do ADCT (fls. 15/21, 04, 23).

Não obstante, a municipalidade desistiu da desapropriação, e com expressa concordância dos expropriados, deu-se a homologação. Apurou-se saldo credor em favor da municipalidade, acolhidos os cálculos apresentados, determinou o C. Juízo de primeiro grau o ajuizamento de ação própria para devolução do valor, determinado o arquivamento dos autos (fls. 39).

Inconformado, recorre o **Município de São Paulo**, na busca de inverter o decidido e alcançar o prosseguimento na expropriatória, para restituição do valor levantado pelos expropriados. Não há pedido de liminar neste recurso (fls. 01/10).

Transcorreu *in albis* o prazo para oferta de contraminuta (fls. 46).

É o relatório, em acréscimo ao da r. decisão recorrida.

No caso vertente, aplica-se o disposto no §1º-A, do art. 557, do Cód. Proc. Civil.

Com a devida permissão, a r. decisão recorrida não merece subsistir.

Não há, no caso dos autos, razões para determinação de ajuizamento de nova ação para devolução dos valores levantados pelos expropriados, possível o desenvolvimento da medida nos autos da própria expropriatória.

A desistência é desdobramento possível da ação de desapropriação. Deve-se, no entanto, buscar a recomposição do *status quo ante*, e apurar-se eventuais prejuízos experimentados pelas partes, expropriante e expropriado.

Assim, explica **JOSÉ CARLOS DE MORAES SALLES**:

"Consequência da desistência da ação expropriatória é que o imóvel deverá voltar ao patrimônio do expropriando, se tiver havido imissão provisória na posse." E, continua, "nada impede que o acertamento de determinadas verbas – tais como os juros compensatórios, despesas processuais e honorários advocatícios – se concretize nos próprios autos da ação expropriatória, de que se desistiu" (*in* A Desapropriação, à luz da doutrina e da jurisprudência, editora Revista dos Tribunais, 6ª ed., pág. 585/586).

O autor consigna, ainda, "(...) o expropriado deve restituir ao expropriante a quantia que levantou, relativa ao *depósito prévio*, fazendo-o nos próprios autos da ação em que ocorreu a desistência e com a devida correção monetária (RJTJESP 122/284 e RT 586/77)" (op. cit., p. 586).

Acesso ao Sumário

Destarte, não obstante a desistência da ação, possível às partes recomporem-se nos próprios autos da ação de desapropriação, em homenagem, inclusive, aos princípios da celeridade e economia processuais.

E este E. Tribunal já decidiu nesse mesmo sentido, conforme seguintes v. arestos:

"APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO - EXECUÇÃO DE SENTENÇA - EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO - INADMISSIBILIDADE IN CASU - A EXECUÇÃO DE EVENTUAL SALDO CREDOR DEVE OCORRER NA PRÓPRIA AÇÃO DESAPROPRIAÇÃO, SENDO DESNECESSÁRIO REMETER AS PARTES AS VIAS ORDINÁRIAS - RECURSO PROVIDO." (ap. nº 990.10.106097-3, rel. **DES. FRANCO COCUZZA**, j. 21.06.2010).

"ADMINISTRATIVO. Desapropriação. Desistência antes de efetuado o pagamento. Apuração da indenização nos próprios autos. POSSIBILIDADE.

1. Juros compensatórios. Utilização como parâmetro para fixar a indenização pela ocupação do imóvel, da imissão na posse até a desocupação.

2. Base de cálculo. Contagem sobre a diferença entre 80% do que foi depositado e o valor da indenização. Interpretação dada conforme a Constituição, pelo STF ao art. 15-A do Decreto-Lei nº 3.365/41.

3. Recurso parcialmente provido." (ap. nº 0000003.69.1988.8.26.0488, rel. **DES. COIMBRA SCHMIDT**, j. 06.11.2012)

Cite-se, ainda, julgado do E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em caso assemelhado:

"PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO. DESISTÊNCIA. INDENIZAÇÃO DOS EXPROPRIADOS NOS PRÓPRIOS AUTOS DA DESAPROPRIAÇÃO. CABIMENTO. PRINCÍPIOS DA ECONOMIA PROCESSUAL E DA INSTRUMENTALIDADE. PAGAMENTO DE JUROS COMPENSATÓRIOS PELO TEMPO DE DESAPOSSAMENTO DO IMÓVEL. VALOR DEPOSITADO INICIALMENTE RETIDO PARA STISFAÇÃO DA CONDENAÇÃO. POSSIBILIDADE. DESNECESSIDADE DE CONTRAMANDADO. CUSTAS E DESPESAS PROCESSUAIS, HONORÁRIOS DE ASSISTENTE TÉCNICO E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS, SUPORTADOS PELA EXPROPRIANTE, MANTIDOS. RECURSO E REMESSA OFICIAL IMPROVIDOS.

1. A Jurisprudência pátria admite, em casos de desistência da desapropriação, a fixação, a título de indenização aos expropriados, de juros compensatórios de 12% (doze por cento) ao ano, com base no

*valor real do imóvel, **nos próprios autos de desapropriação**, por ocasião da sentença homologatória da desistência. **Princípios da economia processual e da instrumentalidade.***

*2. **Desnecessária nova demanda para os fins pleiteados, que podem ser dirimidos nos próprios autos da desapropriação.***

3. (...)

4. (...).

5. Os valores depositados inicialmente podem ser retidos pelo Juízo, para satisfação da condenação, objetivando a efetividade da tutela jurisdicional.

6. (...).

7. Recurso e remessa oficial improvidos." (AC 95.03.077046-7/SP, rel. **JUIZ JAIRO PINTO**, j. 04.11.2009, grifos nossos).

No mais, como bem consignado pelo E. Superior Tribunal de Justiça no REsp nº 1.104.711, rel. **MIN. MASSAMI UYEDA**, j. 02.09.2010, "*a Lei nº 11.232/05 teve por substrato tornar mais célere a satisfação da obrigação representada no título judicial, o que se dará, sem solução de continuidade, por meio de processo uno, sincrético (reunindo-se no mesmo processo a ação cognitiva e executiva). Por satisfação da obrigação representada no título judicial, deve-se compreender a definitiva composição entre as partes (exequente e executado) acerca do direito reconhecido na sentença*".

Possível, portanto, a continuidade da execução na ação desapropriatória para devolução, pelos expropriados, de saldo credor à Municipalidade.

O caso é, assim, de **provimento** do recurso interposto pelo **Município de São Paulo** em relação à ação de desapropriação dirigida a **Fausto Nunes Cordeiro** (proc. n.º 0410880-66.1996.8.26.0053 – Setor de Execuções contra a Fazenda Pública de São Paulo, SP), para determinar o processamento da restituição do saldo credor em favor da expropriante nos próprios autos da ação de desapropriação.

Acesso ao Sumário

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 184347-SP, rel. **MIN. MARCO AURÉLIO**, j. 16.12.97; STJ, Edcl no RMS 18.205/SP, j. 18.04.2006, rel. **MIN. FELIX FISCHER** e AgRg no REsp 1066647-SP, rel. **MIN. ADILSON VIEIRA MACABU**, j. 22.02.2011).

As inconformidades, na Câmara, em razão deste julgado estarão sujeitas ao julgamento virtual e eventual discordância deverá ser indicada por ocasião das interposições.

Comunique-se o resultado deste julgamento, com urgência, ao MM.

Juízo *a quo*, via *email* ou outra forma de igual celeridade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2223770-19.2014.8.26.0000, da Comarca de Vinhedo, em que é agravante WANDO HENRIQUE CARDIM FILHO, são agravados ASSOCIAÇÃO DO RESIDENCIAL RECANTO DAS CANJARANAS, MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO e PREFEITURA MUNICIPAL DE VINHEDO.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 8.141)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EDUARDO GOUVÊA (Presidente sem voto), MOACIR PERES e COIMBRA SCHMIDT.

São Paulo, 13 de abril de 2015.

LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Ação civil pública na qual o Ministério Público pedira, expressamente, a demolição de guaritas, dentre outros entraves à livre circulação de pessoas existentes em "loteamento fechado" – Sentença que, reconhecendo a ilegalidade do fechamento das ruas do loteamento, ordenou a remoção de todo e qualquer obstáculo, designadamente, das guaritas – Assistente simples que se volta contra decisão judicial que, em fase de execução do julgado, colocou a salvo da demolição as noticiadas guaritas – Recurso do assistente simples que se revela adequado ao restabelecimento da autoridade da coisa julgada, ao que estaria impedido apenas se o Ministério Público tivesse renunciado expressamente ao direito de recorrer – Decisão reformada em parte, para contemplar a remoção da guarita – Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos, etc.

Cuida-se de agravo de instrumento interposto por Wando Henrique Cardim Filho, no qual se insurge o agravante contra decisão monocrática que, em sede de execução de sentença, colocou a salvo da demolição ordenada no título judicial transitado em julgado as guaritas existentes no Loteamento Residencial Recanto das Canjaranas.

É o relatório.

Não colhe argumentar com a perda do objeto do recurso, pois, se a demolição efetivamente se fez – há controvérsia a respeito (fls. 245 a 262) –, certo é que o fato se deu em decorrência da concessão do efeito suspensivo ativo (fls. 176 e 177).

Assistente simples é parte, no sentido lato da expressão (a propósito, v. Vicente Greco, *Direito Processual Civil Brasileiro*, 6ª ed., 1º vol., SP, Saraiva. p. 138 a 143 1989). Tanto é assim que a regra do artigo 53 do Código de Processo Civil, dispondo sobre a posição do autor e do réu em relação ao assistente simples, refere-se àqueles como "parte principal".

Mas mesmo que se pudesse falar, tratando do assistente simples, na figura de um "terceiro" (em desconsideração mesmo ao fato de que o instituto da assistência não está localizado no capítulo reservado à "Intervenção de Terceiros", mas levando em conta que a norma do artigo 50 do CPC efetivamente utiliza a expressão "terceiro"), o que importa considerar é o fato de que ao assistente simples tem os mesmos poderes e está sujeito aos mesmos ônus da parte assistida, podendo até mesmo recorrer se o assistido não o fez. (Nery & Nery, *CPC Comentado e legislação extravagante*, 11º ed., SP, RT, 2.010, p. 285).

É certo que o assistente simples não poderá atuar contrariamente à vontade do assistido (Nery & Nery, ob. cit., p. 286). Mas isto há de ser interpretado no sentido de que, havendo renúncia ou desistência do recurso, ao assistente simples defeso será interpor recurso ou nele prosseguir (*idem, ibdem*), não se podendo extrair desse papel coadjuvante, da natureza da assistência simples, a ilação de que, manifestando-se o assistido em determinado sentido, esteja o assistente impedido de sustentar posição diversa, mormente quando já há um título judicial que contempla o interesse de ambos.

Feitas estas considerações iniciais, passa-se ao exame dos fatos discutidos.

A r. sentença, confirmada integralmente, pelos seus próprios fundamentos, em segunda instância, é clara: manda que os réus, dentre eles a Municipalidade de Vinhedo, "removam todo e qualquer obstáculo e aparato destinado ao fechamento do bairro". Para que não remanescesse qualquer dúvida, por mais remota que fosse, mandou derrubar, designadamente, **guaritas**, cancelas, muretas, grades e portões (fls. 1024). Nem corrente o título judicial permitiu que permanecesse no perímetro do loteamento, do que se retira que a r. decisão

Acesso ao Sumário

ora agravada, à evidência, não pode subsistir, porque viola a coisa julgada.

Em poucas palavras, ordem judicial não se discute nem se "flexibiliza", cumpre-se, simplesmente, porque assim manda o texto constitucional, cabendo acrescentar, quanto à alegação de que se estaria tratando de "aparelhos públicos", que a interpretação dos fatos resulta manifestamente equivocada, porquanto desconforme às disposições da Lei Federal n. 6.766/79, mesmo porque portarias, guaritas, depósitos, etc, não são bens de uso comum do povo, a despeito de instalados em espaço a que, em tese, qualquer pessoa haveria de ter livre acesso.

E nem se venha dizer que a concordância do Ministério Público, "titular da ação e defensor da coletividade", seria suficiente para que o v. Acórdão deixasse de ser cumprido, pois título judicial somente pode ser rescindido na forma prevista em lei.

Saber se a demolição das construções atenderá ou não aos interesses de determinadas pessoas é questão manifestamente impertinente, havendo de se acrescentar, ainda a propósito da contraminuta do Ministério Público, que se o título judicial, por hipótese, foi além do que o autor da ação postulava (incluindo a demolição de guarita quando não havia requerimento nesse sentido), cuidava-se de postular a anulação do julgado a seu tempo, não se revelando no descumprimento do v. Acórdão uma forma prática de contornar o problema.

Diga-se mais, o Ministério Público pediu, sim, na inicial da ação proposta, a remoção de guaritas, como se lê no item 'I.a)', já ao final da peça vestibular (fls. 42), limitando-se o magistrado, em sentença confirmada pelo E. Tribunal, a acolher a pretensão tal como formulada.

Quanto à exiguidade do prazo assinalado para a demolição, entendeu por bem o Relator, diante das razões expostas nos itens I a III de fls. 214 e 215, que caracterizada estaria a justa causa (art. 183, § 1º, do CPC), pelo que ampliou o prazo outrora concedido para trinta dias, a contar da intimação das partes envolvidas. E a decisão, ausente fato que desautorize as premissas na base das quais se fundou, merece ser confirmada.

Em suma, o recurso há de ser provido para a parcial reforma da decisão agravada, com o restabelecimento da autoridade do v. Acórdão proferido nos autos da Apelação Cível n.º 0002752-64.2007.8.26.0659.

Nestes termos, dou provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2185176-33.2014.8.26.0000, da Comarca de Sorocaba, em que é agravante

Acesso ao Sumário

LAÉRCIO TEIXEIRA DE CARVALHO (JUSTIÇA GRATUITA), é agravado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.892)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente) e MARCELO BERTHE.

São Paulo, 13 de abril de 2015.

NOGUEIRA DIEFENTHALER, Relator

Ementa: Agravo de instrumento. Pretensão de antecipação dos efeitos da tutela a fim de compelir o Facebook a excluir contas nas quais foram feitas postagens ofensivas ao autor, sob pena de imposição de multa diária. Ausência de prova da recusa por parte da empresa, bem como do caráter de urgência da medida. Manutenção da decisão impugnada. Recurso desprovido.

VOTO

Vistos;

Laércio Teixeira de Carvalho interpôs agravo de instrumento em face da r. decisão reproduzida a fls. 52, proferida nos autos da ação de indenização por danos morais ajuizada contra a Fazenda do Estado de São Paulo, pela qual o DD. Magistrado "*a quo*" houve por bem indeferir o pedido de antecipação de tutela para determinar à empresa Facebook a exclusão das contas (perfis de usuários) nas quais foram feitas postagens de caráter ofensivo ao autor, sob pena de multa diária de R$ 1.000,00.

Sustenta, em síntese, que os danos causados à moral do agravante somente cessarão com a exclusão das referidas contas do Facebook, defendendo a necessidade de exclusão imediata das referidas postagens diante da possibilidade de divulgação "viral" do conteúdo ofensivo. Aduz, ainda, que a determinação de exclusão das contas independe da inclusão do Facebook no polo passivo da demanda, entendendo ser desnecessária a medida, uma vez que a empresa não tem responsabilidade pelas postagens de seus usuários.

O pedido liminar foi indeferido.

Estamos a tratar de recurso adequadamente processado, sem resposta da agravada.

É o relatório. Passo ao voto.

O recurso não comporta provimento.

Consoante estabelece o artigo 273 do Código de Processo Civil, a concessão da tutela antecipada exige verossimilhança da alegação decorrente de "prova inequívoca", além do implemento de uma das duas condições previstas nos respectivos incisos I e II: haja fundado receio de dano irreparável de difícil reparação ou fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Aponta a doutrina que a aparente contradição estabelecida entre a exigência de "*prova inequívoca*" (aquela que não admite outra interpretação, "i.e." unívoca) e a verossimilhança das alegações "*visa chamar a atenção para a necessidade de forte probabilidade de que os fatos sejam verdadeiros e o requerente tenha razão*" (José Roberto dos Santos Bedaque, *in* Código de Processo Civil interpretado, 3ª ed., Atlas, p. 832).

Em face do quanto exposto, a antecipação da tutela final tão somente é de se admitir quando os elementos dos autos sejam aptos a formar no espírito do julgador, firme convencimento da verossimilhança das alegações.

Na hipótese dos autos, entretanto, o recorrente não demonstrou, por meio das peças que instruíram este recurso, a verossimilhança exigida para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela pretendida.

De fato, não há nos autos qualquer notícia acerca de requerimento dirigido ao Facebook para a exclusão das contas nas quais foram feitas as postagens de conteúdo ofensivo ao autor, não havendo também comprovação da recusa por parte da empresa em excluí-las.

Quanto à alegada necessidade de exclusão imediata das referidas postagens diante do risco de divulgação "viral" do conteúdo ofensivo, verifico que as postagens datam de janeiro de 2013, tendo o autor ajuizado a ação somente em março de 2014, o que afasta o caráter de urgência da medida.

Enfim, diante da ausência de comprovação da recusa e considerando o fato de que o autor optou por não incluir a referida empresa no polo passivo da demanda (mesmo lhe sendo facultada a emenda da inicial para tanto), não se revela razoável antecipar a tutela para compeli-la ao cumprimento de obrigação em ação em que sequer é parte, sob pena de imposição de multa diária.

Destarte, a decisão interlocutória impugnada não comporta a reforma pretendida pelo recorrente, devendo-se mantê-la nos termos em que proferida pelo r. Juízo "*a quo*".

Isso posto, voto no sentido do **desprovimento** do recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2020187-73.2015.8.26.0000, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é agravante ADAIR FRANCISCA DE ABREU TORRES (JUSTIÇA GRATUITA), é agravado FAZENDA 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 18.947)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JARBAS GOMES (Presidente) e PAULO DIMAS MASCARETTI.

São Paulo, 22 de abril de 2015.

CRISTINA COTROFE, Relatora

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – *Home Care* – Encefalopatia hepática, Parkinson em estágio avançado, disfagia, cirrose hepática por hepatite C, hipertensão e diabetes – Concessão da tutela antecipada – Admissibilidade – Presença dos requisitos autorizadores da medida cautelar – Perigo na demora da prestação justificado – Tutela constitucional do direito à vida digna (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 ***Adair Francisca de Abreu Torres*** contra a decisão trasladada a fls. 58/61, que, nos autos da ação de obrigação de fazer proposta em face da ***Fazenda do Estado de São Paulo***, indeferiu o pedido de tutela antecipada que visava ao fornecimento do serviço de enfermagem, 24 horas por dia, por tempo indeterminado, através de funcionários da Rede Pública de Saúde, ou a disponibilização de numerário para que a requerente contrate os profissionais de saúde de que necessita.

A agravante sustenta, em síntese, ser portadora de encefalopatia hepática, Parkinson em estágio avançado, disfagia, cirrose hepática por hepatite C, hipertensão e diabetes, já tendo sofrido sete acidentes vasculares cerebrais. Afirma que não reúne condições para o tratamento de *home care* (serviço de enfermagem), em razão do seu alto custo, e que deve prevalecer a prescrição

Acesso ao Sumário

realizada por seu médico, diante da garantia constitucional do direito integral à saúde.

Regularmente processado o recurso, com a outorga da tutela antecipada recursal, foram dispensadas informações do Juízo *a quo* (fls. 85/86).

Intimada, a agravada apresentou contraminuta (fls. 92/101).

A Douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo provimento do recurso (fls. 105/108).

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, é 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. 42/51), constata-se que a agravante é portadora de encefalopatia hepática, Parkinson em estágio avançado, disfagia, cirrose hepática por hepatite C, hipertensão e diabetes, já tendo sofrido sete acidentes vasculares cerebrais, "*encontrando-se acamado e dependente de terceiros para sobreviver. (...) O serviço prescrito em 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*"[2].

A Constituição Federal, no artigo 196, estabelece que a "*saúde é direito de todos e dever do Estado*", sendo que tal direito é garantido através de

1 *Código de Processo Civil Interpretado*, 7ª Edição, 2008, Ed. Manole, p. 266/267.
2 Relatório Médico (fls. 42/43).

políticas sociais e econômicas que visem a 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 bastasse isso, a Lei Federal nº 8.080/1990 (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* (serviço de enfermagem 24h/dia), nos termos do relatório médico de fls. 42/43.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2085513-14.2014.8.26.0000, da Comarca de Jundiaí, em que é agravante MUNICÍPIO DE JUNDIAÍ, é agravado VALDIR FERREIRA DA SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.963)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUCIANA BRESCIANI (Presidente) e CARLOS VIOLANTE.

São Paulo, 29 de abril de 2015.

JOSÉ LUIZ GERMANO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. APELAÇÃO CADASTRADA NO SISTEMA SAJ COMO EMBARGOS INFRINGENTES NA EXECUÇÃO. APELAÇÃO NÃO RECEBIDA PELO JUIZ, QUE CONSIDEROU O ERRO INESCUSÁVEL. Sistema que contém opção de

cadastramento de apelação. Erro evidente. Sistema que funciona há tempo suficiente para seu bom conhecimento pelos usuários, o que faz com que não se possa tolerar esse tipo de erro.
AGRAVO NÃO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra r. decisão interlocutória, copiada a fls. 120 dos autos digitais, que não recebeu o recurso de apelação interposto pelo Município.

Agrava o apelante, alegando que, ao cadastrar o recurso de apelação no sistema SAJ do Tribunal de Justiça, incorreu em erro, tendo feito o cadastro como embargos infringentes na execução fiscal. Mas isso só se deu porque o campo para cadastro de apelação não estava no link "Recursos", mas sim "Petições Diversas".

O duplo efeito ao agravo não foi concedido (fls. 122).

Foram solicitadas informações do juízo, que as prestou a fls. 134.

Não houve apresentação de contraminuta.

É o relatório.

É sabido que há pelo menos 2 anos surgiu no Tribunal de Justiça o sistema SAJ de peticionamento eletrônico. A partir de então todos os advogados tiveram que se adaptar ao novo sistema que recebe as petições, documentos, recursos e todas as demais peças processuais.

No caso em tela, alega o Município que a advogada, ao cadastrar a apelação, não encontrou essa opção no link "recursos" e que neste só havia a opção "embargos infringentes na execução". A opção "Apelação" estaria no link "petições diversas".

Não vejo erro na decisão do juízo monocrático que não recebeu a apelação. Conforme foi por ele dito, o SAJ já existe há tempo suficiente para que esse tipo de erro não mais ocorra e a correta formação do processo é responsabilidade do advogado.

Acrescento a esse argumento que a advogada em questão não alegou em sua defesa que é nova profissional, o que nos faz crer que não seja esta a primeira apelação que ela teria cadastrado no sistema, pois, como já dito, ele funciona há mais de 2 anos.

Além do que, mesmo que tivesse sido a primeira peça recursal feita pela profissional, poderia ela ter solicitado ajuda de algum colega mais experiente, quando viu que não tinha a opção "Apelação" no link que entendeu ser o correto.

Desta forma, o erro é mesmo inescusável, como entendeu o juiz

Acesso ao Sumário

monocrático.

Em pesquisa na jurisprudência, vemos que os erros não têm sido admitidos. Vários são os casos em que houve peticionamento físico após o surgimento do SAJ e estes não foram recebidos, em clara concordância com este julgamento de não recebimento da apelação.

O suposto erro apresentado pelo sistema (opção para cadastro da apelação em "petições diversas") não pode ser entendido como armadilha sistêmica. Outro entendimento seria se não existisse a opção em todo o SAJ, mas, ao contrário, ela existe e estava com fácil acesso ao advogado, bastando uma vista geral do sistema.

Para fins de prequestionamento, observo que a solução da lide não passa necessariamente pela restante legislação invocada e não declinada. Equivale a dizer que se entende estar dando a adequada interpretação à legislação invocada pelas partes. Não se faz necessária a menção explícita de dispositivos, consoante entendimento consagrado no Eg. Superior Tribunal de Justiça, nem o Tribunal é órgão de consulta, que deva elaborar parecer sobre a implicação de cada dispositivo legal que a parte pretende mencionar na solução da lide, uma vez encontrada a fundamentação necessária.

Ante o exposto, é negado provimento ao agravo de instrumento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2216357-52.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado ELOÍSA DONIZETTI REMÉDIO.

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 19.645)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDSON FERREIRA (Presidente sem voto), VENICIO SALLES e J. M. RIBEIRO DE PAULA.

São Paulo, 6 de abril de 2015.

OSVALDO DE OLIVEIRA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – CONCURSO PÚBLICO – Candidata aprovada

nas fases anteriores e considerada inapta na perícia médica, em virtude da constatação de patologia considerada crônica, após diversas licenças médicas obtidas durante o exercício do Magistério na rede pública estadual – Inconformismo – Matéria fática que depende de ampla dilação probatória – Deferimento da tutela antecipada para se determinar a posse da candidata – Ausência de prova inequívoca a amparar a verossimilhança das alegações – Restabelecimento do ato decisório anteriormente proferido, que determinou a reserva de uma vaga no concurso público *sub judice* – Reforma da decisão hostilizada – Recurso provido em parte.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face da decisão interlocutória de fls. 260 que, nos autos da ação pelo rito ordinário, deferiu o pedido de tutela antecipada e determinou a posse da autora no cargo público, independentemente do fato de ter sido acometida por depressão no passado.

Sustenta a agravante que a agravada foi aprovada em concurso público para o cargo de Professora de Educação Básica II. No entanto, não pôde tomar posse por ter sido considerada inapta pelo Departamento de Perícias Médicas do Estado (DPME). Dessa forma, ingressou em juízo e obteve a tutela antecipada. Não há, *in casu*, prova inequívoca do direito alegado. O artigo 47, inciso VI, da Lei Estadual n.º 10.261/68 prevê que a boa saúde, comprovada em inspeção médica realizada em órgão oficial, é requisito para a posse em cargo público. O exame médico-pericial não se limita à aferição da capacidade momentânea do candidato, mas também afere o prognóstico laborativo que abrange todo o tempo previsto no serviço público, a fim de se afastar o risco de permanência precária no trabalho, com licenciamentos frequentes e aposentadoria precoce. A decisão judicial não poderia ter ignorado o exame médico realizado pelo DPME, mormente porque ele goza de presunção de legitimidade que somente pode ser elidida quando houver prova nos autos capaz de infirmá-lo, o que não ocorre na hipótese vertente. No mais, no caso de não confirmação da decisão agravada por ocasião do julgamento final da demanda, haverá inúmeros problemas para a Administração Pública, que terá concedido a posse à candidata. A situação contrária, por outro lado, não causará danos às partes. Eventual prejuízo sofrido pela agravada poderá ser convertido em perdas e danos. Requer a concessão de efeito suspensivo ao recurso, bem como a reforma da decisão interlocutória impugnada, a fim de ser indeferido o pedido de tutela antecipada (fls. 01/13).

Acesso ao Sumário

Concedeu-se efeito suspensivo ao recurso (fls. 281/282).

Com apresentação de contraminuta (fls. 284/286), pelo desprovimento ao recurso interposto.

Houve pedido de reconsideração por parte da agravada, acompanhado de documentos (fls. 294/300).

Indeferiu-se o pedido de reconsideração e recebeu-se como agravo regimental (fls. 310).

A agravante manifestou-se sobre os documentos juntados pela agravada (fls. 308).

As partes não se manifestaram acerca do julgamento virtual (fls. 309).

É o relatório.

Insurge-se a agravante em face da decisão interlocutória que deferiu o pedido de tutela antecipada, consistente na posse da candidata no cargo de Professora de Educação Básica II, independentemente de ter sido outrora acometida de depressão.

Com efeito, estabelece o Código de Processo Civil:

> Artigo 273 – O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:
>
> I-) haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou
>
> II-) fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

A tutela antecipada constitui julgamento antecipado do mérito da ação, embora de forma provisória. Portanto, é indispensável que o Magistrado se convença da verossimilhança da alegação, fundada em prova inequívoca, sem prejuízo do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou da caracterização do abuso de direito de defesa ou do manifesto propósito protelatório da parte adversa.

Neste sentido, preleciona Cândido Rangel Dinamarco:

> "O grau dessa probabilidade será apreciado pelo juiz, prudentemente e atento à gravidade da medida a conceder. A exigência de prova inequívoca significa que a mera aparência não basta e que a verossimilhança exigida é mais do que o *fumus boni juris* exigido para a tutela cautelar" (*in A Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, p. 141).

A antecipação não pode estar fundamentada em simples alegações ou suspeitas. Deverá se apoiar em prova inequívoca, clara, evidente, portadora de grau de convencimento tal que a seu respeito não se possa levantar dúvida razoável.

Em uma análise perfunctória da matéria em exame, não se logra localizar, por ora, tal prova contundente.

Após ter sido aprovada nas fases anteriores do concurso público para Professora de Educação Básica II, a agravada foi considerada inapta em sede de perícia médica (fls. 210/238), em virtude das várias licenças anteriores concedidas por patologia considerada crônica (fls. 211). Em sede administrativa recursal, a decisão teve como fundamento o disposto no artigo 47, inciso VI e parágrafo único, da Lei Estadual n.º 10.261/68, com a redação atribuída pelo artigo 1.º, inciso II, da Lei Complementar Estadual n.º 1.123/10 (fls. 210).

A princípio, nesta precoce fase processual, não se pode afastar a presunção de legitimidade de que goza o ato administrativo impugnado. Isso somente seria possível após ampla dilação probatória, eventualmente com a realização de perícia médica, a fim de se constatar se a patologia considerada crônica a que alude o Membro da Equipe Técnica da Comissão de Assuntos de Assistência à Saúde, de fato, impossibilitaria o pleno exercício das atividades inerentes ao cargo. Em caso positivo, a inaptidão será confirmada. Caso contrário, o ato administrativo poderá ser revisto.

Por ora, não é possível, da análise dos documentos acostados ao presente instrumento, vislumbrar-se a prova inequívoca indispensável à concessão da tutela antecipada consistente na posse da candidata. Isso porque, na perícia médica efetivada no concurso, foi constatada a existência de doença preexistente e, em decorrência dessa patologia, foi considerado inviável o desempenho das funções típicas do cargo ao qual concorreu a agravada. Tais informações não podem ser desconsideradas. Portanto, na fase instrutória, é necessário perquirir, em primeiro lugar, se, de fato, a candidata é portadora de depressão. Em segundo lugar, ainda que o quadro não seja detectado, faz-se mister analisar em que medida a doença poderia regressar, prejudicando ou tornando inviável o desempenho das atribuições docentes, tendo em vista que o médico aludiu ao caráter crônico da patologia. Enquanto não esclarecidas tais indagações, não é prudente optar-se pelo afastamento das conclusões a que chegou a perícia médica realizada em sede administrativa.

Em suma, após o exercício da ampla defesa e da dilação probatória, será possível avaliar se a pretensão principal da autora procede (posse no cargo público).

Acerca da matéria, esta Corte de Justiça já decidiu:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - Ordinária - Concurso Público - Inaptidão - Ato administrativo dotado de legalidade e legitimidade - Ilegalidade não configurada - Ausência conjunta dos requisitos previstos na lei do mandado de segurança - Decisão que se mantém - Recurso não provido. (Agravo de Instrumento n.º 2049793-20.2013.8.26.0000 – São

Acesso ao Sumário

Paulo – 13.ª Câmara de Direito Público – Rel. Peiretti de Godoy – j. 05.02.2014);

AGRAVO DE INSTRUMENTO - Mandado de Segurança - Decisão que indeferiu a liminar, formulada no sentido de que fosse reconhecida a aptidão para o desempenho das funções do cargo de Agente de Organização Escolar, bem como que fosse concedida a posse no referido cargo público e assegurado o exercício até o julgamento do mérito do *mandamus* - Insurgência que não merece prosperar - Ausência de prova inequívoca hábil a demonstrar a verossimilhança das alegações e capaz de elidir, de pronto, a presunção de legitimidade e veracidade do ato administrativo - Decisão mantida e recurso desprovido. (Agravo de Instrumento n.º 2034824-97.2013.8.26.0000 – São Paulo – 9.ª Câmara de Direito Público – Rel. Moreira de Carvalho – j. 11.12.2013).

Por outro lado, muito embora não se vislumbre prova inequívoca hábil a garantir a posse da agravada nesta precoce fase processual, à míngua de provas mais robustas de sua higidez, a medida anteriormente adotada pelo juízo *a quo* parece mais razoável e condizente com as circunstâncias do caso em tela (fls. 253). Naquela oportunidade, a Magistrada havia optado pela reserva de uma vaga no concurso público, a fim de garantir a utilidade do provimento jurisdicional, resguardando eventual direito da autora, além de não gerar prejuízo à ré, ora agravante.

Ainda que o concurso já esteja concluído, após a realização de todas as suas fases e submissão dos candidatos à perícia médica, é oportuna a reserva de uma vaga, que poderá vir a ser ocupada pela agravada, caso se desincumba, após a devida dilação probatória, do ônus de elidir a presunção de legitimidade e veracidade do ato administrativo.

Não se olvida que, por força da reconsideração perpetrada no primeiro grau de jurisdição, a Administração Pública empossou a agravada no cargo (fls. 299/300), muito embora tivesse, anteriormente, interposto o presente recurso com pedido de concessão de efeito suspensivo. É bem verdade que a posse foi efetivada na mesma data da disponibilização às partes, no *site* do Tribunal de Justiça, da decisão deste Relator. A recorrente deparou-se com duas situações distintas: a necessidade de cumprimento da obrigação de fazer imposta pelo juízo *a quo*, no prazo de quarenta e oito horas, sob pena de incorrer em multa diária de R$ 500,00 (quinhentos reais – fls. 271); a necessidade de se aguardar a apreciação do pedido liminar veiculado no agravo de instrumento (concessão de efeito suspensivo). Optou, em virtude do prazo estabelecido, pelo cumprimento da obrigação de empossar a candidata. Todavia, no mesmo dia, este Relator suspendeu os efeitos da decisão de primeira instância. Assim sendo, a posse em caráter de urgência não era mais necessária.

Acesso ao Sumário

Posteriormente, ciente do conteúdo da liminar que a beneficiou, a Fazenda Estadual informou que somente adotou a medida devido ao teor da decisão proferida pelo juízo *a quo*, mas que, diante da concessão do efeito suspensivo, empreenderia "as medidas necessárias a tornar sem efeito a posse dada à interessada, assegurando-se, apenas, a reserva de vaga, conforme determinado" (fls. 308).

Sem sombra de dúvidas, em virtude do curto espaço de tempo de que dispunha a recorrente e do conteúdo distinto das duas decisões interlocutórias proferidas, no primeiro e no segundo grau de jurisdição, a agravada pode vir a sofrer inconveniências (tomou posse no dia 03 de dezembro de 2014, a qual, segundo a Fazenda Pública, será brevemente tornada sem efeito).

Independentemente do desconforto advindo de tais circunstâncias, não se pode alterar o entendimento outrora esposado por este Relator, quando suspendeu os efeitos da decisão hostilizada (fls. 281/282), do qual ainda se partilha.

Observa-se que maiores considerações acerca da matéria em análise não devem ser tecidas, sob pena de invasão exacerbada e precoce da esfera pertencente ao mérito, o que é incabível na espécie. Em outras palavras, no julgamento do presente recurso, é inviável maior digressão sobre o direito invocado, uma vez que o exato alcance da relação jurídica existente entre as partes somente poderá ser dirimido no julgamento da demanda.

Desta forma, não se concorda com a medida deferida em benefício da agravada *initio litis* e consistente na sua posse para o cargo público de Professora de Educação Básica II. Todavia, a fim de se evitarem maiores prejuízos, compreende-se por bem deixar uma vaga reservada à demandante, até final decisão de mérito.

Por conseguinte, afasta-se a decisão interlocutória hostilizada, recuperando-se o quanto decidido *in fine* no anterior *decisum* proferido no primeiro grau de jurisdição (fls. 253), com a reserva de uma vaga no concurso público *sub judice*.

Diante do exposto, dá-se provimento em parte ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2203732-83.2014.8.26.0000, da Comarca de Cajuru, em que são agravantes ROBERTO SÉRGIO FERREIRA MARTUCCI, LICIO CESAR FERREIRA MARTUCCI e OLINDA GALVÃO PIMENTEL, são agravados MUNICÍPIO DE CÁSSIA DOS COQUEIROS, JANUARIO SANTANA (ESPÓLIO),

MAURICIO SANTANA, JANAINA RAIZER SANTANA e TATIANA RAIZER SANTANA.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, vencido o 2º juiz.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 9767)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CARLOS MALHEIROS (Presidente) e JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA.

São Paulo, 5 de maio de 2015.

CAMARGO PEREIRA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – HONORÁRIOS CONTRATUAIS.

Os honorários advocatícios quando acrescidos de honorários de sucumbência, não devem ser superiores às vantagens advindas em favor do constituinte.

Deferimento do pedido agravante, antigo patrono dos autores, que representaria a entrega da metade da vantagem advinda aos autores no processo, o que é vedado pelo ordenamento jurídico.

Agravo de instrumento não provido.

VOTO

Vistos.

Cuida-se de agravo de instrumento extraído dos autos de execução que indeferiu pedido dos agravantes. Aduzem os agravantes, antigos procuradores do espólio de Januário Santana, que propuseram ação em 1998 e que trabalharam por mais de 15 (quinze anos), sem pactuar o recebimento de honorários concomitante à atuação; que no curso da demanda várias medidas incidentais ocorreram e, somente quando o cliente, citado em ação rescisória, proveniente de sentença no mesmo procedimento trabalhista, foi firmado contrato, delimitando que para estes serviços profissionais seria acrescido o percentual de 20% (vinte por cento), sobre o resultado da ação trabalhista.

Assevera que no curso da execução, o cliente, Sr. Januário Santana, sem satisfação do crédito exequendo, veio a falecer, sendo que seus sucessores revogaram a procuração outorgada.

Pretendem a reserva de crédito do acréscimo do percentual de 20% (vinte por cento), bem como que a reserva incida sobre o valor bruto, sem a dedução dos valores previdenciários e fiscais.

Processado, o recuso recurso foi respondido (fls.70/77). A Municipalidade de Cássia dos Coqueiros não apresentou resposta (cert. fl.142).

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Com efeito, o falecido pai dos agravados contratou serviços advocatícios dos agravantes, fixados no percentual de 30% (trinta por cento) do proveito financeiro que viesse a receber, além do percentual de 20% do proveito financeiro da demanda trabalhista em pagamento de honorários de ação rescisória.

Pelo que se infere dos autos, dos depósitos já levantados, os agravantes já retiveram para si o valor correspondente a R$22.150,08 (vinte e dois mil, cento e cinquenta reais e oito centavos), sendo R$8.860,00 (oito mil, oitocentos e sessenta reais) referente à ação rescisória e o restante correspondente aos 30% do constante do contrato da ação trabalhista.

A r. decisão restou fundamentada nos seguintes termos:

"Pugna o antigo patrono dos autores pela reserva de 50% (cinquenta por cento) dos valores depositados nos autos, tendo em vista que foram pactuados honorários contratuais de 30% (trinta por cento) sobre o valor da condenação, para o presente processo, e outros 20% (vinte por cento), em virtude da defesa em ação rescisória.

O pleito não pode ser atendido.

Em primeiro lugar, os honorários contratuais relativos à ação rescisória não podem ser cobrados na presente reclamação trabalhista, tendo em vista que é crédito que diz respeito a outra demanda, e cujo valor não corresponde à vantagem patrimonial auferida na reclamação trabalhista.

De fato, a mera leitura do contrato juntado as fls. 451, revela que, pela defesa na ação rescisória, o advogado faria jus a "20% (vinte por cento) sobre o valor da liquidação do processo judicial 944/98".

Ora, não se sabe qual é o valor da liquidação dos autos nº 944/98, sendo impossível dimensionar a quantia devida ao antigo patrono.

Em segundo lugar, e por fim, o deferimento do pedido do antigo patrono representaria a entrega a ele da metade da vantagem advinda aos autores no presente processo, o que é vedado pelo ordenamento jurídico.

O próprio Código de Ética da Ordem dos Advogados do Brasil dispõe:

'Art. 36 - Os honorários profissionais devem ser fixados com moderação, atendidos os elementos seguintes:

I - a relevância, o vulto, a complexidade e a dificuldade das questões versadas;

II - o trabalho e o tempo necessários;

III - a possibilidade de ficar o advogado impedido de intervir em outros casos, ou de se desavir com outros clientes ou terceiros;

IV - o valor da causa, a condição econômica do cliente e o proveito para ele resultante do serviço profissional;

V - o caráter da intervenção, conforme se trate de serviço a cliente avulso, habitual ou permanente;

VI - o lugar da prestação dos serviços, fora ou não do domicílio do advogado;

VII - a competência e o renome do profissional;

VIII - a praxe do foro sobre trabalhos análogos.

Art. 38. Na hipótese da adoção de cláusula quota litis, os honorários devem ser necessariamente representados por pecúnia e, quando acrescidos dos de honorários da sucumbência, não podem ser superiores às vantagens advindas em favor do constituinte ou do cliente'.

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil tem assim decidido:

'Constitui violação disciplinar punível com pena de suspensão o advogado que, em Contrato escrito para recebimento de seguro via alvará, fixa seus honorários em 50% do valor do seguro'. (Recurso nº. 008/2004/SCA-MG, Rel. José de Albuquerque Rocha (CE), Ementa 034/2004/SCA, J: 05/04/2004, unânime, DJ 12/05/2004, p.544,S1).

'Comete infração disciplinar o advogado que cobra de cliente, em reclamação trabalhista, honorários equivalentes a 43% (quarenta e três por cento) do valor da condenação. Não cabe à Ordem dos Advogados do Brasil apreciar, em processo disciplinar, a validade de contratos de honorários, mas apenas a sua adequação aos preceitos éticos que devem pautar a conduta dos advogados. A cobrança abusiva de honorários advocatícios configura violação ao artigo 36 do Código de Ética e Disciplinada da OAB. Recurso conhecido e parcialmente provido'. (Recurso nº 0022/2003/SCA-SP, Rel. Ulisses César Martins de Sousa (MA), Ementa 047/2004/SCA, J: 08/03/2004, unânime, DJ 16/06/2004, p. 295, S1).

Na mesma senda, calha transcrever julgado do Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

'AGRAVO DE INSTRUMENTO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DESTAQUE DOS HONORÁRIOS CONTRATADOS DO VALOR DA CONDENAÇÃO. AGRAVO IMPROVIDO.

1. O § 4º do art. 22 do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8.906/94) prevê a possibilidade de pagamento dos honorários convencionados diretamente ao advogado, que fizer juntar aos autos o seu contrato de honorários antes de expedir-se o mandado de levantamento ou precatório, por dedução da quantia a ser recebida pelo

Acesso ao Sumário

constituinte.

2. Entretanto, ante o elevado percentual estabelecido, bem como ante a clara hipossuficiência da autora, deve o magistrado proceder ao controle da regularidade do pacto de honorários advocatícios.

3. Agravo de instrumento improvido'. (TRF3, 7ª Turma, AI 2008.03.00.024215-6, Rel. Des. Fed. Walter do Amaral, j. 30/03/2009, DJ 06/05/2009)

Sendo assim, deverão ser reservados ao antigo patrono os honorários contratuais pactuados em 30% (trinta por cento), porcentagem essa celebrada no contrato de honorários advocatícios referentes à presente reclamação trabalhista.

Ante o exposto, defiro o levantamento das quantias depositadas nos autos, devendo ser confeccionado alvará de levantamento em favor do antigo patrono, no valor correspondente a 30% (trinta por cento) do total depositado, e os 70% (setenta por cento) restantes aos autores".

Com razão o douto magistrado.

Com efeito, os honorários advocatícios quando acrescidos de honorários de sucumbência, não devem ser superiores às vantagens advindas em favor do constituinte, consoante se infere no caso dos autos.

Confiram-se, a propósito, os julgados colacionados pelos agravados, exarados pelas instâncias superiores, bem como dos tribunais de ética da OAB:

Honorários profissionais – Abusividade de cláusula que estipula remuneração do advogado em cinquenta por cento. Embora a relação entre cliente e advogado não se submeta ao CDC, acertada a r. sentença quanto à redução dos honorários advocatícios, que, na forma como contratados, implicam vantagem maior ao advogado que ao seu constituinte, hipótese de infração ao caput do art. 38 do Código de Ética e Disciplinada da OAB, publicado em 1º de março de 1995. Apelação desprovida.

(TJ-SP - APL: 2014220108260648 SP 0000201-42.2010.8.26.0648, Relator: Lino Machado, Data de Julgamento: 19/12/2012, 30ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 20/12/2012)

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS -ANÁLISE DE CLÁUSULA CONTRATUAL ESPECÍFICA - NÃO CONHECIMENTO - HONORÁRIOS CONTRATUAIS - AÇÕES CÍVEIS - HONORÁRIOS AD EXITUM - FIXAÇÃO EM 30% DO BENEFÍCIO PATRIMONIAL OBTIDO - IMODERAÇÃO - RENÚNCIA - DIREITO AOS HONORÁRIOS CONTRATADOS PROPORCIONAIS AO TRABALHO EFETIVADO – CONHECIMENTO PARCIAL.

A Primeira Turma não tem competência para o exame concreto de cláusulas de contrato de prestação de serviços advocatícios. Definição sobre o conteúdo da cláusula, em concreto, que cabe ao Poder Judiciário ou às Turmas Disciplinares. Em tese, é possível a cumulação de

honorários fixos ou pro labore com parcela adicional sobre o benefício patrimonial obtido em favor do cliente, por sentença transitada formal ou materialmente em julgado, desde que respeitados os parâmetros do art. 36 do CED, especialmente o princípio da moderação. São imoderados honorários contratuais de 30% do benefício patrimonial obtido em favor do cliente na esfera cível, ainda que previstos para a hipótese de êxito. Limite máximo recomendável de 20%, somando-se os honorários ad exitum com eventual verba fixa inicial ou pro labore.

No caso de renúncia, os honorários são devidos proporcionalmente ao trabalho efetivado, sejam aqueles adiantados, a título de pro labore, sejam aqueles previstos para a hipótese de êxito. Se houver cláusula contratual que assim o preveja, de forma clara, honorários que puderem ser assim caracterizados como pro labore podem ser retidos, proporcionalmente ao trabalho efetivado, devolvendo-se o restante. No final da causa, em caso de êxito, deverá ser feita a dedução prevista em contrato com os honorários para esta hipótese, se prevista em contrato. Também no final da causa, não havendo êxito, podem ser retidos os honorários previstos a título de pro labore, se a previsão contratual for clara a respeito, proporcionalmente ao trabalho efetivado. Recomenda-se sempre (e firmemente) solução amigável com o cliente, de modo a evitar pendengas de resultado nem sempre previsível. (Proc. E-4.356/2014 - v.m., em 22/05/2014, do parecer e ementa do Julgador Dr. FÁBIO DE SOUZA RAMACCIOTTI, vencido o relator, Dr. LUIZ ANTONIO GAMBELLI, com declaração de votos dos Julgadores Drs. ALUISIO CABIANCA BEREZOWSKI, CLÁUDIO FELIPPE ZALAF e LEOPOLDO UBIRATAN C. PAGOTTO - Rev. Dr. FÁBIO KALIL VILELA LEITE - Presidente Dr. CARLOS JOSÉ SANTOS DA SILVA)

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - HONORÁRIOS CONTRATUAIS - HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS PREVISTOS NO CPC - INDENIZAÇÃO POR HONORÁRIOS PREVISTA NO CÓDIGO CIVIL - DISTINÇÃO - AÇÃO TRABALHISTA - PERCENTUAL DEVIDO - BASE DE CÁLCULO.

Os honorários de sucumbência, previstos no art. 20 do Código de Processo Civil, decorrem da derrota em processo judicial e pertencem ao advogado, nos termos do art. 23 do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil, salvo disposição contratual em contrário. Já os honorários previstos no Código Civil tem como causa da atribuição patrimonial o princípio da reparação integral do prejuízo causado, seja por inadimplemento contratual seja decorrente da responsabilidade civil extracontratual. Pertencem, assim, ao cliente, salvo cessão do respectivo ao advogado. Os honorários contratuais, nas ações trabalhistas, podem atingir o percentual de 30%, ante a ausência de honorários de sucumbência. Os honorários contratuais, em ações trabalhistas, incidem sobre o valor bruto da condenação, sem o desconto das contribuições previdenciárias e encargos fiscais. A cota

Acesso ao Sumário

parte da contribuição previdenciária da empregadora não faz parte dos benefícios auferidos pelo cliente, sendo vedada a incidência da verba honorária. Os honorários contratuais, se previstos no montante de 30%, não podem ser cumulados com o recebimento, ainda que por cessão do cliente, de indenização por honorários, sob pena de contrariedade ao princípio da moderação. Todavia, os honorários convencionais (30% da condenação) incidem também sobre a indenização por honorários advocatícios, deferidas ao cliente com base no Código Civil, posto que obtida pelo trabalho do advogado. Em havendo cessão de indenização por honorários advocatícios, ao advogado, o percentual dos honorários contratuais deve ser proporcionalmente reduzido. Precedentes do TED I: Proc. E-4.280/2013, E-3.530/2007, Proc. E-3.921/2010 e E-3.902/2010. (Proc. E-4.342/2014 - v.u., em 20/02/2014, do parecer e ementa do Rel. Dr. FÁBIO DE SOUZA RAMACCIOTTI - Rev. Dra. CÉLIA MARIA NICOLAU RODRIGUES - Presidente Dr. CARLOS JOSÉ SANTOS DA SILVA)

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - RECLAMAÇÃO TRABALHISTA - CONTRATAÇÃO DE HONORÁRIOS NA MODALIDADE AD EXITUM - REQUERIMENTO DE ALVARÁ PARA LEVANTAMENTO DE DEPÓSITO RECURSAL PARA PAGAMENTO DE HONORÁRIOS - IMPOSSIBILIDADE - EXEGESE DO ART. 38 DO CED - NECESSIDADE DE PAGAMENTO PRÉVIO DOS CRÉDITOS TRABALHISTAS OBTIDOS PELO CLIENTE COM DEDUÇÃO PROPORCIONAL DO PERCENTUAL DE ÊXITO CONTRATADO - CONTRATAÇÃO POR ESCRITO - NECESSIDADE - ART. 35 E § 2º, DO CED - PRESTAÇÃO DE CONTAS AO CLIENTE - NECESSIDADE - ART. 9º DO CED - PERCENTUAL MÁXIMO DE 30% DO BENEFÍCIO OBTIDO NA AÇÃO - RECOMENDAÇÃO DA TABELA DE HONORÁRIOS DA OAB/SP - MODERAÇÃO.

Não pode o advogado requerer a expedição de alvará de levantamento de depósito recursal efetuado por empresa falida, para pagamento de seus honorários, sem que antes se efetue o pagamento do valor devido ao cliente. O advogado serve ao cliente, e não o contrário. Na modalidade de contratação ad exitum, o advogado recebe percentual sobre o benefício auferido pelo cliente na ação, cabendo a ele, ao receber quantias relativas ao valor da condenação, repassá-las ao cliente, deduzido proporcionalmente o percentual contratado e prestando contas do valor soerguido e do valor da dedução da verba honorária contratada. A contratação dos honorários de êxito e a respectiva dedução do benefício obtido devem ser pactuados por meio de contrato escrito, de acordo com o disposto pelo art. 35 e § 2º, do CED, a fim de evitar conflito com o cliente. O percentual máximo recomendado pela Tabela de Honorários da OAB/SP, no caso de reclamações trabalhistas e ações previdenciárias, é de 30 %, a fim de evitar a imoderação. (Proc. E-4.324/2013 - v.u., em 28/11/2013, do parecer e ementa do Rel. Dr. JOSÉ EDUARDO HADDAD - Rev. Dr. LUIZ ANTONIO GAMBELLI -

Acesso ao Sumário

Presidente Dr. CARLOS JOSÉ SANTOS DA SILVA)

Nestes termos, adotando os julgados supra, nego provimento ao presente recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2066036-68.2015.8.26.0000, da Comarca de Pereira Barreto, em que é agravante JANAÍNA NUNES DOS SANTOS, é agravado MUNICÍPIO DA ESTÂNCIA TURÍSTICA DE PEREIRA BARRETO.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.638)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CARLOS EDUARDO PACHI (Presidente), REBOUÇAS DE CARVALHO e DÉCIO NOTARANGELI.

São Paulo, 13 de maio de 2015.

CARLOS EDUARDO PACHI, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – MANDADO DE SEGURANÇA – Indeferimento da petição inicial – Interposição de apelo e abertura de prazo para apresentação de contrarrazões – Desnecessidade – Remessa imediata à Superior Instância – Decisão reformada.

Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos, etc.

Trata-se de agravo de instrumento tirado contra a r. decisão copiada a fls. 05 destes autos que, em mandado de segurança, recebeu apelação interposta pela recorrente e abriu prazo para apresentação de contrarrazões.

Afirma, em suma, que desnecessária abertura de prazo para resposta já que não houve citação.

Concedida a tutela recursal liminar, foram dispensadas as informações, apresentação de contraminuta, e manifestação da Procuradoria Geral de Justiça que tem deixado de se manifestar em casos tais (fls. 47/48).

É o relatório.

Ressalte-se que ante a ausência de citação da Ré, o Agravo pode ser julgado independentemente da intimação da parte Agravada (AgRg 729292/SP – Rel. Min. Massami Uyeda – julgado em 19.02.08).

Cuida-se de mandado de segurança impetrado pela recorrente, face à Secretária de Saúde Municipal visando ao custeio de cirurgia de cesariana com laqueadura, em que indeferida a petição inicial.

Houve apelo, recebido no duplo efeito, sendo determinada a abertura de prazo para apresentação de contrarrazões.

Prevê o art. 296 do CPC:

"Art. 296. Indeferida a petição inicial, o autor poderá apelar, facultado ao juiz, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, reformar sua decisão.

Parágrafo único. Não sendo reformada a decisão, os autos serão imediatamente encaminhados ao tribunal competente."

Verifica-se que transcorreu o prazo de quarenta e oito horas do recebimento do apelo, sem que houvesse reforma da decisão extintiva da ação mandamental.

Assim, em observância ao artigo transcrito, é de rigor a imediata remessa dos autos a Esta E. Corte de Justiça conforme pretendido pela agravante.

Nesse sentido: *"sem necessidade, portanto, de citação do réu, como determinava a redação anterior do texto. Também não é preciso intimar o requerido para contra-arrazoar a apelação, 'porque ainda não se encontra efetivada a relação processual' (STJ-6ªT., AI 602.885- AgRg. Min. Hamilton Carvalhido, j. 19.4.95, DJU 1.7.05)"* (THEOTONIO NEGRÃO E OUTROS – Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor – Saraiva – 46ª ed. nota 5a ao art. 296 – pág. 440).

Pelo exposto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2056081-13.2015.8.26.0000, da Comarca de São Vicente, em que é agravante E.A.P.S. (ASSISTIDO(A) POR SUA MÃE) A.S.P.S., é agravado SECRETÁRIO(A) DA EDUCAÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 10.106)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores XAVIER

Acesso ao Sumário

DE AQUINO (Presidente) e DANILO PANIZZA.

São Paulo, 19 de maio de 2015.

VICENTE DE ABREU AMADEI, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Mandado de segurança – Pretensão de obter Certificado de Conclusão do Ensino Médio em razão de aprovação no ENEM – Candidato menor de 18 anos que não completou o ensino médio – Liminar indeferida – Ausência de requisitos legais – Decisão mantida. RECURSO NÃO PROVIDO.

É inviável a concessão de medida liminar em mandado de segurança, para possibilitar obtenção de Certificado de Conclusão do Ensino Médio, em razão de aprovação no ENEM, se inexistente prova pré-constituída do direito líquido e certo cuja violação se alega, especialmente quando o candidato é menor de 18 anos e não completou o ensino médio.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por **E.A.P.S. (assistido por sua mãe A.S. P.S.)** contra decisão interlocutória do Juízo da Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Vicente (fls. 74), em mandado de segurança impetrado contra ato do Secretário da Educação do Estado de São Paulo. O recurso é tirado de decisão que indeferiu a liminar que buscava a expedição de certificado de conclusão de ensino médio em razão do impetrante, menor de 18 anos e cursando o terceiro ano do ensino médio, ter sido aprovado no ENEM, com nota suficiente para o curso superior que pretende fazer.

O agravante pretende a reforma da decisão, sustentando sua ilegalidade, pois, em síntese: **(a)** mesmo não tendo 18 anos, e ainda cursando o terceiro ano do ensino médio, foi aprovado no ENEM, com nota suficiente para o curso superior que pretende fazer; (b) esta exigência é inconstitucional e ilegal; **(c)** de acordo com a Constituição e Leis Especiais, comprovado que aluno tem aproveitamento suficiente para cursar o ensino superior, não pode a Administração negar-lhe tal desenvolvimento.

Acesso ao Sumário

Indeferida a antecipação da tutela recursal, foram dispensadas as informações do magistrado *a quo* e resposta da agravada.

É o relatório.

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade do recurso. A decisão

agravada, entretanto, não comporta reparo.

Concessão de medida liminar em mandado de segurança é espécie de tutela de urgência, necessária à efetividade do processo, de feição excepcional e natureza satisfativa (não apenas conservativa, como é a cautelar), embora provisória e resultante de sumária cognição, que, na forma do prescrito no art. 7º, III, da Lei nº 12.016/09, pressupõe: **(a)** fundamento relevante; **(b)** perigo da ineficácia da medida.

Todavia, na presente hipótese, não estão presentes os requisitos necessários à concessão da medida em tela.

O agravante possui 17 anos e está cursando o terceiro ano do ensino médio. Foi aprovado no ENEM, com nota suficiente para cursar Engenharia da Computação em determinada Instituição de Ensino (fls. 38/39). Pretende, assim, que tal aprovação possibilite a obtenção do Certificado de Conclusão do Ensino Médio, antes de tê-lo efetivamente completado, e antes de completar 18 anos de idade.

Ocorre que, segundo a Portaria Normativa 16/2011 do Ministério da Educação, que dispõe sobre certificação no nível de conclusão do Ensino Médio ou Declaração de proficiência com base no Exame Nacional do Ensino Médio-ENEM, são requisitos para tanto, além de determinada pontuação nas áreas de conhecimento da prova (o que, deveras, o agravante cumpre), que possua 18 anos de idade até a data de realização da primeira prova do ENEM.

Estas informações foram disponibilizadas ao agravante, como demonstram os documentos trazidos neste instrumento (fls. 34/36, 40).

Com efeito, esta Corte já entendeu, por sua vez, que *"a legislação aplicável ao presente caso é extremamente clara em direcionar a emissão do certificado de conclusão do ensino médio com base na nota do ENEM apenas e tão somente àquele que até a data da realização da primeira prova tenha 18 anos completos* (Ap. nº 0026482-69.2013.8.26.0053, 9ª Câmara de Direito Público, rel. **Des. Moreira de Carvalho**, j. 4.6.2014).

Além disso, não conta que o agravante tenha indicado a pretensão de utilizar os resultados de desempenho no exame para fins de certificação de conclusão do Ensino Médio, no ato da inscrição, bem como a Instituição Certificadora (fls. 37 e 40).

Logo, neste momento preliminar e cognição sumária, não consta que o agravante tenha efetivamente comprovado os requisitos para a expedição do certificado pretendido, de modo que não se pode, *prima facie*, afirmar conduta ilegal da Administração.

Por outro lado, não se pode deixar de considerar que, de acordo com parecer do Ministério Público, utilizado como razão de decidir pela decisão recorrida, anotou, que "*não se pode tomar o ensino médio como mero instrumento*

de acesso ao ensino superior, mas sim como estágio essencial para formação intelectual e social dos adolescentes" (fls. 57).

E, deveras, eventual utilização da aprovação no ENEM, para fins possibilitar a menor de 18 anos o ingresso em ensino superior, sem completar o ensino médio, reveste-se de caráter excepcional, a não autorizar que eventual provimento neste sentido seja feito em contexto de liminar em mandado de segurança e, ainda assim, sem que os requisitos de prova inequívoca de exigências administrativas foram cumpridas.

Sem demonstrar a violação do direito, falta fundamento relevante, requisito indispensável a justificar a concessão da liminar, corretamente negada pelo Juízo *a quo*.

Pelo exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2023630-32.2015.8.26.0000, da Comarca de São Roque, em que é agravante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado RAF SÃO ROQUE VEÍCULOS LTDA..

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 26.476)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CARLOS MALHEIROS (Presidente) e CAMARGO PEREIRA.

São Paulo, 12 de maio de 2015.

MARREY UINT, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Agravo de instrumento tirado de decisão que, nos autos de ação anulatória de débito fiscal, deferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela para suspender a exigibilidade da dívida inscrita – Presunção de liquidez ilidida, diante do cancelamento de notas fiscais – Inteligência do disposto no art. 3º da Lei 6.830/80 - Suspensão da exigibilidade do crédito admitida – Decisão mantida – Recurso improvido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão (fls. 16/17, prolatada pelo MM. Juiz Fábio Calheiros do Nascimento) que, nos autos de ação anulatória de débito fiscal, deferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela para suspender a exigibilidade da dívida inscrita.

O recurso foi conhecido sem o efeito suspensivo pleiteado (fls. 116/117).

É o relatório do essencial.

Em 05/02/2003 foi lavrado em desfavor do Agravado o Auto de Infração e Imposição de Multa, sob n. 2086233 (fls.111), pela Secretaria de Estado dos Negócios da Fazenda, com a seguinte infração relativa ao crédito do imposto:

Efetuou transferência de crédito de ICMS no montante de R$ 14.400.000,00 (quatorze milhões e quatrocentos mil reais), no período de Agosto à Novembro/2002, através das Notas Fiscais constantes do demonstrativo de fls. 05, e segundo o contribuinte, relativos a imposto retido a maior em face da SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA das mercadorias por ele recebidas e comercializadas, inobservando requisitos legais e regulamentares, especialmente pedir e obter autorização para a utilização dos aludidos créditos (Pedido de Ressarcimento) nos termos da Portaria CAT 17/1999 e alterações combinado com o § 2° do artigo 66-B da Lei 6.374/89 e alterações. O destinatário dos créditos foi a empresa FIAT AUTOMÓVEIS S/A, Inscrição Estadual n°067.123354.-00 32 (MG), CNPJ 16.701.716/0001-56. Comprova a infração os documentos juntados às fls. 07 a 43. INFRIGÊNCIA: Art. 269 c/c §2° e artigo 270, inc. II, do RICMS (Dec. 45.490/00). CAPITULAÇÃO DA MULTA: Art. 85, inc. II, alínea f c/c §§ 1°, 9° e 10, da Lei 6.374/89.

A esfera administrativa restou esgotada, culminando com resultado desfavorável ao Agravado.

Debatem, agora, em sede de ação anulatória, sobre a possibilidade de suspensão do crédito tributário em questão, até que a perícia contábil melhor verifique o montante apurado.

Dispõe o art. 3º da Lei 6830/80:

Art. 3º - A Dívida Ativa regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez.

Parágrafo Único - A presunção a que se refere este artigo é relativa e pode ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do executado ou de terceiro, a quem aproveite.

Conclui-se da leitura do mencionado dispositivo, assim como da sistemática pátria de execução de créditos tributários e não tributários, que a execução deve pautar-se em título líquido, certo e exigível, entretanto, "in casu", não obstante o resultado da esfera administrativa, imperioso reconhecer

Acesso ao Sumário

que, em princípio, houve o cancelamento do recebimento das notas ficais de transferência do Agravado à Fiat Automóveis, no montante de R$ 4.500.000,00, de tal modo que a presunção de liquidez da presente CDA, ora em execução, restou abalada (fls. 87/92).

Por tudo, de rigor a manutenção da sentença guerreada tal como lançada.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2051823-57.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante ANWAR MOHAMAD ALI, são agravados DIRETOR PRESIDENTE DA SÃO PAULO TRANSPORTE S/A SPTRANS e SECRETÁRIO DE TRANSPORTE DA PREFEITURA MUNICIPAL 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: "Julgaram prejudicado o recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.119)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JARBAS GOMES (Presidente sem voto), LEONEL COSTA e PONTE NETO.

São Paulo, 25 de maio de 2015.

RUBENS RIHL, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Mandado de segurança – Pretensão liminar à obtenção de bilhete único especial (pessoa com deficiência) – Indeferimento pelo nobre Juízo *a quo* – Superveniência de sentença que julgou improcedente o pedido do impetrante, denegando a segurança – Perda de objeto do presente agravo de instrumento – Recurso prejudicado.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por ANWAR MOHAMAD ALI contra a r. decisão de fls. 45, que, nos autos do mandado de segurança impetrado contra o DIRETOR PRESIDENTE DA SÃO PAULO TRANSPORTE S/A SPTRANS E SECRETÁRIO DE TRANSPORTE DA PREFEITURA MUNICIPAL DO ESTADO DE SÃO PAULO, indeferiu a liminar consistente na emissão de bilhete único especial – Pessoa com Deficiência.

Acesso ao Sumário

Sustenta o recorrente que é portador de cegueira completa à direita, sem percepção luminosa (visão monocular - CID H 54.4), além de nistagmo bilateral (CID H 55), em razão de acidente doméstico. Diante da sua deficiência, pleiteou junto à SPTRANS o Bilhete Único Especial, o qual foi negado sob o argumento de que a patologia mencionada não apresenta comprometimentos e/ou limitações que caracterizam a existência de deficiência e, por este motivo não consta entre as relacionadas nas Normas Reguladoras vigentes que regem a concessão do benefício. Invoca a Lei Municipal nº 11.250/92, bem como a Lei Estadual nº 14.481/2011, a Súmula nº 377 (Superior Tribunal de Justiça), o artigo 280, da Constituição Federal. Traz julgados em abono a sua tese, pleiteando a concessão da tutela antecipada recursal, ordenando que os Agravados providenciem ao Agravante o Bilhete Único Especial - Pessoa com Deficiência e, ao final, o provimento do recurso (fls. 1/08).

Concedida a antecipação da tutela recursal (fls. 51/53), sobreveio a contraminuta (fls. 58/81).

Parecer da Procuradoria de Justiça a fls. 84/85.

É, em síntese, o relatório.

Conforme noticia a Procuradoria de Justiça, informação confirmada através de pesquisa junto ao *site* do Tribunal de Justiça/SP, no presente caso sobreveio sentença denegando a segurança rogada pelo impetrante.

E de acordo com a jurisprudência do Colendo Supremo Tribunal Federal, consolidado na Súmula n. 405, *in verbis*:

> ***"DENEGADO O MANDADO DE SEGURANÇA PELA SENTENÇA, OU NO JULGAMENTO DO AGRAVO, DELA INTERPOSTO, FICA SEM EFEITO A LIMINAR CONCEDIDA, RETROAGINDO OS EFEITOS DA DECISÃO CONTRÁRIA."***

E também segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a superveniência da sentença de mérito afasta qualquer discussão acerca da liminar concedida, o que torna prejudicado o recurso contra essa decisão interlocutória. Vejamos:

> ***"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. VESTIBULAR. CONVOCAÇÃO PARA MATRÍCULA. DECISÃO LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA. SUPERVENIÊNCIA DA SENTENÇA. PERDA DO INTERESSE DE RECORRER. PRECEDENTES DO STJ. DECISÃO LIMINAR. AUSÊNCIA DE DEFINITIVIDADE. RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. SÚMULA 735/STF.***
>
> ***1. Proferida sentença em sede de mandado de segurança, opera-se a perda superveniente do interesse de recorrer em face da liminar. Precedentes do STJ.***

Acesso ao Sumário

2. Não cabe recurso especial contra decisão que aprecia liminar ou antecipação dos efeitos da tutela, diante da ausência de definitividade. Súmula n. 735/STF." (AgRg no AgRg no AREsp 501300/DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 08/09/2014).

Em casos similares, outro não tem sido o entendimento deste E. Sodalício:

"RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO – MANDADO DE SEGURANÇA – SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA – PERDA DE OBJETO. 1. Com a prolação da r. sentença, falta à parte agravante o interesse recursal. 2. Perda do objeto do recurso. 3. Recurso de agravo de instrumento, prejudicado." (Agravo de instrumento n.º 2086783-73.2014.8.26.0000 – Rel. Francisco Bianco – Quinta Câmara de Direito Público – j. 15.12.2014)

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – Mandado de segurança – Decisão que indeferiu liminar que visava recolhimento de ITBI, com base no valor de arrematação judicial. Superveniência de sentença. Perda do objeto. Recurso prejudicado." (Agravo de instrumento n.º 2140924-42.2014.8.26.0000 – Rel. João Alberto Pezarini – Décima Quarta Câmara de Direito Público – j. 11.12.2014).

Nesse diapasão, incorporados os fundamentos acima alinhavados, forçoso reconhecer que o presente recurso perdeu seu objeto.

Daí porque, em tais termos, julgo prejudicado o presente agravo de instrumento.

Apelações

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000464-30.2004.8.26.0278, da Comarca de Itaquaquecetuba, em que são apelantes FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e ORGANIZAÇÃO SOCIAL DE SAÚDE SANTA MARCELINA HOSPITAL GERAL DE ITAQUAQUECETUBA, são apelados MARIA ROSA DE SOUZA CÂMARA (JUSTIÇA GRATUITA) e MARCOS CÂMARA SOARES.

ACORDAM, em 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Anulada a sentença, com determinação,

prejudicados os recursos da Organização Social de Saúde Santa Marcelina Hospital Geral de Itaquaquecetuba e da Fazenda do Estado de São Paulo. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14.192)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CARLOS VIOLANTE (Presidente) e VERA ANGRISANI.

São Paulo, 24 de março de 2015.

LUCIANA ALMEIDA PRADO BRESCIANI, Relatora

Ementa: RESPOSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – Óbito de recém-nascida – Suposto nexo de causalidade com infecção hospitalar ocorrida em UTI neonatal – Provas documentais essenciais à demonstração desse nexo que não foram carreadas aos autos, inobstante depósito em juízo – Centralidade do contraditório (artigo 5º, LV, da Constituição Federal) – Fundamental à sentença de mérito a manifestação dialética das partes em torno desses documentos – Erro dos autores em ajuizar ação cautelar de busca e apreensão ao invés de cautelar de exibição de documentos, porque não é da índole da ação de busca e apreensão garantir necessariamente o carreamento aos autos do bem apreendido, garantindo o contraditório – Anulada a r. sentença, com determinação, prejudicados os recursos da Organização Social de Saúde Santa Marcelina Hospital Geral de Itaquaquecetuba e da Fazenda do Estado de São Paulo.

VOTO

Trata-se de ação indenizatória ajuizada por Maria Rosa de Souza Câmara, e seu esposo, Marcos Câmara Soares, em face da Organização Social de Saúde Santa Marcelina Hospital Geral de Itaquaquecetuba e do Estado de São Paulo, objetivando o ressarcimento por danos morais e materiais que alegam ter sofrido em razão de suposta má prestação do serviço público de saúde, que teria sido responsável pela propagação de infecção bacteriana (*enterobacter cloacal e klebsiella pneumanial*) na UTI neonatal da organização social que figura como ré, infecção esta que teria dado causa ao óbito da filha recém-nascida do casal, Rayssa Aparecida de Souza Câmara, primeira gemelar.

O pedido de assistência judiciária gratuita, pleiteado pelos autores, foi deferido a fl. 127.

Acesso ao Sumário

O pedido de assistência judiciária gratuita, pleiteado pela Organização Social de Saúde Santa Marcelina Hospital Geral de Itaquaquecetuba, foi indeferido a fl. 554. Dessa decisão recorreu a ré, interpondo recurso de agravo de instrumentos (fls. 2/335 do agravo de instrumentos em apenso), que, subindo à C. 2ª Câmara de Direito Público deste E. Tribunal de Justiça, foi provido para determinar o deferimento da justiça gratuita à agravante (fls. 338/342).

A Organização Social de Saúde Santa Marcelina Hospital Geral de Itaquaquecetuba apresenta impugnação ao valor da causa (fls. 2/14 da impugnação em apenso), devidamente contestada pelos autores (fls. 19/22 da impugnação em apenso). Tal impugnação foi deferida, para determinar a redução do valor atribuído à causa de 2096 (2000 salários mínimos + 12 vincendas[1] por 12 anos) para 488 (400 salários mínimos + 12 vincendas por 11 anos) salários mínimos (fls. 24/26 da impugnação em apenso).

Os autores ajuízam também, à data de 18 de novembro de 2003, ação de busca e apreensão (fls. 2/14 da ação em apenso), tendo por objeto o recolhimento de todos os prontuários e exames médicos realizados na autora e em sua filha falecida, desde seu ingresso na instituição hospitalar até sua alta definitiva, e consequente depósito desse material junto ao juízo do qual emanasse a sentença que julgasse o mérito da ação principal, cujo ajuizamento se deu em 27 de fevereiro de 2004. Nessa ação de busca e apreensão, que passa a desenvolver-se paralelamente à ação principal, manifestaram-se a Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo (fls. 16/38 da ação em apenso) e a Organização Social de Saúde Santa Marcelina Hospital Geral de Itaquaquecetuba (fls. 66/303 da ação em apenso). Foi determinada, então, a busca e apreensão dos documentos solicitados (fl. 306 da ação em apenso), tendo sido emitida certidão de cumprimento do mandado (fl. 308, verso, da ação em apenso) e lavrado auto de busca e apreensão (fl. 309 da ação em apenso), ficando os documentos depositados em juízo. Por fim, é lançado despacho determinando o julgamento dessa ação em conjunto com o da ação principal (fl. 316 da ação em apenso).

A ação foi julgada parcialmente procedente (fls. 695/701), para condenar as requeridas (a Organização Social de Saúde Santa Marcelina Hospital Geral de Itaquaquecetuba, *diretamente*, e a Fazenda Pública do Estado de São Paulo, *subsidiariamente*) ao pagamento de indenização de R$ 100.000,00 a titulo de danos morais, cumulado ao pagamento de pensão mensal aos autores a partir da data em que a falecida completaria 14 anos até a data em que completasse 65 anos, devendo ser pago o valor mensal de dois terços de um salário mínimo até a data em que completaria 25 anos, passando o valor, a partir daí, a um terço de um salário mínimo (fls. 695/701).

Acesso ao Sumário

A Organização Social de Saúde Santa Marcelina Hospital Geral de

1 Cada vincenda, no julgamento desta impugnação, foi considerada como equivalente a dois terços de um salário mínimo.

Itaquaquecetuba opõe à sentença embargos de declaração (fl. 706), que são acolhidos pelo juízo (fl. 707), para determinar a inexigibilidade do pagamento de honorários sucumbenciais aos autores.

Apelam a Fazenda do Estado de São Paulo (fls. 709/719) e a Organização Social de Saúde Santa Marcelina Hospital Geral de Itaquaquecetuba (fls. 725/757), pretendendo a reforma do julgado.

Recurso regularmente processado, não sendo contrarrazoado pelo réu.

É o relatório.

De início, considero interposto reexame necessário com base na previsão do artigo 475, inciso I, do Código de Processo Civil, redação dada pela Lei nº 10352/2001.

Maria Rosa de Souza Câmara, e seu esposo, Marcos Câmara Soares, ajuízam ação de indenização em face da Organização Social de Saúde Santa Marcelina Hospital Geral de Itaquaquecetuba e da Fazenda do Estado de São Paulo objetivando reparação por danos morais sofridos em razão de suposta má prestação do serviço público de saúde, que teria sido responsável pela propagação de infecção bacteriana (*enterobacter cloacal e klebsiella pneumanial*) na UTI neonatal da organização social que figura como ré, infecção esta que teria dado causa ao óbito da filha recém-nascida do casal, Rayssa Aparecida de Souza Câmara, primeira gemelar. Os autores imputam às rés a morte de sua filha neonata fundamentando-se na premissa de que há nexo causal entre diversas irregularidades clínicas e sanitárias (fls. 33 e 37/39) constatadas na instituição hospitalar (gerida pela Organização Social de Saúde Santa Marcelina Hospital Geral de Itaquaquecetuba com recursos do Estado de São Paulo) e a propagação da aludida infecção hospitalar. O alastramento dessa moléstia, por sua vez, teria dado azo à morte de uma das filhas gêmeas dos autores, que restaria, assim, causalmente ligada às deficiências do hospital no que toca ao adequado oferecimento de seus serviços.

Importa salientar, de plano, que a comprovação de dano indenizável, no bojo da responsabilidade civil da Administração Pública, no caso em apreço, depende da viabilidade dessas duas relações causais adequadas: (i) a de que as irregularidades clínicas e sanitárias da UTI neonatal concorreram decisivamente para a deflagração da referida infecção bacteriana, e (ii) a de que tal infecção é causa eficiente do óbito da filha dos autores.

A possibilidade de verificação do primeiro nexo, entre conduta administrativa e ato (comissivo ou omissivo) ilícito, é dada se a infecção hospitalar decorre de conduta administrativa, na medida em que as irregularidades denotem evidente infração à lei por parte da Administração, impingida que é a zelar pela qualidade e pela proteção à integridade da vida na prestação de seus serviços de saúde, o que se corporifica na obediência a diretrizes, protocolos e boas práticas,

Acesso ao Sumário

tanto no campo clínico como no âmbito sanitário. Ademais, a viabilidade desse primeiro nexo é robustecida quando se pensa que a presença de agente bacteriano em uma UTI neonatal só pode ser atribuída a uma ação ou omissão dos profissionais pelos quais a Administração Pública é responsável. Esse primeiro nexo permite, pois, ligar a imperícia administrativa (consubstanciada em irregularidades e falhas na prestação do serviço médico) ao desenvolvimento do ilícito indenizável (propagação de infecção bacteriana letal aos neonatos). Em termos esquemáticos, a adequação deste nexo diz respeito à possibilidade de ligar *ato* (ilícito) e *agente* (responsável), perfazendo, por isso mesmo, o que FERNANDO NORONHA[2] denomina "nexo de imputação", presente em todas as modalidades de responsabilidade civil:

Nexo de imputação é o fundamento, ou a razão de ser da atribuição de responsabilidade a uma determinada pessoa, pelos danos ocasionados ao patrimônio ou à pessoa de outra, em consequência de um determinado fato antijurídico. É o elemento que indica o responsável, estabelecendo a ligação do fato danoso com este. Em regra o fundamento de tal imputação é uma atuação culposa. Excepcionalmente poderá haver imputação pelo risco. (...) Por na responsabilidade objetiva se prescindir de culpa, muitos autores chegam a afirmar que nela não existe um nexo de imputação. Todavia, não é bem assim. O nexo de imputação existe, só que diferente: é a imputação pelo risco criado. Quem exerce determinadas atividades, suscetíveis de causar danos a terceiros, terá, como contrapartida dos benefícios que aufere, de suportar os danos que sejam eventualmente ocasionados a outrem.

O segundo nexo, por sua vez, é igualmente indispensável para a configuração da responsabilização civil da Administração em concreto, pois só ele é capaz de efetivamente vincular o ato (no caso, as condutas comissivas e omissivas que explicam a propagação da infecção bacteriana na UTI neonatal) ao resultado danoso pelo qual se pleiteia indenização. Aqui, a possibilidade de verificação do nexo remete à factibilidade da hipótese de o óbito da neonata, filha dos autores, *individualmente considerada*, ter decorrido causalmente da infecção que se propagou na UTI neonatal, ou seja, se sua morte se deu em função de seu acometimento por essa moléstia específica. Novamente em termos esquemáticos, a adequação deste nexo se traduz na possibilidade de ligar o ato (ilícito) ao resultado danoso. Como afirma FERNANDO DIAS MENEZES DE ALMEIDA[3]:

Em qualquer caso, para que se cogite de responsabilidade, devem estar

Acesso ao Sumário

2 NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, pp. 495-496 e 509, destaques do autor.

3 ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Responsabilidade Civil do Estado*. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). **Tratado de Direito Administrativo**, v. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 243.

presentes, no plano fático, os elementos fundamentais de uma relação de causalidade: ação causadora e efeito danoso. A relação entre esses elementos diz-se causalidade: há um nexo de causalidade entre a ação e o dano. Esses elementos, insista-se, localizam-se no plano dos fatos, no mundo natural ou mundo do ser.

Assim, diferentemente do consignado na r. sentença (fl. 697), a discussão central dos autos não se limita à "presença de infecção hospitalar", contemplando necessariamente um segundo questionamento que é dado pela indagação se, uma vez verificada essa propagação, é ela a causa da morte da filha dos autores. E é essa segunda questão – notavelmente controvertida nos autos – que não é adequadamente abordada pelo juízo *a quo*.

Com efeito, a ação foi julgada parcialmente procedente por compreender o caráter incontroverso (i) da relação jurídica entre a autora e as rés, (ii) da presença de irregularidades na prestação do serviço médico junto à UTI neonatal, (iii) da ocorrência de infecção bacteriana no local dos fatos, e (iv) da vinculação causal entre as mencionadas irregularidades e a superveniência seguida de propagação da infecção entre os neonatos.

Nada há que se censurar aqui: de fato, os quatro elementos apontados pelo MM. Magistrado sentenciante restam exaustivamente incontroversos nos autos. No entanto, esses elementos têm o condão de demonstrar claramente o primeiro nexo, e seriam conclusivos se estivesse em jogo a imputação, em abstrato, de um descumprimento de dever geral (prestação de serviços públicos de saúde com qualidade e segurança) à Administração Pública. O problema está no fato de que não é isto que se está a discutir nos autos. O objeto da presente demanda não se restringe à identificação de falhas e irregularidades na prestação do serviço hospitalar, questões estas que senão totalmente incontroversas, são consideradas nas defesas apresentadas pelas requeridas.

Tanto é assim que apelam as rés, contra a decisão sentencial, pleiteando a inversão do julgado, exatamente com base na ausência de nexo causal entre a infecção bacteriana ocorrida na UTI neonatal e o óbito da filha dos autores (fls. 712/714 e 731/733).

É à luz dessas premissas que a viabilidade do presente recurso deve ser analisada.

Estando o objeto da presente demanda decomposto em dois nexos de adequação, eventual nulidade da sentença (como chega a ser aventado pela Organização Social a fls. 730/731) deve necessariamente focalizar a suficiência da instrução probatória e do contraditório em relação a esses dois nexos.

Preliminarmente, é necessário afastar a possibilidade de valoração probatória, em sede recursal, do documento trazido a fl. 753.

Trata-se do resultado de um exame médico (hemocultura) no qual não

Acesso ao Sumário

teria sido encontrado qualquer vestígio de cultura bacteriana, o que permitiria afastar a possibilidade de que a filha dos autores tenha vindo a óbito em função dessa patologia. Este documento, tendo sido objeto de busca e apreensão (fls. 2/38 e 306/309 da ação em apenso), ficou em poder do juízo sentenciante, não sendo, contudo, trazido aos autos (o que não é, aliás, solicitado, por nenhuma das partes, em momento anterior à superveniência da r. sentença).

É evidente que tal documento, não tendo sido objeto de contraditório – visto que em momento algum é trazido à baila em instrução probatória – e não se configurando como prova de "fato novo superveniente" na acepção dos artigos 397 e 462 do Código de Processo Civil (pois não diz respeito a algo acontecido posteriormente ao ajuizamento da petição inicial ou do recurso voluntário), tem sua apresentação (pela ré) inadequadamente extemporânea com relação ao que regularmente deveria ter ocorrido.

Note-se que este documento (hemocultura) não é remetido à perita do IMESC (fl. 682), o que prejudica insuperavelmente a conclusividade de seu laudo.

Por outro lado, certo é que tal exame tenha sido analisado pela perícia extrajudicial autônoma (não vinculada à Organização Social que figura como ré). Antes da execução do mandado de busca e apreensão, esse documento, juntamente com diversos outros, encontrava-se em poder da Divisão de Infecção Hospitalar do Centro de Vigilância Epidemiológica do Estado de São Paulo, divisão esta responsável pela perícia administrativa.

Ora, como fica razoavelmente demonstrado, do cotejamento das fls. 40/44 às fls. 273/276, as conclusões da perícia administrativa apontam para a circunstância de que a morte da gemelar filha dos autores é precisamente o caso no qual houve exclusão da possibilidade de relacionamento do óbito com o surto bacteriano ocorrido na UTI neonatal (premissa incontroversa nos autos é a de que 8 dos 9 recém-nascidos – RNs – vieram a óbito em função da propagação da infecção, cf. fl. 40). Isto porque, dos três óbitos ocorridos na UTI no dia 9 de outubro de 2003, apenas dois figuram no diagrama que situa a evolução dos casos (fl. 41). Nesses dois óbitos, revelam-se, em curvas presentes no diagrama, quadros de compatibilidade e de confirmação da infecção hospitalar, o que corresponde, respectivamente, à descrição dos quadros do RN de Simone Silva Luciano e do RN de Rosilene Pinto da Rocha (fl. 274). O RN (1ª gemelar) de Maria Rosa Messias de Souza (autora), que veio a óbito no mesmo dia dos outros dois, sequer aparece no diagrama, e a descrição de seu caso da conta, em tom conclusivo, que o "*paciente nasceu com quadro de cardiopatia congênita cianótica grave, não apresentando nenhum indício de infecção hospitalar, e não fez uso de nenhum microbiano. Não houve critérios de infecção hospitalar*" (fl. 274).

Acesso ao Sumário

Ainda que tal laudo seja significativamente conclusivo, indispensável que as fontes documentais que subsidiaram sua confecção fossem trazidas aos autos do processo, inclusive como fundamentação do conteúdo material do laudo extrajudicial. Esse é, a propósito, o objetivo do próprio ajuizamento da mencionada medida cautelar pelos autores, com vistas a tornar a instrução probatória mais completa e adequada.

Note-se que não se tem em questão o caráter autônomo do Centro de Vigilância Epidemiológica do Estado de São Paulo (CVE/SP) com relação às rés. De fato, a perícia extrajudicial foi realizada de modo independente, segundo critérios técnicos e por equipe profissional interdisciplinar, o que permitiu a constatação de que 8 dos 9 neonatos vieram a óbito possivelmente (3 casos confirmados, 3 compatíveis e 2 meramente possíveis) em função da propagação da referida infecção bacteriana no ambiente da UTI neonatal. O problema está, isto sim, na falta dos documentos subsidiários junto aos autos, o que não permitiu o desenvolvimento do contraditório em torno deles. Na medida em que tais documentos são essenciais ao deslinde da controvérsia (a ponto de um exame ser anexado a recurso de apelação de modo completamente extemporâneo), a ausência de sua efetiva instrução, bem como da dialeticidade que se seguiria a ela, tornam a r. sentença impossibilitada de subsistir.

De rigor, portanto, a anulação do processo para realização de provas documentais em sede oportuna.

Importa destacar que a anômala ausência de carreamento aos autos dos documentos pleiteados no bojo da tutela cautelar decorre do ajuizamento de medida incorreta para a produção do efeito pretendido pelos autores.

Aqui valem as premissas, sustentadas por JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE[4], da *instrumentalidade* da tutela cautelar em relação ao provimento definitivo, e de sua consequente *vinculação* à crise jurídica, verificada no plano do direito material, capaz de justificar o próprio desenvolvimento do processo principal, e, pois, pela ideia de instrumentalidade, também do processo acessório (cautelar):

Também as tutelas tipicamente cautelares têm, portanto, seu conteúdo voltado para a sentença de mérito, para a proteção de um certo direito, ainda que indiretamente. Mesmo que se considere seu caráter duplamente instrumental – pois, segundo entendimento predominante na doutrina, o provimento cautelar visa a assegurar a eficácia da tutela satisfativa e final –, não se pode negar que, em última análise, a cautela protege o próprio direito material. (...)

Existe necessário e incindível nexo de instrumentalidade que liga a tutela cautelar de urgência ao julgamento de mérito. Senão se quer fazer o livre

Acesso ao Sumário

4 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo: influência do Direito Material sobre o Processo*. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 160-161.

direito, impõe-se considerar a tutela urgente como forma de tutela cautelar instrumentalmente ligada a um outro processo e ao direito substancial nele versado.

Toda a problemática envolvendo os provimentos de urgência, desde sua classificação até o alcance de seus efeitos, não pode prescindir da situação da vida sobre que a tutela irá atuar. A solução adequada para essa intrincada questão processual depende fundamentalmente do direito material.

Posta a dupla instrumentalidade das ações cautelares (voltada a possibilitar a sentença de mérito e satisfazer o vencedor com o bem da vida), é correto verificar que, no caso em tela, os autores, visando à exibição de documentos que não se encontravam em seu poder – crise material esta cujo instrumento processual adequado para sua resolução é a medida cautelar de "exibição de documentos" (artigo 844, II, do Código de Processo Civil) – incorrem em erro, pois propõe, ao invés dessa ação (exibição de documentos), ação de "busca e apreensão", cujo escopo se verifica, na lição de PONTES DE MIRANDA[5], "*sempre que o mandamento do juiz é no sentido de que se faça mais do que quando se manda exibir a coisa para se produzir prova ou exercer algum direito e se não preceita o devedor, ou possuidor da coisa, a que a apresente*". Essa diferença, culminando na impossibilidade de confusão ou sobreposição de ambas as medidas cautelares, é pacífica na jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça (grifos nossos):

> *EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO ORDINÁRIA. FASE INSTRUTÓRIA. EXIBIÇÃO INCIDENTAL DE DOCUMENTOS. MULTA DIÁRIA INCABÍVEL.*
>
> *1. (...) o escopo das regras instrutórias do Código de Processo Civil é buscar o caminho adequado para que as partes produzam provas de suas alegações, ensejando a formação da convicção do magistrado, e não assegurar, de pronto, o cumprimento antecipado (tutela antecipada) ou definitivo (execução de sentença) de obrigação de direito material de fazer, não fazer ou entrega de coisa.*
>
> *2. Segundo a jurisprudência consolidada do STJ, na ação de exibição de documentos não cabe a aplicação de multa cominatória (Súmula 372). Este entendimento aplica-se, pelos mesmos fundamentos, para afastar a cominação de multa diária para forçar a parte a exibir documentos em medida incidental no curso de ação ordinária. Nesta, ao contrário do que sucede na ação cautelar, cabe a presunção ficta de veracidade dos fatos que a parte adversária pretendia comprovar com o documento (CPC, art. 359), cujas consequências serão avaliadas pelo juízo em conjunto com as demais provas constantes dos autos, sem prejuízo da possibilidade de*

Acesso ao Sumário

5 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil, v. VIII*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 353, grifo nosso.

busca e apreensão, nos casos em que a presunção ficta do art. 359 não for suficiente, ao prudente critério judicial.

3. Embargos de declaração acolhidos. (Embargos de Declaração no Agravo Regimental em Recurso Especial nº 1092289/MG, Quarta Turma, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, j. 25.05.2011).

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. MULTA COMINATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 372/STJ.

1. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental em face do nítido caráter infringente das razões recursais. Aplicação dos princípios da fungibilidade e da economia processual.

2. Consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, não é cabível a imposição da multa cominatória prevista no artigo 461 do Código de Processo Civil (CPC) em ação cautelar de exibição de documentos. Súmula 372/STJ.

3. "Segundo a jurisprudência consolidada do STJ, na ação de exibição de documentos não cabe a aplicação de multa cominatória (Súmula 372) e nem a presunção de veracidade contida no art. 359, do CPC (Resp 1094846/MS, rel. Ministro Carlos Fernando Mathias, submetido ao rito dos recursos repetitivos). Poderá, em tese, haver busca e apreensão, se comprovado que o réu injustificadamente não atendeu à ordem judicial de exibição, deixando de apresentar documentos que efetivamente estejam em seu poder (cf. REsp. 887.332-RS, rel. Ministro Humberto Gomes de Barros), providência esta que, todavia, não está em questão no presente recurso, havendo também a possibilidade, aventada no voto do Ministro Luiz Felipe Salomão, no citado REsp 1094846/MS, de o Juiz cuja ordem está sendo descumprida determinar a extração de peças para análise do Ministério Público acerca de possível conduta criminal, do que também não se cogita nos presentes autos." (AgRg no REsp 1.089.067/RS, Quarta Turma, Relª Minª Maria Isabel Gallotti, DJe de 3/5/2011).

4. Agravo regimental a que se nega provimento. (Embargos de Declaração em Recurso Especial nº 1146443/MG, Quarta Turma, Relator Ministro Raul Araújo, j. 02.10.2012).

Como fica evidente, a ação cautelar de exibição de documentos tem escopo diverso da ação de busca e apreensão, inexistindo solidariedade entre elas a menos que a primeira não seja espontaneamente atendida. Também é preciso notar, como se extrai das decisões supramencionadas, que não há qualquer presunção de veracidade, no caso em tela, que venha a beneficiar os requerentes da ação cautelar, uma vez que os documentos pleiteados nos autos

Acesso ao Sumário

em apenso foram efetivamente depositados junto ao juízo em que tramitava a ação principal.

A consequência do erro processual cometido pelos autores (utilização da cautelar inadequada) diz respeito ao próprio encerramento do processo cautelar. Se na medida cautelar de exibição de documentos a extinção do processo acessório se dá com a decisão acerca da exigibilidade jurídica da exibição pleiteada (razão de ser do instrumento), na cautelar de busca e apreensão o término procedimental se dá com a lavratura de auto respectivo, circunstanciado e assinado por testemunhas (artigo 843 do Código de Processo Civil), podendo ser o mérito cautelar julgado naquele momento ou em conjunto com o mérito da ação principal.

O que importa salientar aqui é que, visando a cautelar de busca e apreensão, no plano do direito material, "*procurar a coisa ou pessoa e mantê-la à disposição judicial*", conforme salienta UMBERTO THEODORO JÚNIOR[6], nada há nesta ação que pressione que a coisa ou pessoa que se apreende seja levada à efetiva instrução, sujeita a contraditório. Daí a diferença clara desta cautelar com relação à exibição de documentos, cujo escopo se esgota, em última análise, no carreamento aos autos dos documentos pleiteados na qualidade de provas documentais, sujeitas, evidentemente, à dialética processual.

No caso em tela, tais provas não constam dos autos, ainda estando por realizar-se. Sendo elas, como já ficou demonstrado, fundamentais ao deslinde do objeto litigioso do processo, não há como manter a r. sentença sem desrespeitar o princípio constitucional, fundamento da atividade jurisdicional, contido no inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal Brasileira, segundo o qual "*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*".

Impõe-se, contudo, moderação, para que não se coloque a perder tudo que já se encontra construído nos autos, o que vulneraria outro princípio da atividade jurisdicional consistente na "economia processual", que se define, segundo ADA PELLEGRINI GRINOVER, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO e ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, como a imposição a que se extraia o máximo resultado possível do menor número de atos processuais praticados ("mínimo emprego possível de atividades processuais" [7]), princípio este que tem por corolário a ideia de "aproveitamento dos atos processuais", esculpida no artigo 250 do Código de Processo Civil, segundo o qual "o erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam

Acesso ao Sumário

6 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo Cautelar*. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2008, p. 299.

7 ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 79.

ser aproveitados, devendo praticar-se os que forem necessários, a fim de se observarem, quanto possível, as prescrições legais".

Assim, determino a anulação do processo a partir da decisão, a fls. 316 da ação cautelar em apenso, que determinou o julgamento cautelar em conjunto com o da ação principal, e o consequente retorno dos autos ao Primeiro Grau a fim de (i) emitir-se efetivo julgamento da cautelar, que passa a reger-se pela disciplina da ação de exibição de documentos, e não mais como se se tratasse de busca e apreensão, (ii) realizar-se prova documental (carreamento e exibição dos documentos nos autos), em consequência do julgamento da cautelar, (iii) manifestarem-se as partes sobre as provas, e, após contraditório amplo com base nestes documentos, (iv) proferir-se sentença extinguindo o processo (principal) com julgamento de mérito. Prejudicados os recursos da Organização Social de Saúde Santa Marcelina Hospital Geral de Itaquaquecetuba e da Procuradoria do Estado de São Paulo.

Para fins de prequestionamento, tem-se por inexistente violação ao princípio da publicidade ou a qualquer outro dispositivo constitucional ou infraconstitucional invocado e pertinente à matéria em debate.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000417-75.2011.8.26.0160, da Comarca de Descalvado, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, são apelados CARLOS ROBERTO DOS SANTOS (E OUTROS(AS)), HELCIO MACHADO JUNIOR, LUCIANO LAURINDO FELICIANO, MARCO ANTONIO STROZZI, VALDECIR LUIS MARCOLINO, CARLOS ROBERTO BIANCHI, REGINA HELENA BAIAO CALZA, JOSE CARLOS CALZA e JOSE RAMALHO GAMBRIELLI JUNIOR.

ACORDAM, em 11ª 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 30.676)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PIRES DE ARAÚJO (Presidente) e RICARDO DIP.

São Paulo, 31 de março de 2015.

AROLDO VIOTTI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Ação Civil Pública movida pelo MP. Ex-Prefeito que autorizou pagamentos em benefício de servidores municipais efetivos comissionados em cargos de Secretário Municipal, em desconformidade com o artigo 39, § 4º, da CF, segundo o qual a remuneração dos agentes políticos será exclusivamente por subsídio fixado em parcela única. Hipótese em que os correqueridos, Secretários Municipais, receberam verbas que não encontram amparo na CF. Não há, contudo, comprovação alguma de que tenham agido com dolo, razão suficiente para que não subsista sua condenação a devolver os valores àquele título pagos pela Municipalidade. Por outro lado, o ex-Prefeito, responsável pela autorização dos valores pagos irregularmente, deve responder pelo valor total da dívida. Recurso do MP parcialmente provido para condenar o ex-Prefeito a ressarcir os valores que foram indevidamente pagos aos Secretários Municipais.

VOTO

I. Ação Civil Pública ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO contra JOSÉ CARLOS CALZA, MARCO ANTONIO STROZZI, CARLOS ROBERTO DOS SANTOS, REGINA HELENA BAIÃO CALZA, LUCIANO LAURINDO FELICIANO, CARLOS ROBERTO BIANCHI, HELCIO MACHADO JÚNIOR, JOSÉ RAMALHO GABRIELLI JUNIOR e VALDECIR LUIS MARCOLINO. Relata o autor que, no exercício de 2008, o primeiro requerido, à época, Prefeito do Município de Descalvado, autorizou pagamentos em desconformidade com o disposto no artigo 39, § 4º, da Constituição Federal, em benefício dos demais réus, servidores municipais efetivos comissionados em cargos de Secretários Municipais. Pediu a procedência da ação para que cada um dos réus seja condenado a ressarcir os valores recebidos indevidamente. Postulou, ainda, a condenação solidária do requerido José Carlos Calza ao pagamento do valor total da dívida, no montante de R$ 173.397,80 (cento e setenta e três mil, trezentos e noventa e sete reais e oitenta centavos).

A R. sentença de fls. 386/395, cujo relatório fica adotado, julgou a ação improcedente.

Sobreveio Apelação do Ministério Público, que, nas razões de fls. 398/413, busca a reforma integral do julgado, alegando, em síntese: a) os agentes políticos recebem subsídio fixado em parcela única e os direitos sociais assegurados constitucionalmente a todos os trabalhadores; b) qualquer verba que

Acesso ao Sumário

se constitua em gratificação, abono, adicional, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória prevista em legislação infraconstitucional é flagrantemente inconstitucional; c) as vantagens e benefícios estabelecidos na legislação infraconstitucional, mas não previstos na CF como extensíveis aos servidores públicos, apenas se aplicam aos servidores não remunerados por subsídio; d) o 14º salário, a licença-prêmio em pecúnia, o quinquênio e o adicional por tempo de serviço não podem ser pagos aos Secretários Municipais ante a vedação expressa no artigo 39, § 4º, da CF; e) a LM nº 1315/93 é anterior à EC nº 19/98, que alterou a redação do § 4º do artigo 39 da CF; f) o ex-Prefeito deu cumprimento ao artigo 202 da LM nº 1.315/93, revogado pela EC nº 19/98; g) a boa fé dos réus não os autoriza a permanecer com o dinheiro que não lhes é devido; h) a ofensa ao princípio da isonomia na atuação do membro do MP.

O recurso foi contrariado a fls. 471/483, subindo os autos. Nesta instância, a Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso (fls. 555/560). Este, em síntese, o relatório, adotado no mais o da r. sentença.

II. Acolhe-se parcialmente o recurso ministerial.

A teor do que se lê na inicial, o requerido José Carlos Calza, à época Prefeito Municipal de Descalvado, manteve no exercício orçamentário de 2008 servidores efetivos comissionados em cargos de Secretários Municipais, e esses servidores trouxeram consigo, indevidamente, e continuaram a receber, vantagens pessoais características de seus cargos de origem, o que se põe em desacordo com o disposto no artigo 39, § 4º, da CF, que determina a remuneração dos agentes políticos exclusivamente por subsídio fixado em parcela única.

Segundo afirma o representante do Ministério Público, foram realizados os seguintes pagamentos indevidos:

1- Marco Antonio Strozzi – Secretário Municipal de Finanças – recebeu subsídio acrescido de quinquênio, adicional por tempo de serviço, 14º salário e diferencial de férias em cargo em comissão (fls. 60/73), num total de R$ 14.814,29 (quatorze mil, oitocentos e quatorze reais e vinte e nove centavos);

2- Carlos Roberto dos Santos – Secretário Municipal de Agricultura – recebeu subsídio acrescido de adicional por tempo de serviço, 14º salário e diferencial de férias em cargo em comissão (fls. 74/87), num total de R$ 9.943,24 (nove mil, novecentos e quarenta e três reais e vinte e quatro centavos);

3- Regina Helena Baião Calza – Secretária Municipal de Assistência Social – recebeu subsídio acrescido de quinquênio, adicional por tempo de serviço, 14º salário e diferencial de férias em cargo em comissão (fls. 46/59), num total de R$ 16.767,64 (dezesseis mil, setecentos e sessenta e sete reais e sessenta e quatro centavos);

4- Luciano Laurindo Feliciano – Secretário Municipal de Esportes – recebeu subsídio acrescido de quinquênio, adicional por tempo de serviço,

Acesso ao Sumário

14º salário e diferencial de férias em cargo em comissão (fls. 89/101), num total de R$ 11.552,07 (onze mil, quinhentos e cinquenta e dois reais e sete centavos);

5- Carlos Roberto Bianchi – Secretário Municipal de Saúde – recebeu subsídio acrescido de quinquênio, gratificação Suds, adicional por tempo de serviço, 14º salário e diferencial de férias em cargo em comissão (fls. 05/18), num total de R$ 18.509,24 (dezoito mil, quinhentos e nove reais e vinte e quatro centavos);

6- Helcio Machado Júnior – Secretário Municipal de Educação – recebeu subsídio acrescido de quinquênio, adicional por tempo de serviço, 14º salário, diferencial de férias em cargo em comissão e gratificação da LM nº 2.916/08 (fls. 102/115), num total de R$ 33.278,72 (trinta e três mil, duzentos e setenta e oito reais e setenta e dois centavos);

7- José Ramalho Gabrielli Júnior – Secretário Municipal de Obras – recebeu subsídio acrescido de quinquênio, adicional por tempo de serviço, gratificação do art. 202 da Lei nº 1.315, 14º salário, diferencial de férias em cargo em comissão, abono pecuniário e licença-prêmio em pecúnia (fls. 19/31), num total de R$ 49.888,61 (quarenta e nove mil, oitocentos e oitenta e oito reais e sessenta e um centavos); e

8- Valdecir Luis Marcolino – Secretário Municipal de Saneamento de Água e Esgoto – recebeu subsídio acrescido de quinquênio, adicional por tempo de serviço, 14º salário e diferencial de férias em cargo em comissão (fls. 32/45), num total de R$ 18.643,99 (dezoito mil, seiscentos e quarenta e três reais e noventa e nove centavos).

Em razão desses pagamentos, o erário suportou prejuízo da ordem de R$ 173.397,80 (cento e setenta e três mil, trezentos e noventa e sete reais e oitenta centavos). O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo considerou indevido o pagamento de gratificações e adicionais aos Secretários Municipais, em razão da vedação constitucional (fls. 180/193). Por sua vez, a Câmara Municipal de Descalvado, em 13.12.2010, rejeitou as contas do Município (fls. 155/168).

Dispõe o § 4º do artigo 39 da CF, com a redação dada pela EC nº 19/98: ***"§ 4º - O membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI.***".

Acesso ao Sumário

Subsídio, na lição de HELY LOPES MEIRELLES, "***é uma modalidade de remuneração, fixada em parcela única, paga obrigatoriamente aos detentores de mandato eletivo (Senadores, Deputados Federais e Estaduais, Vereadores, Presidente e Vice-Presidente, Governador e Vice-Governador e***

Prefeito e Vice-Prefeito) e aos demais agentes políticos, assim compreendidos os Ministros de Estado, Secretários Estaduais e Municipais, os membros da Magistratura e do Ministério Público e os Ministros e Conselheiros dos Tribunais de Contas (CF, arts. 39, § 4º, 49, VII e VIII, e 73, § 3º, c/c os arts. 75, 95, III, e 128, § 5º, I, 'c')". (...) "Como se vê, na sistemática constitucional os agentes políticos só podem perceber subsídio, enquanto que os demais agentes públicos poderão ter remuneração fixada 'nos termos' ou 'na forma' do § 4º do art. 39, porém para alguns servidores a própria Carta Política já se antecipou, determinando que seria fixada na forma desse dispositivo, ou seja, exclusivamente em parcela única (arts. 135 e 144, § 9º, c/c o art. 39, §§ 8º e 4º). Em razão da natureza jurídica que lhe foi constitucionalmente, o subsídio é constituído de parcela única. Por isso, o art. 39, § 4º, veda expressamente que tal parcela seja acrescida de 'qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória'. Obviamente, como a Carta Política deve ser interpretada de forma sistematizada, deve-se concluir que os valores correspondentes aos direitos por ela assegurados no § 3º do art. 39 – como, para ilustrar, do décimo-terceiro salário e do terço de férias – não são atingidos pela proibição de qualquer acréscimo. Aliás, como visto, o mesmo ocorre em relação ao teto geral." ("Direito Administrativo Brasileiro", 36ª edição, São Paulo, Malheiros Editores, 2010, págs. 509-510).

A Lei Municipal nº 1315, de 04.05.1993 (que disciplina o regime jurídico de direitos e deveres dos servidores municipais de Descalvado), estabelece em seu artigo 202: "*Chamado a ocupar emprego de provimento em comissão, cujo vencimento corresponda a importância inferior a remuneração por ele recebida, o servidor efetivo terá direito a uma gratificação correspondente a 30% (trinta por cento) do padrão em que estiver enquadrado. Parágrafo único – Idêntico critério será adotado quando a diferença entre remuneração do servidor e o vencimento previsto para emprego for inferior ao estabelecido neste artigo*." A referida lei foi editada antes da EC 19/98, que alterou o § 4º do artigo 39, da CF, e, por ser com esta incompatível, entende-se que não foi recepcionada pelo ordenamento jurídico constitucional.

Inegável, na espécie, terem sido realizados pagamentos indevidos, por isso que os correqueridos, Secretários Municipais, receberam verbas que não encontram amparo na Constituição Federal, tais como, 14º salário, quinquênio, adicionais por tempo de serviço, etc.

Não há, contudo, comprovação alguma de que tenham esses réus agido com dolo, razão suficiente para que não subsista sua condenação a devolver os valores àquele título pagos pela Municipalidade.

O mesmo não se pode dizer do réu José Carlos Calza, que foi o responsável pela autorização dos valores pagos irregularmente, devendo responder pelo valor total da dívida.

Acesso ao Sumário

De precedente desta Câmara, da lavra do Des. RICARDO DIP, colhe-se o trecho seguinte, inteiramente amoldável a espécie e com fundamentos aqui adicionalmente adotados (11ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível nº 0000676-07.2010.8.26.0160, j. em 18.12.2012):

"No caso dos servidores públicos efetivos alçados ao cargo de Secretário Municipal, que recebiam remuneração inferior ao fixado para o cargo em comissão, não houve acréscimo de 30% conforme previsto na lei local em foco, mas pagamento da diferença entre o valor da remuneração base e o valor assinado como subsídio para o cargo de Secretário, acrescido das vantagens pessoais. Cabe salientar, em relação ao Secretário Municipal José Ramalho Gabrielli Junior, que o subsídio por ele percebido era calculado na forma acima referida agregando-se 30% previstos na lei local.

No tocante com os Secretários Municipais sem vínculo anterior com a Administração, extrai-se dos demonstrativos de pagamento juntados aos autos que esses servidores receberam os subsídios acrescidos de vantagens pessoais.

Dessa maneira, para o caso dos autos, confirmou-se que os Secretários Municipais receberam os correspondentes subsídios com acréscimo, ao par de verbas normativamente permitidas, de outras que não encontram amparo constitucional.

8. Por qualquer ângulo que se analise a questão, tem-se a incorreção dos pagamentos efetuados, quer pela inobservância da legislação infraconstitucional, que de toda sorte, foi derrogada pela Ec nº 19/1998, quer pela inobservância do disposto no § 4º do art. 39 da Constituição federal.

9. Sem embargo da irregularidade no tocante com a forma de pagamento dos subsídios dos Secretários municipais, não me parece que, ipso facto, deva impor-lhes a restituição monetária dos valores remuneratórios percebidos.

No mais, tratando-se de reposição de vencimentos, era indispensável provar a falta de boa-fé dos servidores.

O entendimento do egrégio Superior Tribunal de Justiça acerca do tema bem se sumariou no acórdão paradigmático do REsp 554.469:

(...) esta Corte Superior de Justiça firmara sua jurisprudência no sentido de afirmar a legitimidade das reposições ao erário dos valores pagos indevidamente.

Ocorre, todavia, que, em recentes julgados, a Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, revendo o seu entendimento anterior, passou a afirmar o incabimento da reposição dos valores pagos indevidamente pela Administração Pública em virtude de inadequadas interpretação e aplicação da lei, em face da presunção da boa-fé dos servidores no recebimento dos valores(...) (invocam-se, no voto de relação, os

precedentes do AgR no REsp 612.101; AgR no REsp 729.834; REsp 645.165; AgR no REsp 675.260; REsp 598.395; REsp 488.905; e, nesse mesmo sentido, podem ainda acrescentar-se, gratia brevitatis, o AgR no REsp 597.827; o AgR no Ag 756.226; o REsp 891.576).

Esta Câmara tem julgado cônsono com essa orientação (AC 744.891) e, quando decidiu em prol da reposição, versava-se caso em que provada a falta de boa-fé dos servidores.

Embora se trate de precedente relativo a situação pontualizada, o Pleno do egrégio Supremo Tribunal Federal, ao julgar o MS 25.641, acolheu também o entendimento de que, ao menos para o caso então em exame, a reposição monetária de valores percebidos de maneira indevida por servidores exigia considerar o tema da boa-fé do servidor e o da falta de sua influência para a concessão da vantagem impugnada.

Sem prova de dolo ou culpa influente no erro administrativo não se autoriza o acolhimento de símile pretensão ressarcitória.

Tratando-se, pois, na reposição de vencimentos, de demanda calçada em responsabilidade civil subjetiva, não se autoriza admiti-la à só conta do erro da Administração Pública.

Esse entendimento escolta-se de julgados deste Tribunal de Justiça (AC's 145.960, 624.023, 799.202, 798.682, 785.389, 788.624 e 515.917).

10. Diversa, no entanto, é a situação do co-requerido José Carlos Calza, gestor municipal que, com nomear os Secretários Municipais e autorizar o pagamento irregular, deve responder pelo dispêndio monetário correspondente.

A alegação de que, a responsabilidade pelos pagamentos apontados por indevidos, deve recair sobre o Procurador Jurídico do Município, não encontra respaldo. Não há nos autos prova de que o pagamento incorreto tenha decorrido da conduta omissiva do servidor, consistente em não alertar do Prefeito Municipal sobre a irregularidade, especialmente, quando se verifica, que os subsídios foram pagos acrescidos de outras vantagens no ano de 2007, em desconformidade com a norma constitucional fixada já em 1998.

De que segue a razoabilidade de infligir a Jose Carlos Calza a obrigação de restituir os valores pecuniários lesivos do erário local, nos exatos termos dos cálculos individualmente apresentados pelo Tribunal de Contas do Estado (fls. 117-21), com atualização monetária – observados os critérios indicados na Tabela Prática para Cálculo de Atualização Monetária dos Débitos Judiciais editada por este Tribunal de Justiça – e juros de mora, com a taxa anual de 12% e a contar da citação (arg. arts. 405 e 406 do Cód.Civ.).".

Acesso ao Sumário

Idêntica solução é de ser aqui adotada. Assim, dá-se provimento parcial ao recurso para condenar o requerido JOSÉ CARLOS CALZA a ressarcir os valores que foram indevidamente pagos aos Secretários Municipais,

com atualização monetária pela Tabela Prática do TJSP a contar da data dos pagamentos indevidos, e com acréscimo de juros moratórios de um por cento (1%) ao mês a contar da citação.

III. Pelo exposto, dão parcial provimento ao recurso, nos termos acima explicitados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1011741-07.2013.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO, é apelado W2ROM E ASSOCIADOS E PARTICIPÇÕES LTDA..

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento aos recursos. V.U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 6783)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OCTAVIO MACHADO DE BARROS (Presidente), HENRIQUE HARRIS JÚNIOR e MÔNICA SERRANO.

São Paulo, 8 de abril de 2015.

OCTAVIO MACHADO DE BARROS, Relator

Ementa: APELAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA – ITBI – Ordem concedida – Diversidade de valores para cálculo de IPTU e ITBI – Inadmissibilidade – Inconstitucionalidade do Decreto nº 46.228/05 declarada pelo Órgão Especial do TJSP – Sentença mantida – Art. 252 do RITJSP – Recursos não providos.

Acesso ao Sumário

VOTO

Reexame necessário e apelação em mandado de segurança[1] contra sentença que concedeu a ordem para garantir o direito da impetrante de recolher o ITBI com base no valor pelo qual se deu a compra do imóvel (fls. 74/75).

Sustenta a apelante que o Decreto nº 46.228/05 não alterou nem majorou a base de cálculo do imposto, mantendo o valor venal conforme estabelecido nos artigos 38 do CTN e 7º da Lei Municipal nº 11.154/91, pelo qual o bem ou

1 *Valor da Causa: R$ 22.879,78 (novembro/2013)*

direito poderia ser negociado à vista e em condições normais de mercado.

Recurso recebido, processado e respondido.

Relatado.

De acordo com o artigo 38, do Código Tributário Nacional e, o artigo 7º, da Lei nº 11.154/91, a base de cálculo do ITBI deve corresponder ao valor venal dos bens ou direitos transmitidos por ato oneroso, tendo o Órgão Especial do E. Tribunal de Justiça de São Paulo reconhecido a inconstitucionalidade do Decreto Municipal nº 46.228/05, no Incidente de Inconstitucionalidade nº 009998335-50.2006.8.26.0000, julgado em 16.06.2010, em que foi Relator o *Desembargador Renê Ricupero*, com a seguinte ementa:

> *Arguição de Inconstitucionalidade – Município de São Paulo – Decreto Municipal 46.228/2005 – ITBI – Imposto sobre transmissão de bens imóveis "inter vivos" – Aumento na base de cálculo – Art. 150 da Constituição Federal – Inconstitucionalidade reconhecida. Na veiculação de temas de direito tributário que concernem às relações entre o Estado e o contribuinte, sujeita-se o Poder Público ao princípio constitucional da reserva de Lei, disposto no artigo 150 da Constituição Federal, que veda à União, Estados ou Municípios a exigência ou aumento de tributo sem lei que o estabeleça. Tendo em vista que, a teor do art. 38, do CTN, a base de cálculo para o lançamento tributário é o valor venal dos bens e títulos transmitidos, para se atribuir outro valor ao imóvel, que não o decorrente do anterior, mister a existência de uma lei que o autorize, não bastando para isso, simples decreto.*

Ora, a fonte do Direito Tributário não é o decreto, a lei municipal nem o ato administrativo, mas a Constituição da República, a Lei Complementar e a Lei Ordinária, como preceitua o artigo 5º, II, da Constituição Federal: *Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedada à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios – I. Exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça*. Aí repousa a tipicidade tributária ou princípio da estrita legalidade.

No caso, a Lei Municipal nº 14.256/06 ratificou o aludido Decreto para modificar a base de cálculo do ITBI prevista no artigo 7º, da Lei Municipal nº 11.154/91 e no art. 38, do CTN, porém, por ato administrativo, desprezou o valor venal para prevalecer o de mercado, fixando a base de cálculo do ITBI de acordo com o preço do negócio.

Como adverte HUGO DE BRITO MACHADO, *a diferença entre preço e valor é relevante. O preço é fixado pelas partes, que em princípio são livres para contratar. O valor dos bens é determinado pelas condições do mercado, pela oferta e procura dos bens. O preço funciona, no caso, como uma declaração de valor, que pode ser aceita, ou não, pelo fisco, aplicando-se, na hipótese de*

Acesso ao Sumário

divergência, a disposição do art. 148 do CTN ("Curso de Direito Tributário", Ed. Malheiros/SP, 2001, p. 189).

Em suma, ao instituir base de cálculo para o ITBI, diversa do valor venal, o Decreto Municipal nº 46.228/2005 contraria o critério legal estabelecido no art. 38 do CTN e no art. 7º da Lei nº 11.154/91, atentando contra o princípio da estrita legalidade, a comprometer a exata fixação do *quantum debeatur*.

Portanto, correta a sentença recorrida que bem analisou as provas e alegações constantes dos autos, conferindo a solução adequada à causa, de forma que merece ser integralmente mantida, como autoriza o art. 252, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, evitando-se a mera repetição dos mesmos fundamentos.

Daí porque, **nega-se provimento aos recursos** oficial e voluntário da Municipalidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001198-86.2004.8.26.0146, da Comarca de Cordeirópolis, em que é apelante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são apelados ARTE TUBOS INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA., LUCIMARA FERNANDES PEREIRA e DANIELE DA SILVA SANTOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao apelo e ao reexame necessário. V.U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13.951)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente) e NOGUEIRA DIEFENTHALER.

São Paulo, 7 de abril de 2015.

FRANCISCO BIANCO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: RECURSOS OFICIAL E DE APELAÇÃO – EXECUÇÃO FISCAL – PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE – INOCORRÊNCIA. 1. O processo não ficou paralisado por mais de cinco anos. 2. Requerimentos e diligências tendentes à consumação dos atos processuais. 3. Inércia da parte credora, não caracterizada. 4. Prescrição reconhecida de ofício, afastada. 5. Sentença de extinção do processo, com

resolução de mérito, reformada, para determinar o prosseguimento da cobrança. 6. Recursos oficial e de apelação, providos.

VOTO

Trata-se de recursos oficial e de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 37/37vº que, em execução fiscal, reconheceu a ocorrência de prescrição intercorrente e julgou extinto o processo, com resolução de mérito, nos termos dos artigos 219, § 5º e 269, IV, do Código de Processo Civil e 174 do Código Tributário Nacional.

Em sede recursal, a parte apelante sustentou, em síntese, a inocorrência de prescrição intercorrente, tendo em vista a ausência de inércia relativamente ao andamento do feito, pois, realizou todas as providências tendentes à efetivação dos atos processuais. Por fim, postulou o prosseguimento regular da execução fiscal.

O recurso de apelação, tempestivo, isento de preparo, foi recebido em ambos os efeitos, sem resposta.

É o relatório.

Pondere-se, de início, que a hipótese versada nestes autos comporta reexame necessário, pois, trata-se de r. sentença de mérito, extintiva de cobrança fiscal, sendo certo que o montante executado supera o de alçada previsto no artigo 34 da Lei Federal nº 6.830/80, conforme o RE/STJ nº 1.168.625-MG, Rel. o Min. Luiz Fux, 1ª Seção, julgado em 09.06.10.

E, com relação ao reexame obrigatório, confira-se a jurisprudência da E. Segunda Turma do C. Superior Tribunal de Justiça, nos seguintes termos:

"PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. REEXAME NECESSÁRIO. ART. 475, II, DO CPC. SENTENÇA DE MÉRITO.

1. A Segunda Turma do STJ possui entendimento de que, em Execução Fiscal, havendo sentença de mérito contra a Fazenda Pública, é obrigatório o duplo grau de jurisdição.

2. Hipótese em que, na própria Execução, foi proferida sentença que reconhece a prescrição e extingue a cobrança na forma do art. 269, IV, do CPC. Situação semelhante à do julgamento de procedência de Embargos do Devedor, no qual é imprescindível o reexame (art. 475, II, do CPC).

3. Recurso Especial provido."

(REsp 1212201/SP - Rel. o Min. Herman Benjamin - Julg. em 18.11.10)

Os recursos oficial e de apelação merecem provimento, respeitado, contudo, o entendimento em sentido contrário manifestado pelo MM. Juízo *a quo*.

Acesso ao Sumário

Pois bem. Os elementos de convicção produzidos nos autos autorizam a conclusão de que a parte apelante foi diligente no impulso da tramitação processual, sendo inocorrente eventual inércia.

Ademais, tal circunstância está corroborada pela cronologia dos atos processuais, demonstrando, satisfatoriamente, que a exequente diligenciou na tentativa de localização de bens passíveis de penhora, conforme os autos da execução fiscal.

Portanto, o prosseguimento da cobrança, afastada a prescrição reconhecida em Primeiro Grau, é de absoluto rigor.

Ante o exposto, **DÁ-SE PROVIMENTO** aos recursos oficial e de apelação, para os fins acima especificados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000507-13.2014.8.26.0505, da Comarca de Ribeirão Pires, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE RIBEIRÃO PIRES, é apelado NELSON RIBEIRO (JUSTIÇA GRATUITA).

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 27.868)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EDUARDO GOUVÊA (Presidente sem voto), COIMBRA SCHMIDT e MAGALHÃES COELHO.

São Paulo, 6 de abril de 2015.

MOACIR PERES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – PROTESTO DE CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA E BLOQUEIO INDEVIDO DE ATIVOS FINANCEIROS – Dívida municipal reconhecidamente de pessoa homônima – Dever de reparar os danos morais decorrentes do protesto indevido, da propositura de execução fiscal e do bloqueio de ativos financeiros em contas bancárias do autor, que não era devedor do Município – Honorários advocatícios mantidos. Recurso improvido.

VOTO

A Prefeitura Municipal de Ribeirão Pires interpôs recurso de apelação contra r. sentença que julgou procedente a ação de indenização (fls. 76/80).

Discorre sobre a reparação do dano moral. Afirma que a confusão pela existência de homônimo é situação corriqueira, causadora de meros transtornos do cotidiano. Diz que ao Município é constitucionalmente atribuída a obrigação de constituir e arrecadar tributos. Aduz que cabia ao contribuinte informar à Municipalidade a alteração em seus dados cadastrais, a fim de manter atualizado o cadastro municipal. Sustenta que agiu no exercício regular de seu direito. Esclarece que, constatada a irregularidade, o protesto foi imediatamente retirado. Cita julgados em defesa de sua tese. Conclui que não há dano moral a ser indenizado. Pleiteia, subsidiariamente, a redução dos honorários advocatícios. Daí, pedir a reforma da r. sentença (fls. 91/97).

Com as contrarrazões (fls. 103/106), subiram os autos.

É o relatório.

Objetiva o autor, por meio da presente ação indenizatória, seja a Prefeitura Municipal de Ribeirão Pires condenada ao pagamento de "indenização pelo Dano Moral, que o Autor sugere seja arbitrada no montante de 100 (cem) vezes o valor da fatura, em reparação ao constrangimento sofrido" (fls. 09).

Restou incontroverso que o autor foi confundido com pessoa homônima e passou a constar como devedor de ISS no Município. O débito foi inscrito em dívida ativa e protestado no Tabelião de Notas e de Protestos de Letras e Títulos de Ribeirão Pires (fls. 44/45 e 53/60). Ademais, foi ajuizada a execução fiscal (fls. 17), bem como bloqueado o saldo de duas contas bancárias de titularidade do autor (fls. 15/16).

O autor pediu providências administrativamente, quando obteve declaração da Procuradoria Fiscal do Município assentando que "não possui débitos com esta Municipalidade. Declaramos ainda que o mesmo não se confunde com o homônimo Nelson Ribeiro (CPF 008.746.728-30), cadastrado nesta prefeitura sob CCM nº 1011670 (motorista autônomo)" (fls. 19).

Não assiste razão à apelante.

Aplica-se ao caso a responsabilidade objetiva do Estado pelos danos causados aos particulares, prevista no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal. Segundo essa vertente, o Estado responde pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, sem necessidade de comprovação da culpa dos agentes públicos. Aplica-se quando, em decorrência da atividade lícita e esperada da Administração, é causado prejuízo a particular.

Adota-se, nestes casos, a teoria do risco administrativo, que "faz surgir a obrigação de indenizar o dano do só ato lesivo e injusto causado à vítima pela

Acesso ao Sumário

Administração. Não se exige qualquer falta do serviço público, nem culpa de seus agentes. Basta a lesão, sem o concurso do lesado." (Hely Lopes Meirelles. **Direito administrativo brasileiro**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 631. destaque no original).

O dever de indenizar, de um modo geral, decorre da presença, em dado caso concreto, dos seguintes elementos: dano, conduta lesiva e nexo de causalidade entre eles.

Comprovada a presença destes elementos, a responsabilidade civil somente pode ser afastada pela alegação e comprovação das excludentes força maior, caso fortuito e culpa exclusiva da vítima.

Desse modo, é necessário que restem comprovados os seguintes elementos: (a) conduta administrativa; (b) dano; e (c) nexo causal entre o comportamento dos agentes públicos e o dano, o que implica a ausência de prova das excludentes deste nexo, isto é, que não ocorreu força maior, caso fortuito nem culpa exclusiva da vítima.

No caso, a conduta administrativa restou incontroversa e os danos foram comprovados pelos documentos juntados aos autos (fls. 13/16). O nexo causal entre eles está presente, vez que não houve qualquer das excludentes. Ressalte-se que não existe aludido direito de cobrar indevidamente, não havendo se falar em exercício regular de direito.

Como bem assentou o MM. Juiz de Direito da causa, "a Prefeitura, como se vê, possuía os dados corretos do contribuinte que deveria ser cobrado, conforme cadastro de contribuinte mobiliário, que ela própria juntou aos autos (fl. 42). O erro ocorrido com a troca de CPF não é do tipo escusável, por dizer respeito à honra da pessoa. Por outro lado, a demora entre o conhecimento do equívoco, em 05/08/2013 (fls. 40/41), e expedição de declaração de que não possuía débitos junto à Prefeitura, que se deu aos 17/12/2013 (fl. 19), somente agravou o prejuízo moral pelo qual passou o requerente" (fls. 78).

É este o entendimento assentado por este Egrégio Tribunal de Justiça, ao apreciar caso similar:

Acesso ao Sumário

"AÇÃO ORDINÁRIA - Indenização por danos morais - Execução fiscal indevida - Homônimo - Conduta do Poder Executivo despida da necessária observância da segurança jurídica e eficiência na prestação de um serviço público - Responsabilidade civil objetiva - Indenização aplicada com razoabilidade e prudência - Decisão monocrática não merece reparos - Recursos não providos" (Ap. Cível nº 0004607- 91.2009.8.26.0438, Rel. Des. Magalhães Coelho, j. em 22.03.11, v.u).

Ressalte-se que a indenização pelo dano moral tem dupla finalidade de indenizar o sofrimento da vítima e desestimular o seu causador a voltar a praticar ou deixar de praticar atos que o causem. Não visa ao enriquecimento,

nem permite que se desvirtue sua finalidade; sua fixação deve levar em conta as circunstâncias de cada caso.

É certo que inexiste critério seguro para o arbitramento do dano moral, mas, no caso concreto, considera-se razoável e justo o valor de R$ 4.962,00 (quatro mil, novecentos e sessenta e dois reais) arbitrado na r. sentença, que não serve como fonte de enriquecimento e exerce função penalizadora para o Poder Público.

Por fim, também não assiste razão à Municipalidade no tocante aos honorários advocatícios. Observando-se o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado e o tempo exigido para o serviço (art. 20, § 3º, letras "a", "b" e "c", do Código de Processo Civil), especialmente em razão do valor da condenação, consideram-se adequados os honorários advocatícios fixados em 15% sobre o valor atualizado da condenação.

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 da Apelação nº 1016158-66.2014.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante SALINOR – SALINAS DO NORDESTE S.A., é apelado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.112)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores XAVIER DE AQUINO (Presidente sem voto), ALIENDE RIBEIRO e VICENTE DE ABREU AMADEI.

São Paulo, 14 de abril de 2015.

LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ, Relator

Ementa: AÇÃO DECLARATÓRIA – ICMS – Falta de pagamento do imposto por escrituração de notas fiscais referentes a operações tributadas como isentas – Sal grosso ou sal marinho – Isenção prevista no artigo 41, inciso VIII, do Anexo I, do RICMS –

Acesso ao Sumário

Diferimento previsto no § 1º, item 5, do art. 360 do RICMS – Descumprimento dos requisitos necessários ao usufruto do benefício fiscal – Subsistência da obrigação a apelante – Precedentes do Superior Tribunal de Justiça – Aplicação de juros na forma da Lei Estadual nº 13.918/09 – Não cabimento – Observância do decidido pelo Órgão Especial deste Tribunal nos autos da ArgInc. nº 0170909-61.2012.8.26.0000 – Ação parcialmente procedente – Recurso de apelação provido em parte.

VOTO

Recurso de apelação contra a r. sentença de fls. 528/533 e 580 que julgou improcedente ação anulatória de débito fiscal movida por Salinor – Salinas do Nordeste S.A. em face do Estado de São Paulo, com pedido de anulação dos autos de infração e imposição de multas nºs 3.121.237-2, 3.132.818 e 3.122.000- 9, relativos ao não pagamento do ICMS por escrituração de notas fiscais referentes a operações tributadas (sal grosso), consideradas pelo contribuinte como isentas.

Apela a autora reiterando, preliminarmente, agravo retido contra decisão que indeferiu produção de prova documental. Alega que o sal comum é "ingrediente" indispensável da fabricação dos produtos destinados à alimentação animal para a agropecuária em geral e, como tal, está expressamente estabelecido o diferimento do ICMS, no §1º, item 5, do art. 360, cuja aplicação é impositiva quando descaracterizada a incidência do art. 41, do Anexo I, por força de previsão expressa do art. 17 das Disposições Transitórias do RICMS/SP. Acrescenta que de acordo com §1º do artigo 41 do Anexo I do RICMS/SP, o sal é um suplemento da ração animal, também sujeito à regra de isenção do ICMS, subsidiariamente, pleiteia o reconhecimento da ilegalidade dos juros aplicados com base na Lei nº 13.918/09. Pede o provimento do recurso (fls. 612/633).

Acesso ao Sumário

Recurso tempestivo, com preparo (fls. 635); contrarrazões às fls.636/645.

Anexou a apelante petição (fls. 651/653) apontando "fato novo", sendo ouvida a Fazenda do Estado de São Paulo (fls. 661/662).

É o relatório.

Preliminarmente, fica afastado o agravo retido (fls. 520/522), porque ausente cerceamento de defesa; a autora integrou os processos administrativos referidos e, portanto, bastaria ela própria juntar as cópias de seu interesse.

Além disso, as questões relevantes para o deslinde da causa estão devidamente amparadas pelos documentos constantes dos autos, ausente divergência quanto a matéria fática; em tais condições, limitado o julgamento

a interpretação do Direito aplicável, correto o posicionamento do magistrado. Nesse sentido: *"...o magistrado tem o poder-dever de julgar antecipadamente a lide, desprezando a realização de audiência para produção de provas, ao constatar que o acervo documental é suficiente para nortear e instruir seu entendimento. É do seu livre convencimento o deferimento de pedido para a produção de quaisquer provas que entender pertinentes ao julgamento da lide*." (STJ – AgRg no Ag 693.982 – SC – 4ª Turma Rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 17/10/2006).

A autora ingressou com ação ordinária objetivando a anulação dos Autos de Infração e Imposição de Multa nºs 3.121.237-2, 3.132.818-0 e 3.122.000-9, bem como a declaração de ilegalidade da exigência do ICMS e o destaque do imposto nas saídas do sal marinho para fins de atender aos produtores de ração animal e, por fim, o reconhecimento da inexigibilidade do ICMS nas saídas do sal marinho destinado, especificamente, a atender a cadeia de produção de ração animal, prevista no art. 41, incisos V e VIII, do Anexo I, do RICMS e, alternativamente, na regra do diferimento do art. 360, do RICMS.

De acordo com os autos de infração e imposição de multas (fls. 133/134; 220/222), a empresa autora, ora apelante, (i) "*considerou as operações de vendas relacionadas no demonstrativo ao abrigo da isenção preconizada no inciso VIII do artigo 41 do Anexo I do RICMS/00, sendo que a mercadoria consignada em todas as notas fiscais não se trata de sal mineralizado*".

Conforme esclarece o Relatório Circunstanciado "*a presente autuação baseia-se na interpretação do fisco de que o produto comercializado ora intitulado por ele como "sal grosso" ora como "sal grosso à granel", ora como "sal marinho", não está contemplado pelos produtos arrolados no Artigo 41 do Anexo I do RICMS/00 e portanto não é passível de isenção do imposto nas suas operações de saídas*" (fls. 475/476).

O art. 41, incisos V e VIII, do Anexo I, do RICMS, dispõe que:

Artigo 41 (INSUMOS AGROPECUÁRIOS) – Operações internas realizadas com os insumos agropecuários a seguir indicados (Convênio ICMS-100/97, cláusulas primeira, com alteração dos Convênios ICMS-97/99 e ICMS-8/00, segunda, terceira, quinta e sétima, e Convênio ICMS-5/99, cláusula primeira, IV, 29):

(...)

V- ração animal, concentrado ou suplemento, sendo o fabricante ou o importador registrado no Ministério da Agricultura e do Abastecimento, observado o disposto no § 1º, com destinação exclusiva a uso na pecuária, apicultura, aqüicultura, avicultura, cunicultura, ranicultura ou sericicultura, desde que o produto:

(...)

Acesso ao Sumário

VIII - alho em pó; feno; milho; sorgo; sal mineralizado; farinha de peixe, de ostra, de carne, de osso, de pena, de sangue e de víscera; calcário calcítico; caroço de algodão; farelo ou torta de soja, de canola, de algodão, de babaçu, de cacau, de amendoim, de linhaça, de mamona, de milho, de trigo; farelo de arroz, de girassol, de glúten de milho, de gérmen de milho desengordurado, de quirera de milho, de casca ou de semente de uva e de polpa cítrica; glúten de milho; farelo de casca de soja ou de canola; DL Metionina e seus análogos, outros resíduos industriais, desde que se destinem quaisquer desses produtos à alimentação animal ou ao emprego na composição ou fabricação de ração animal, em qualquer caso com destinação exclusiva a uso na pecuária, apicultura, aqüicultura, avicultura, cunicultura, ranicultura ou sericicultura (Convênio ICMS-100/97, cláusula primeira, VI, na redação do Convênio ICMS-152/03); (Redação dada ao inciso VIII pelo inciso IX do art. 1° do Decreto 47.626 de 05-02-2003; DOE 06-02-2003; efeitos a partir de 01-03-2003)

§ 1º - Relativamente ao disposto no inciso V:

1 - entende-se por:

a) RAÇÃO ANIMAL, qualquer mistura de ingredientes capaz de suprir as necessidades nutritivas para manutenção, desenvolvimento e produtividade dos animais a que se destinam;

b) CONCENTRADO, a mistura de ingredientes que, adicionada a um ou mais alimentos em proporção adequada e devidamente especificada pelo seu fabricante, constitua uma ração animal;

c) SUPLEMENTO, o ingrediente ou a mistura de ingredientes capaz de suprir a ração ou concentrado, em vitaminas, aminoácidos ou minerais, permitida a inclusão de aditivos (Convênio ICMS-100/97, cláusula primeira, § 2º, III, na redação do Convênio ICMS-20/02). (Redação dada à alínea "c" pelo inciso XV do art. 1º do Decreto 46.778 de 21-05-2002; DOE 22-05-2002; efeitos a partir de 09-04-2002).

Conforme ponderado na r. Sentença (fls. 528/533 e 580) e pelo Tribunal de Impostos e Taxas (TIT) no julgamento administrativo (fls. 99) "*o sal marinho é classificado no NCM 2501.00.111 fazendo parte dos "produtos minerais" da referida classificação, e o sal mineralizado é classificado no NCM 2309.90.20, fazendo parte das "preparações dos tipos utilizado na alimentação de animais", ou seja, o sal marinho não é classificado como produto utilizado na alimentação de animais, como ração ou o suplemento agropecuário. (...)* ***Assim sendo, a tentativa de enquadrar o sal marinho no inciso V do art. 41, Anexo I, RICMS/00 para gozar da isenção não prospera, assim como não prospera a isenção nas saídas de sal marinho para fabricação de ração agropecuária, por não haver previsão no referido art. 41, Anexo I, do RICM/00***" (grifos nossos).

As provas dos autos demonstram que a autora comercializava sal grosso

Acesso ao Sumário

a granel, tendo emitido notas fiscais sem a indicação do imposto, beneficiando-se indevidamente da isenção prevista no **art. 41, inciso VIII, do Anexo I, do RICMS que abrange somente o sal mineralizado.**

A isenção não alcança as operações internas com sal grosso ainda que destinado ao uso na pecuária.

Tais questões estão bem analisadas na r. Sentença (fls. 528/533 e 580) e no Relatório Circunstanciado (fls. 475/480), adotado como base do julgamento no Tribunal de Impostos e Taxas.

Em resumo, existem diferenças entre sal comum, sal mineralizado e sal marinho, ali expostas, de modo que não se aplica a isenção indistintamente.

Assim, não há dúvida de que houve infração à legislação quando a empresa enquadrou como isentas operações que eram tributadas (com ou sem diferimento).

No que se refere ao diferimento, o Fisco paulista admite sua possibilidade nas operações internas e, no caso, enquadrando-se o produto como concentrado ou suplemento (art. 356 do RICMS), ou, ainda, "ingredientes" (art. 360, § 10, item 5 do RICMS).

Não houve apreciação administrativa expressa quanto à destinação exclusiva como insumo, nem buscou a ora apelante em seu recurso administrativo decisão a respeito; assim, em princípio, ao menos como ingrediente na produção de ração ou suplemento animal é possível o enquadramento do produto.

Contudo, a infração já referida, fazer constar como isenta operação que não era isenta, sem referência ao diferimento (conforme exigido no RICMS art. 356, § 2º), em obrigações que, pelo decurso do tempo, já não poderão ser dirigidas a terceiros, impõe a subsistência da obrigação da apelante.

Nesse sentido: "*O descumprimento dos requisitos necessários ao usufruto do regime de benefício fiscal – diferimento – implica no retorno à originária sujeição passiva, recaindo a responsabilidade subsidiária sobre o alienante contribuinte*" (REsp 1.119.205/MG, Min. Eliana Calmon, j. 03.12.2009).

Em consequência, devem ser mantidas a autuação e responsabilização da apelante pelo recolhimento do tributo.

Mantidas as autuações, quanto aos juros moratórios, ainda que as autuações tenham sido realizadas em período anterior ao advento da Lei Estadual nº 13.918/09, é certo que, ausente os pagamentos, os juros aplicados devem seguir os referidos diplomas legais, a partir de sua vigência.

Embora não levantada a questão na inicial, mas apenas na apelação, o STJ e este Tribunal têm reconhecido a legalidade da aplicação da taxa SELIC em relação aos créditos tributários estaduais (nessa direção: REsp. nº 1.111.189-SP, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 13/05/2009, AgRg no AREsp. nº 109.200-

Acesso ao Sumário

SC, rel. Min. Castro Meira, j. 12/04/2012 e enunciado nº 02 do CADIP).

O limite estabelecido, com base no Código Tributário Nacional – CTN refere-se aos índices cobrados para os tributos federais; assim, são afastados eventuais excessos e equiparam-se as condições do Poder Público como tomador de recursos e dos seus devedores.

Por força do referido limite, o Órgão Especial desta Corte, em sede de arguição de inconstitucionalidade (nº 0170909-61.2012.8.26.0000, j. 27/02/2013), dando interpretação conforme a Constituição à Lei Estadual n° 13.918/09, e, em consonância com o julgado do Egrégio Supremo Tribunal Federal – STF nos autos da ADin. nº 442, reconheceu que **a taxa de juros aplicável ao montante do imposto ou da multa não pode exceder aquela incidente na cobrança dos tributos federais, no caso, a taxa SELIC**, fato superveniente que deve ser considerado.

Assim, aplica-se somente o limite na cobrança dos juros na forma acima estabelecida.

Ante o exposto, o voto é pelo parcial provimento do recurso, nos termos acima delimitados, agora com sucumbência recíproca.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0008843-53.2012.8.26.0609, da Comarca de Taboão da Serra, em que é apelante DALVA RUELA DE OLIVEIRA, é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE TABOÃO DA SERRA.

ACORDAM, em 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.174)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MARIA OLÍVIA ALVES (Presidente sem voto), LEME DE CAMPOS e SIDNEY ROMANO DOS REIS.

São Paulo, 13 de abril de 2015.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Indenização por danos morais e materiais decorrentes da morte da genitora da autora, supostamente, por

omissão na transferência para Unidade Coronária Intensiva. Descabimento. Ausente o nexo causal. Não restou demonstrado vínculo entre a morte e a não realização de remoção da paciente para a UCI. Idade avançada e enfermidade grave (infarto do miocárdio). Mantida a r. sentença, nos termos do art. 252 do RITJ/SP.

Recurso não provido.

VOTO

1. Trata-se de **apelação** de sentença (fls. 92/94) julgando improcedente **ação indenizatória** (fls. 02/12) em razão do óbito da genitora da autora, supostamente, pela demora na transferência urgente para Unidade Coronária Intensiva – UCI.

Sustentou, em resumo, ser caso de reforma. Município tinha o dever de transferir, com urgência, a paciente para UCI. Omisso na prestação de serviço, presente o nexo causal. Incontroversa a responsabilidade do Município. Cabia aos gestores providenciarem a internação da paciente na Unidade Coronária Intensiva, até em hospital particular. Foi necessário buscar o Judiciário para exercício de um direito assegurado a qualquer cidadão. Daí a reforma (fls. 97/101).

Silenciou o Município (fls. 108).

É o relatório.

2. Infundada a pretensão recursal.

Segundo consta, em 16.01.12, a mãe da autora foi internada na unidade mista de Taboão da Serra com fortes dores no peito. No dia seguinte, houve uma piora em seu quadro, sendo necessária a transferência para uma Unidade Coronária Intensiva, que, todavia, não ocorreu pela ausência de leitos no SUS. Inconformada, a autora ingressou com ação para que a mãe fosse imediatamente removida para uma UCI, no entanto, antes de dar cumprimento a liminar a Sra. Maria de Souza Oliveira veio a óbito.

Assim, diante da alegada omissão da Administração Pública – responsabilidade civil, pretende a autora a reforma integral da r. sentença para que seja julgada totalmente procedente esta **ação indenizatória** (fls. 02/12), ajuizada em razão da morte de sua genitora.

Sem razão, contudo.

A responsabilidade civil do Estado evoluiu da fase inicial de total irresponsabilidade ("*The King can do no wrong*"), para a da responsabilidade subjetiva, de inspiração marcantemente civilista, passou para o período da **culpa**

Acesso ao Sumário

administrativa ("*faute du service*") de inspiração francesa, e hoje se encontra na fase objetiva com a **teoria do risco administrativo**. Esboça-se tempo de total responsabilidade, segundo a **teoria do risco integral**, não imune, no entanto, à pertinente crítica de HELY LOPES MEIRELLES ("*Por essa fórmula radical, a Administração ficaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que resultante de culpa ou dolo da vítima. Daí por que foi acoimada de 'brutal', pelas graves consequências que haveria de produzir se aplicada na sua inteireza*." – "Direito Administrativo Brasileiro" – Ed. Malheiros – 2005 – p. 632).

Segundo **ALEXANDRE DE MORAES**, "*no Direito brasileiro, a responsabilidade civil do Estado é objetiva, com base no risco administrativo, que, ao contrário do risco integral, admite abrandamento. Assim,* ***a responsabilidade do Estado pode ser afastada*** *no caso de força maior, caso fortuito, ou ainda* ***se comprovada a culpa exclusiva da vítima***." (grifei – "Direito Constitucional Administrativo" – Ed. Atlas – 2.002 – p. 234), acrescentando que, para seu reconhecimento, "*exige a ocorrência dos seguintes requisitos:* ***ocorrência do dano, ação ou omissão administrativa, existência de nexo causal entre o dano e a ação ou omissão administrativa e ausência de causa excludente da responsabilidade estatal***." (op. cit. – p. 233).

Além do mais, em casos como o dos autos, em que se apura eventual **falta** ou **falha do serviço público**, exige-se seja evidenciada a presença de **culpa** da entidade pública dele encarregado.

A r. sentença bem examinou a demanda à luz da prova dos autos.

Como consignado:

"*A responsabilidade extracontratual é a obrigação de reparar o dano causado a outrem na esfera patrimonial ou moral."*

"Para configurá-la há necessidade de três pressupostos: o fato administrativo (qualquer conduta comissiva ou omissiva de agente público); o resultado administrativo (qualquer conduta comissiva ou omissiva de agente público); o resultado danoso; e o nexo de causalidade entre o fato administrativo e o resultado danoso."

*"**In caso, não está comprovado o nexo causal entre a conduta omissiva do município e o resultado danos, qual seja, o óbito da mãe da autora**."*

*"De fato. **Embora seja incontroverso o falecimento da mãe da autora antes de cumprida a liminar para que a mesma fosse internada na Unidade Coronária Intensiva, inexiste nos autos prova de que essa circunstância tenha levado ou ingressado de alguma forma na corrente causal que levou ao óbito decorrente de parada cardíaca**."*

"Segundo se depreende da narrativa contida na inicial e da prova documental, a genitora da autora já havia sido internada quatro dias antes em

razão de infarto, sendo, inclusive entubada e sedada, sendo, portanto, grave seu quadro de saúde."

"Desse modo, à míngua de outras provas, inviável atribuir-se ao réu a responsabilidade pelo resultado lesivo em razão de tal circunstância. O que se conclui do conjunto probatório é que o óbito de Maria de Souza Oliveira decorreu exclusivamente do seu próprio estado de saúde, pois já havia apresentado quadro de enfarto."

"Anoto que, embora objetiva a responsabilidade do Município, não está o autor isento de comprovar os fatos constitutivos de seu direito e os pressupostos da responsabilidade civil, entre eles o nexo causal. E inexistindo prova do nexo causal, pressuposto indispensável à configuração do ato ilícito, não há que se falar em dever de indenizar." (grifei – fls. 92/93).

Escorreita a r. decisão ***a quo.***

Não se desincumbiu a autora, como lhe competia, de comprovar o alegado (**art. 333, I, do CPC**) – nexo de causalidade entre a morte de sua genitora e eventual omissão na internação da paciente na Unidade Coronária Intensiva.

Não há como ver falha médica ou equívoco na prestação do serviço. Embora necessária a transferência da falecida para uma UCI, a enfermidade – infarto do miocárdio – da qual era portadora, por si só justificaria o óbito. Nada comprova que a internação na Unidade Coronária Intensiva evitaria a ocorrência do evento danoso, ainda mais quando avançada a idade da paciente (fls. 14). Seria essa transferência, inexistindo vagas na unidade hospitalar da internação, com os riscos da remoção, a solução tecnicamente recomendada no caso? De outra parte, não há relato de falta de atendimento médico no local em que a mãe da autora se encontrava. Não há relato de descuido médico. Refere-se a inicial a ter sido ela "... entubada e cedada ..." (fls. 02).

Desistiram as partes da produção de outras provas (fls. 90 e 91). **Não** evidenciado, com a segurança necessária, **nexo de causalidade** entre a não transferência da mãe da autora para uma Unidade Coronária Intensiva e o evento morte. Não se desincumbiu a interessada, como lhe cabia, de evidenciar fato constitutivo de seu alegado direito. Outra não podia ser o resultado da demanda.

Assim já decidiu este **Eg. Tribunal de Justiça**, em casos semelhantes ao dos autos:

"Não houve falha no atendimento prestado em unidade de atendimento do Município de Santo André e nenhuma responsabilidade lhe pode ser atribuída pela morte do marido da autora; e não vejo como atribui-lhe responsabilidade pela ausência de vaga em hospital estadual ou no hospital a que o paciente era conveniado (o Hospital do Servidor Público Estadual), pois fato fora do seu alcance. Do mesmo modo, não tinha o município que custear o tratamento em clínica particular, obrigação que poderia ser atribuída – apenas

para argumentar – tão somente a quem devia ter fornecido e não forneceu o leito hospitalar, que não é o réu. Como uma observância marginal, não como razão de decidir, o relatório médico não menciona a transferência para a UTI, mas apenas para um hospital de maior complexidade; e ***a precária condição física do autor não assegura que tivesse sobrevivido, se a transferência tivesse sido feita****."* (grifei – AC nº 0.001.448-15.2011.8.26.0554 – v.u. j. de 11.11.13 – Rel. Des. **TORRES DE CARVALHO**).

E,

"APELAÇÃO CÍVEL – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE SAÚDE – Indenização por danos morais – Falecimento em razão de suposta negativa de atendimento – Aplicação da teoria da responsabilidade subjetiva – Atendimento realizado – Ausência de prova de culpa na atuação do hospital – ***Ausência de prova de nexo de causalidade entre a ação ou omissão dos agentes e o evento danoso*** *– Sentença de improcedência mantida – Recurso improvido."* (grifei – AC nº 0.010.347-04.2010.8.26.0597 – v.u. j. de 03.02.15 – Rel. Des. **MAURÍCIO FIORITO**).

Mais não é preciso acrescentar.

A r. decisão deu correta solução à questão. É **mantida**, por seus fundamentos, nos termos do **art. 252** do **Regimento Interno** deste **Eg. Tribunal de Justiça** ("*Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la*"), com respaldo no **Colendo Superior Tribunal de Justiça** (REsp nº 265.534-DF – j. de 20.11.03 – Rel. Min. **FERNANDO GONÇALVES**; REsp nº 641.963-ES – j. de 08.11.05 – Rel. Min. **CASTRO MEIRA** e REsp nº 662.272-RS – j. de 04.09.07 – Rel. Min. **JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**, dentre outros arestos).

3. Nego provimento ao apelo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000954-79.2013.8.26.0361, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que é apelante HESA 129 – EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA., é apelado SECRETÁRIO DE FINANÇAS DO MUNICÍPIO DE MOGI DAS CRUZES.

ACORDAM, em 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.330)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BEATRIZ BRAGA (Presidente), WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI e OSVALDO CAPRARO.

São Paulo, 16 de abril de 2015.

BEATRIZ BRAGA, Relatora

Ementa: Mandado de segurança. IPTU. O terreno de matrícula nº 43.760 foi desmembrado, dando origem a três novos imóveis (matrículas nº 58.282, 58283 e 58.284). Débitos de IPTU anteriores ao desmembramento parcelados pela Organização Mogiana de Educação e Cultura – OMEC, antiga proprietária do terreno originário e titular do domínio do imóvel matriculado sob nº 58.284. A apelante, adquirente do imóvel de matrícula nº 58.284, não teve o pedido de expedição de certidão negativa de débitos atendido, em face da existência dos mencionados créditos tributários, cuja exigibilidade está suspensa. Com a extinção do terreno originário, extingue-se também a responsabilidade do seu proprietário pelos débitos de IPTU. Ocorrerá a sub-rogação de tais débitos na pessoa dos adquirentes de cada unidade, que ficarão responsáveis proporcionalmente pelo débito existente. Precedentes do STJ. Ao realizar acordo de parcelamento, a OMEC o fez, não na qualidade de proprietária do bem de matrícula nº 43.760, mas sim como sucessora tributária do imóvel, tanto quanto o é a impetrante. Nega-se provimento ao recurso.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra sentença denegatória nos autos do mandado de segurança impetrado por **Hesa 129 – Empreendimentos Imobiliários Ltda.** em face do **Secretário de Finanças do Município de Mogi das Cruzes** (fls. 140/144).

Sustenta o apelante, em síntese, que adquiriu o imóvel de matrícula nº 58.283, o qual fora desmembrado do terreno matriculado sob o nº 43.760; na escritura de compra e venda, ficou consignado que os débitos relativos ao imóvel antes do desmembramento ficariam a cargo da vendedora; cita o artigo 130 do CTN; esclarece que sub-rogar significa substituir e que é inequívoco que não

Acesso ao Sumário

substituíra a antiga proprietária quanto à responsabilidade pelos tributos; além do artigo 130 do CTN, não há outro dispositivo legal que atribua a responsabilidade à impetrante pelos créditos de IPTU anteriores ao desmembramento; os créditos já foram parcelados pela vendedora, que assumiu o compromisso de quitá-los; a sub-rogação só seria autorizada se a alienante deixasse de pagar o parcelamento, o que não ocorreu (fls. 164/175).

Contrarrazões a fls. 183/190.

É o relatório.

O recurso não merece provimento.

Segundo se depreende dos autos, o imóvel de matrícula nº 43.760, então pertencente à Organização Mogiana de Educação e Cultura, foi desmembrado em fevereiro de 2012, para dar origem a três imóveis distintos, com as seguintes matrículas: i) 58.282, com área de 26.884,94 m²; ii) 58.283, com área de 80.070,21 m²; e, iii) 58.284, com área de 20.706,40 m².

O terreno de matrícula nº 58.282 ainda pertence à OMEC- Organização Mogiana de Educação e Cultura.

O terreno de matrícula nº 58.284 permaneceu sob o domínio da antiga proprietária até maio de 2012, quando foi por ela vendido a Helio Borenstein S.A. Administração, Participações e Comércio. Após sucessivas alterações na sua titularidade, narradas a fls. 05, o bem passou ao domínio da impetrante, em setembro de 2012.

No mais, discorre a apelante que o imóvel originário possuía débitos de IPTU, os quais ficaram a cargo da vendedora do bem e que inclusive já foram objeto de acordo de parcelamento firmado entre esta e o Município. Contudo, ao pleitear certidão negativa de débitos do imóvel de matrícula nº 58.284, fora-lhe fornecida certidão positiva com efeito de negativa, em virtude da existência dos débitos de IPTU do imóvel de matrícula nº 43.760, cuja exigibilidade está suspensa pelo parcelamento celebrado.

Assim, impetrou o presente mandado de segurança com o fito de obter a pleiteada certidão negativa.

Nos termos do artigo 130 do Código Tributário Nacional:

> "Os créditos tributários relativos a impostos cujo fato gerador seja a propriedade, o domínio útil ou a posse de bens imóveis, e bem assim os relativos a taxas pela prestação de serviços referentes a tais bens, ou a contribuições de melhoria, sub-rogam-se na pessoa dos respectivos adquirentes, salvo quando conste do título a prova de sua quitação.
>
> Parágrafo único. No caso de arrematação em hasta pública, a sub-rogação ocorre sobre o respectivo preço"

Segundo a apelante, o dispositivo não se aplica ao caso em apreço. Aduz

que "sub-rogar" significa substituir e substituição não houve na hipótese. A antiga proprietária continuou responsável pelo crédito tributário. O que pretende o Município é incluir mais um responsável pelo seu pagamento.

O argumento, contudo, não prospera.

É indubitável que o parcelamento tributário fora firmado pela Organização Mogiana de Educação e Cultura. Resta saber a que título figurou no parcelamento.

Em caso análogo, em que se discutiu a responsabilidade tributária dos adquirentes de unidades autônomas por débitos de IPTU relativos ao terreno antes do desmembramento, o Superior Tribunal de Justiça manifestou-se no seguinte sentido:

> PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. IPTU. ALIENAÇÃO DE IMÓVEL DESMEMBRADO EM UNIDADES AUTÔNOMAS. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DOS SUCESSORES PARA IMPUGNAR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. SOLIDARIEDADE PASSIVA TRIBUTÁRIA. INEXISTÊNCIA.
>
> (...)
>
> 2. O adquirente do imóvel é o responsável tributário por sucessão *inter vivos* relativamente aos débitos anteriores à aquisição, porquanto a relação jurídica integrada pelo alienante extinguiu-se no momento da transmissão da propriedade, tendo-se tornado, o sucessor, sujeito passivo de outra obrigação, com o mesmo conteúdo da responsabilidade do alienante, respondendo o sucessor, portanto, pelos tributos apurados ou passíveis de apuração à data da ocorrência do fenômeno sucessório.
>
> 3. Com efeito, em matéria tributária, sempre que, numa mesma relação jurídica, houver duas ou mais pessoas caracterizadas como contribuinte, cada uma delas estará obrigada pelo pagamento integral da dívida, perfazendo-se o instituto da solidariedade passiva.
>
> 4. No que pertine à responsabilidade tributária dos sucessores ou terceiros, ao revés, a solidariedade não se presume, devendo resultar, necessariamente, de lei. Isto feriria a lógica jurídico-tributária, a integração, no polo passivo da relação jurídica, de alguém que não tenha tido qualquer participação na ocorrência do fato gerador da obrigação.
>
> (...)
>
> 7. Destarte, cada um dos adquirentes tornou-se sujeito passivo de nova relação jurídica, assumindo a dívida tributária pretérita proporcionalmente ao valor atinente à área da propriedade adquirida, razão pela qual resta inequivocamente afastada a solidariedade entre eles. (REsp. nº 783.414/SP, STJ, Primeira Turma, rel. Min. Luiz Fux, DJE 13.03.2007).

Em suma, com a extinção do terreno originário, extingue-se também a

Acesso ao Sumário

responsabilidade do seu proprietário pelos débitos de IPTU. Ocorrerá a sub-rogação de tais débitos na pessoa dos adquirentes de cada unidade, que ficarão responsáveis proporcionalmente pelo débito existente.

Como já mencionado, o terreno de matrícula nº 58.282 ficou sob a propriedade da antiga proprietária do terreno originário, a Organização Mogiana de Educação e Cultura. Destarte, o parcelamento foi realizado pela OMEC não na qualidade de proprietária do imóvel matriculado sob nº 43.760, mas sim como sua sucessora tributária, por ser titular do imóvel de matrícula nº 58.282.

Outrossim, a impetrante, adquirente do imóvel de matrícula nº 58.284 é também sucessora tributária dos débitos relativos ao terreno originário. Assim, ainda que não tenha sido ela quem efetuou o parcelamento, não faz jus à obtenção de certidão negativa de débitos.

Em verdade, houve a sub-rogação (ou como prefere a impetrante, a substituição) dos débitos de IPTU anteriormente de responsabilidade da OMEC para os adquirentes dos três terrenos criados pelo desmembramento: a Organização Mogiana de Educação e Cultura (matrícula nº 58.282), Helbor Empreendimentos S.A. (matrícula nº 58.282) e HESA 129 – Empreendimentos Imobiliários Ltda. (matrícula nº 58.284).

Destarte, a impetrante é também corresponsável pelos débitos existentes. Outrossim, inexistindo norma que eximisse sua responsabilidade e em face da suspensão da exigibilidade dos créditos tributários, era mesmo o caso de expedição de certidão positiva com efeito de negativa.

Vale ressaltar, outrossim, que o acordo realizado entre a impetrante e a vendedora do bem não tem o condão de modificar sua responsabilidade, ante o disposto no artigo 123 do CTN[1].

Destarte, era mesmo de rigor a denegação da segurança.

Por fim, para viabilizar o acesso aos Tribunais Superiores consideram-se prequestionadas as questões deduzidas e imprescindíveis à solução do caso, uma vez que, dirimida a controvérsia, tem-se como desnecessária a citação numérica de dispositivos de lei, conforme entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça *(EDcl no RMS 18205/SP, Min. Felix Fischer, DJ 8.5.2006).*

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0009326-

1 Salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidades pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes.

Acesso ao Sumário

25.2008.8.26.0318, da Comarca de Leme, em que são apelantes J.A.E.L. e E.R.C.P.P.M.P.L. (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento ao recurso, apenas para excluir da condenação o ressarcimento dos pagamentos efetuados no período de janeiro a junho de 2003, no valor de R$ 11.002,00. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13.476)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores TERESA RAMOS MARQUES (Presidente), PAULO GALIZIA e ANTONIO CARLOS VILLEN.

São Paulo, 13 de abril de 2015.

TERESA RAMOS MARQUES, Relatora

Ementa:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Improbidade administrativa – Contrato administrativo – Serviço de cadastramento de usuários e distribuição do cartão SUS – Dispensa ou inexigibilidade de licitação – Requisitos – Ausência – Orçamento prévio e ordem de serviço – Inexistência – Execução do serviço – Prova idônea – Ausência – Ressarcimento – Erário – Valor do contrato – Possibilidade:

- Não observado o procedimento adequado para a dispensa de licitação e verificada a ausência da hipótese legal, está caracterizada a improbidade.

- Ausente prova idônea da execução do serviço e da adequação de seu valor com o preço de mercado, está presente a má-fé e o dever de ressarcir o erário pelos valores pagos a esse título.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Improbidade administrativa – Contrato administrativo – Serviços de marketing, pesquisas e afins – Licitação – Convite – Pessoas jurídicas – Sócio comum – Pessoa jurídica – Área de atuação diversa do objeto licitado – Proposta única – Adjudicação – Justificativa – Ausência – Competitividade – Inexistência – Nulidade – Possibilidade – Execução dos

Acesso ao Sumário

serviços – Prova idônea – Ausência – Ressarcimento – Erário – Valor do contrato – Possibilidade:

- A limitação do convite a duas pessoas jurídicas com sócio comum e a uma terceira que não atua na área do objeto licitado; a omissão do edital quanto à especificação e quantidade dos serviços licitados, de modo a impedir a elaboração de proposta coerente; e a adjudicação do objeto licitado à única licitante que apresentou proposta, sem a justificativa legal sobre o eventual desinteresse dos convidados ou limitações do mercado, evidenciam a intenção dos réus em frustrar a licitude do processo licitatório.

- Ausente prova idônea da execução do serviço e da adequação de seu valor com o preço de mercado, está presente a má-fé e o dever de ressarcir o erário pelos valores pagos a esse título.

VOTO

RELATÓRIO

Sentença de procedência para: *(I) declarar a nulidade do Convite 43/2003, decorrente de procedimento licitatório instaurado pela Municipalidade de Leme, bem como do respectivo contrato administrativo; (II) condenar os réus solidariamente ao integral ressarcimento do dano, no valor de R$94.299,19 (fls.39), acrescido de correção monetária pela Tabela Prática dos Débitos Judiciais do Tribunal de Justiça de São Paulo, a contar dos respectivos pagamentos, e juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação; (III) condenar os réus, pessoas físicas, todos com marcante colaboração na conformação dos atos de improbidade administrativa descritos na inicial, de considerável extensão e gravidade, às penas de suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 5 anos; (IV) condenar os réus, pessoas jurídicas, ao pagamento de multa civil equivalente a 1/6 do valor do dano causado ao erário, e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 5 anos* (textual – fls.841/842).

Acesso ao Sumário

Apela J.A.E.L., alegando cerceamento de defesa, em razão do julgamento antecipado. No mérito, sustenta que não teve qualquer envolvimento nos atos relativos ao direcionamento e/ou fraude do procedimento licitatório. Nunca recebeu convite para participar da licitação, nem apresentou proposta. J.C.B., contador que à época prestava serviços para o J.A. e para a E.R.C. P.P.M.P.L. admitiu ter assinado o convite em nome de J.Á. sem autorização e à revelia

dos sócios desta, tudo para atender o pedido de P.R.D.P.G., sócio da E.R.. J.C. nunca foi funcionário do J.A., não tinha poderes de gerência e muito menos para praticar referido ato dentro do processo licitatório. Conforme art. 662 do Código de Processo Civil, os atos praticados por pessoa sem mandato, ou sem poderes suficientes, são ineficazes em relação àquele em cujo nome foram praticados. Apesar de também ser sócio da E.R.C., V.V., representante da ora apelante, não teve qualquer envolvimento ou conhecimento dos atos praticados no processo licitatório. O próprio autor afirma na inicial que a apelante não apresentou proposta comercial na licitação. Não se apropriou de verba pública. V.V. deixou a sociedade E.R.C. em outubro de 2003, logo após a assinatura do contrato administrativo impugnado, fato que evidencia a não participação do J.A. ilícitos. Não se configura improbidade administrativa quando ausente prova de dolo ou culpa. Conforme observado na inicial, indevida a utilização da modalidade convite para a licitação questionada. Caso adotada a modalidade correta, não teria havido a dispensa das exigências para a habilitação prevista no art. 32, par. 1º, da Lei 8.666/93. Os valores estranhos ao contrato decorrente do processo licitatório 43/03 devem ser excluídos da condenação.

E.R.C.P.P.M.P.L. também apela, sustentando que o juiz reconheceu a legalidade dos atos praticados por P.D.P.G., sócio e representante legal da apelante, tanto que o excluiu do polo passivo da ação. Como a pessoa jurídica não pode agir sozinha, tal fato demonstra a inexistência de ato ilegal, conluio ou má-fé. Inexiste nexo de causalidade entre sua participação na licitação e a improbidade caracterizada por um suposto favorecimento no certame. Não há prova dos ilícitos apontados pelo Ministério Público. Não participou da sessão de abertura dos envelopes e não tinha poderes para manipular a documentação, que sempre ficou na posse da comissão de licitação. Transcorridos mais de cinco anos entre a assinatura do contrato e a citação da ora apelante, ocorreu a prescrição, conforme art. 23 da Lei 8.429/92, art. 1º-C da Lei 9.494/97 e art. 133, inc. I, da Lei Complementar Municipal 25/91. Conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é imprescindível a instauração de inquérito policial para a apuração dos ilícitos de natureza penal atribuídos aos réus. A inexistência de, no mínimo, três concorrentes não torna ilegal nem acarreta a nulidade do certame. Houve manifesto desinteresse dos convidados em participar da licitação, bem como falha da comissão de licitação, que não registrou esse desinteresse no processo licitatório. A inexistência de prévio orçamento dos serviços e do projeto básico não constitui causa de invalidação do certame. O valor da proposta vencedora estava em conformidade com o preço de mercado. Não houve dano ao erário nem enriquecimento ilícito, requisitos essenciais para a configuração do ato de improbidade. Os serviços contratados foram executados dentro do prazo ajustado. Não há qualquer prova de violação a princípio norteador da Administração Pública. O Ministério Público juntou nove notas fiscais que não

Acesso ao Sumário

fazem parte do contrato de prestação de serviços objeto da Licitação 43/03. Tais notas referem-se a serviços prestados esporadicamente à Municipalidade, contratados por dispensa de licitação, conforme art. 24, inc. II, da Lei 8.666/93. Eventual irregularidade com relação a esses serviços deve ser objeto de ação própria.

Nas contrarrazões, sustenta o Ministério Público que a prova documental autorizava o julgamento antecipado da lide, portanto não houve cerceamento de defesa. Preclusa a questão da legitimidade ativa. Os elementos de convicção são: (a) ausência de projeto básico e planilha detalhada de custos; (b) irregularidades na formalização do convite, na medida em que a empresa S. não prestava o serviço objetivado pela Administração Pública; (c) recebimento do convite por J.C.B. (contador das empresas apelantes); (d) identidade de sócio nas empresas apelantes na pessoa de V.V.; e (e) pagamento de R$ 26.750,80 sem contratação firmada. A abertura de processo licitatório sem conhecimento prévio sobre o custo da obra ou serviço que se pretende contratar, impossibilitando a escolha da modalidade mais adequada e a fixação do justo valor do objeto, evidencia que, no presente caso, o Administrador Público buscava apenas o formalismo de uma licitação desconectada do interesse público. A opção pela modalidade convite, a escolha de uma convidada cujo objeto social não guardava relação com o objeto licitado – pessoa jurídica S. – e o convite a outras duas pessoas jurídicas que tinham um sócio comum constituem sérios indícios de direcionamento do certame. A contratação da E. para outras atividades foi realizada sem a prévia cotação de preços exigida por lei. Não há prova da prestação do serviço, pois o Administrador Público não se preocupou em juntar ao processo de empenho cópia de boletins informativos, pesquisas de campo e o material gráfico inerente ao objeto contratado – marketing e publicidade. A falta de prova da prestação dos serviços permite a conclusão de que a contratada forneceu notas frias à Prefeitura de Leme para justificar pagamentos. A existência de vínculo subjetivo entre os concorrentes atenta contra o princípio da isonomia e da competitividade. Observado o critério da razoabilidade na aplicação das penas. A obrigação de ressarcir o erário decorre do brocardo jurídico de que ninguém pode se valer da própria torpeza.

Acesso ao Sumário

A Procuradoria Geral de Justiça opina pelo não provimento dos recursos (fls.918/929).

FUNDAMENTO

1. Trata-se de ação civil pública por ato de improbidade administrativa proposta pelo Ministério Público contra G.M., ex-Prefeito Municipal de Leme; G.S.A., ex-Secretária de Educação e Cultura de Leme; C.A.O.S., ex-Secretário de Saúde de Leme; E.A., ex-Secretário da Fazenda de Leme e ex-membro da Comissão de Licitação; L.H.A., M.E.G., E.R.C.P.P.M.P.L., S.A.A.L. e J.A.E.L., por irregularidades na licitação Convite 43/03, voltada à *contratação*

de empresa especializada em serviços técnicos de publicidade, comunicação social, marketing e pesquisas.

Consta que, em junho de 2003, após requisição feita pela Secretaria de Educação e Cultura, mas, estranhamente, firmada pelo Prefeito Municipal, e não pelo secretário do órgão requisitante (fls.69/70 do Inquérito Civil (IC)), o município de Leme promoveu o processo licitatório Convite 43/03, voltado à contratação dos seguintes serviços:

I – Estudo, planejamento, criação, produção, distribuição, veiculação e controle de resultados de campanhas e peças publicitárias;

II – assessoria na execução de ações de promoção, de assessoria de imprensa e de relações públicas;

III – realização e gerenciamento de pesquisas de opinião junto às escolas;

IV – assessoramento no desenvolvimento de serviços;

V - elaboração e registro de marcas, expressões de propaganda, logotipos e de outros elementos de identificação visual, inclusive fotografias;

VI – montagem de estandes em feiras e exposições;

VII – assessoramento e supervisão em planejamento e execução de projetos audiovisuais, projetos multimídia e demais ferramentas de comunicação e marketing, supervisão de serviços terceirizados e coordenação das demais atividades que venham a ser necessárias para a melhor divulgação e implementação das campanhas educacionais;

VIII – prestação de serviços, através de terceiros, tais como: telemarketing, documentação em vídeos ou fotos das atividades do Município, distribuição de material e aferição de conteúdos das matérias veiculadas nos meios de comunicação (rádio e TV);

IX – pesquisa de campo de opinião pública para levantamento dos principais interesses e preocupações dos pais e alunos, incluindo a visitação em uma a cada cinco residências, que inclui a contratação pela empresa de quatro cadastradores e dois tabuladores/digitadores;

X – desenvolvimento e montagem de um software em base de dados para a coleta e visualização de todas informações obtidas com as pesquisas;

Essa relação de serviços foi reproduzida no edital da licitação (fls.74/78 do IC), no qual também consta que os serviços de comunicação teriam *caráter legal, educativo, informativo, de orientação e mobilização social, perseguindo sempre a meta de eficiência e racionalidade na otimização e aplicação dos recursos, com permanente e sistemática avaliação dos resultados; seriam prestados em conformidade com o Departamento de Comunicação Social da Prefeitura de Leme – por determinação, pedidos e controle da Secretaria da Educação e Cultura, que coordena e controla a utilização dos recursos que*

Acesso ao Sumário

amparam as despesas da espécie para o setor, envolvendo todos os órgãos setoriais componentes da Administração Direta; seriam fornecidos de acordo com as requisições emitidas pela Secretaria de Administração; a proposta deveria conter o preço de um atendimento e o preço global para a realização de todos os atendimentos mencionados; pagamento mensal, calculado pelo valor do preço unitário multiplicado pelo número de atendimentos realizados no mês; e que o contratado arcaria com os tributos.

O prazo de execução foi fixado em *12 meses ou até o fornecimento total do objeto*.

Foram convidadas E.R.C.P.P.M.P.L., S.A.A.S.C.L. e J.A.E.L..

Somente a E.R.L. apresentou proposta, no montante de R$ 48.000,00; e, em que pese a inexistência de competitividade, foi consagrada vencedora.

O respectivo contrato foi firmado em 2.7.2003, pela Secretária de Educação e Cultura do município de Leme e pelo representante da vencedora (fls.91/95 do IC).

2. O Ministério Público sustenta a nulidade da licitação, bem como do contrato dela decorrente, em razão das seguintes irregularidades:

a) inobservância do art. 7º, par. 2º, inc. I, da Lei 8.666/93, em razão da ausência de projeto básico e executivo, ou mesmo orçamento detalhado onde se pudesse comprovar o preço dos serviços a serem contratados, o que impede verificar a adequação da modalidade de licitação escolhida e enseja a nulidade dos atos ou contratos realizados, conforme art. 7º, par. 6º, da Lei 8.666/93;

b) inobservância do art. 38, par. único, da Lei 8.666/93, pois não houve exame nem aprovação da Assessoria Jurídica da Administração Municipal;

c) convite enviado à pessoa jurídica com objeto social diferente daquele que se pretendia contratar, sediada, à época, em um imóvel residencial, sem empregados e cujo proprietário trabalhava nas dependências da Prefeitura Municipal de Charqueada, tudo a evidenciar que jamais apresentaria proposta no procedimento licitatório;

d) recebimento do convite enviado à J.A. por J.C.B., mesmo contador da E.R.;

e) existência de sócio comum entre J.A. e E.R., quando da abertura do procedimento licitatório;

f) ausência de data de recebimento nos convites e identidade dos carimbos neles apostos pelas convidadas;

g) constatação, pelo Tribunal de Contas do Estado, de irregularidades na execução do contrato administrativo, como a ausência de pedido de fornecimento ou de ordem de serviço, que configurou ofensa ao princípio da vinculação ao edital (arts. 3º e 41 da Lei 8.666/93);

h) pagamento de R$ 74.750,80 pela Prefeitura Municipal de Leme à E.R.L., quando o contrato estabelecia o limite de R$ 48.000,00, ou seja, foram efetuados pagamentos no valor de R$ 26.750,80 sem qualquer tipo de contratação firmada, o que contraria o art. 24, inc. II, da Lei 8.666/93.

Após a manifestação dos réus, nos termos do art. 17, par. 7º, da Lei 8.429/92, o juiz rejeitou a ação em relação a G.M., G.S.A., C.A.O.S., P.R.D.P.G. e S.A.A., permanecendo no polo passivo somente E.A., L.H.A., M.E.G., E.R.C.P.P.M.P.L. e J.A.E.L.. O autor não se opôs às exclusões.

3. Nos termos do art. 23 da Lei 8.429/92, as ações por ato de improbidade administrativa prescrevem em *até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança;*

Conforme já consignado na decisão que recebeu a inicial, os requeridos se enquadravam nas condições acima citadas e permaneceram exercendo cargo em comissão ou função de confiança até 2006.

Assim, proposta a ação em 4.11.2008, não ocorreu a prescrição.

4. J.A. alega cerceamento de defesa com o julgamento antecipado, sustentando que pretendia demonstrar, por meio de prova testemunhal e outras, que não participou da fraude em questão.

À época da licitação e da assinatura do contrato, V.V. era sócio-gerente da E.R., juntamente com P.R.D.P.G.; também era sócio da J.A., com sua esposa. V. alega que estava afastado da administração da E.; que o contador da J.A., J.C.B., que também era contador da E., recebeu o convite em nome da J.A. sem poderes para tal; e que desconhecia a existência da licitação, tanto que não apresentou proposta em nome da J.A..

Tais alegações poderiam ser verídicas, pois não há prova de que o convite foi entregue na sede da J.A. – geralmente a comissão de licitação encarta no processo licitatório o comprovante de remessa postal, o que não ocorreu neste caso –; e, ainda, não consta proposta desta.

Se a intenção era fraudar a licitação, a J.A. poderia simplesmente ter apresentado proposta superior à da E..

Mas o conjunto dos fatos opera frontalmente contra essa assertiva e torna dispensável qualquer outra prova, pois a E.R. era, à época, uma empresa pequena e tinha somente V. e P.R. como sócios-gerentes. Induvidoso, portanto, que sabiam eles da licitação, bem como que a J.A. também havia sido convidada para o certame.

5. A licitação e o contrato apresentam as seguintes irregularidades:

5.1. Inobservância do art. art. 7º, par. 2º, inc. I, da Lei 8.666/93, pois não há no processo licitatório projeto básico, projeto executivo, orçamento, estimativa da demanda ou, ainda, descrição detalhada do objeto licitado, omissões que

Acesso ao Sumário

impedem a elaboração de proposta coerente, diante da impossibilidade de avaliação dos serviços.

Na única proposta apresentada, da E.R.L., consta o **preço global** de R$ 48.000,00, correspondente a 7.200 visitas mais assessoria de marketing diária; **preço mensal** de R$ 4.000,00, correspondente a 600 visitas mais assessoria de marketing diária; e **preço unitário** de R$ 6,66, correspondente a um atendimento mais assessoria de marketing (fls. 87 do IC).

Contudo, além de visitas para pesquisa, a licitação englobava outros serviços, como a elaboração de campanhas e peças publicitárias, assessoria de imprensa, relações públicas, elaboração e registro de marcas e afins, montagem de estandes em feiras e exposições, prestação de serviços através de terceiros – como telemarketing, documentação em vídeos ou fotos das atividades do município, etc. –, e desenvolvimento e montagem de software. E não consta do edital ou da proposta qualquer menção sobre os preços destes.

A título de exemplo, nada dispõe o edital sobre o critério para a fixação do preço do serviço de montagem de estande, que poderia ser por metro quadrado, por unidade ou por evento. O mesmo ocorre com o serviço de telemarketing, desenvolvimento de software, registro de marcas e afins, etc.

Não parece crível que a licitante tenha se proposto a fazer a montagem de um estande ou o desenvolvimento de um software pelo preço de R$ 6,66.

Cumpre observar, ainda, que a Comissão de Licitação consignou na ata da sessão de recebimento e abertura dos envelopes *que os preços ofertados eram compatíveis com os praticados no mercado, e dentro do orçamento constante dos autos* (textual – fls. 89 do IC). Contudo, não houve avaliação prévia dos serviços licitados, o que impossibilita a verificação da compatibilidade dos preços.

Tais fatos demonstram que a licitação não foi realizada com vista à obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, mas tão somente para formalizar pagamentos em favor da E.R..

Portanto, evidente que os réus, em conluio, frustraram a licitude do processo licitatório, o que configura ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário, conforme art. 10, inc. VIII, da Lei 8.429/92.

5.2. A adjudicação do objeto licitado à única pessoa jurídica que apresentou proposta, sem a justificativa prevista no art. 22, par. 7°, da Lei 8.666/93 sobre o eventual desinteresse dos convidados ou limitações do mercado; o convite à S.A.A.L., que tinha atividade estranha ao objeto licitado – não constava de seu objeto social a prestação de serviços de assessoria de imprensa, marketing, etc. –; e o convite à J.A., que tinha um sócio em comum – V.V. – com a vencedora do certame, também demonstram a intenção de não se conferir competitividade ao certame.

Acesso ao Sumário

Não beneficia V.V. a alegação de que estava afastado da administração da E.R. à época da licitação e da assinatura do contrato em questão – junho e julho/2003 –, pois consta que ele ocupava o cargo de sócio-gerente (fls. 67 do IC, v. 1) e que sua retirada da sociedade ocorreu somente 1º.10.2003 (fls. 383, v. 8).

E.D.P., mãe de P.R.D.P.G., sócio de V. na E.R.L., afirmou que ingressou na sociedade depois da assinatura do contrato e apenas para atender a um pedido de seu filho (fls.695/703, v.9).

5.3. No período de 1º.3 a 24.9.2004, o município de Leme pagou o montante de R$ 15.748,80 para a E.R.L., por serviços contratados sem licitação, referentes a *Pesquisadores/Cadastradores (cartão SUS)* e *Distribuição do Cartão SUS* (textual – fls. 139, 146, 152 e 157 do IC, v. 1).

Consta das respectivas notas fiscais, no campo discriminação, que se trata de *serviço de distribuição do cartão SUS para os 44 mil usuários, utilizando-se de seis cadastradores* (textual – fls. 140, 147 do IC, v. 1) e *serviço de dist. do cartão SUS* (textual – fls. 153 e 158 do IC, v. 1), ou seja, trata-se de um só serviço – distribuição do cartão SUS.

O valor pago à E.R. supera o limite legal para a dispensa de licitação – R$ 8.000,00 – e não consta a instauração de processo de dispensa ou inexigibilidade, conforme prevista no art. 26 da Lei 8.666/93.

Portanto, ausente previsão legal, a dispensa de licitação configurou o ato de improbidade administrativa tipificado no art. 10, inc. VIII, da Lei 8.429/92.

O Ministério Público também questiona os pagamentos realizados pela Municipalidade para a E.R., entre janeiro e junho de 2003, no montante de R$ 11.002,00, por serviços de assessoria de imprensa, pesquisa de opinião pública, serviços publicitários, confecção de boletim informativo do governo municipal e outros (fls. 112/126 do IC, v. 1).

Neste caso, os serviços são distintos e com valor individual inferior a R$ 8.000,00, portanto possível a dispensa de licitação, conforme art.24, inc. II, da Lei 8.666/93. Como não se alega superfaturamento, sobrepreço ou inexecução dos serviços, não se vislumbra improbidade administrativa no que tange a estes pagamentos de janeiro e junho de 2003.

5.4. No tocante ao Contrato 65/03, decorrente do Convite 41/03, a ausência de pedido de fornecimento ou de ordem de serviço, constatada pelo Tribunal de Contas do Estado, configura ofensa ao princípio da vinculação ao edital (arts. 3º e 41 da Lei 8.666/93) e, ainda, torna questionável a prestação dos serviços, mormente porque em diversas notas fiscais não consta o atestado de execução e conferência dos serviços contratados (fls.119, 132, 134, 136, 138, 143, 145, 151, 156, 161 e 164 do IC, v.1); em outras, E.A., que ocupava o cargo de Secretário da Fazenda, atesta a execução de serviços relacionados às áreas

Acesso ao Sumário

de saúde e educação e ordena os respectivos pagamentos (fls.122, 128 e 130); por fim, nas notas de empenho, E.A. assina como secretário requisitante, em que pese as despesas se referirem à Secretaria da Educação; como Secretário da Fazenda cargo que ocupava ; e também como Prefeito Municipal, autorizado pelo Decreto 4.015/97 (fls.127, 129, 131, 133, 135, 137, 139, 144, 146, 149, 152, 157, 160 e 162 do IC, v.1), tudo a evidenciar a ausência ou supressão de controle sobre a execução dos serviços e respectivos pagamentos.

Tais irregularidades configuram ato de improbidade administrativa previsto no art. 10, inc. VIII, e 11, *caput* e inc. I, da Lei 8.429/92.

6. A E.R. beneficiou-se da indevida dispensa da licitação nos serviços relacionados à distribuição do cartão SUS, bem como da orquestrada ausência de competitividade do Convite 41/03. Ainda, recebeu por serviços dos quais não consta pedido de fornecimento ou ordem de serviço, nem atestado de execução idôneo.

É certo que a J.A. não apresentou proposta na licitação em questão, porém contribuiu para frustrar a licitude do processo licitatório ao deixar de comunicar à Comissão de Licitação a impossibilidade de participar do certame, em razão da existência de sócio comum com a E.R..

7. Não há prova da execução dos serviços, o que poderia ter sido feito com a juntada de entrevistas, pesquisas, softwares, etc.. Nem da adequação dos preços praticados, pois não consta prévio orçamento nem a especificação dos serviços licitados. E, conforme já observado, também inexiste pedido de fornecimento ou ordem de execução dos serviços em questão.

Os arts. 49 e 59 da Lei 8.666/93 dispõem que:

Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.

§ 1º A anulação do procedimento licitatório por motivo de ilegalidade não gera obrigação de indenizar, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

§ 2º A nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

Art. 59. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos.

Parágrafo único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não

lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.

Assim, ausente prova da execução dos serviços, inexiste direito à indenização ou retenção de qualquer espécie.

Cumpre OBSERVAR que há interrupção na numeração das folhas dos autos. A numeração está correta até a fl. 46. Depois, foi mantida a numeração original dos autos do Inquérito Civil – fls. 1/675 (v. 1/6). Terminado os autos do inquérito, prosseguiram com a numeração dos autos da ação civil pública (fls. 47 e segs., v. 6). Daí a especificação em algumas remissões nesse voto que o número da folha se refere ao inquérito civil. Pelas normas da Corregedoria, está correta a manutenção da numeração do procedimento preparatório. Contudo, a numeração da inicial deveria ser feita com a aposição do número acompanhado da letra "i" e, depois do inquérito civil, a numeração deveria ser sequencial ao último número deste, e não ao número da inicial, como feito. Considerando o estágio atual do processo, apenas se observa sem determinar retificação.

Destarte, pelo meu voto, dou parcial provimento ao recurso, apenas para excluir da condenação o ressarcimento dos pagamentos efetuados no período de janeiro a junho de 2003, no valor de R$ 11.002,00.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001768-76.2013.8.26.0366, da Comarca de Mongaguá, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado JACOUB KOUKDJIAN FILHO.

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U. (Houve parecer oral do Procurador Roberto Livianu).", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 9.703)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores TERESA RAMOS MARQUES (Presidente sem voto), ANTONIO CARLOS VILLEN e ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ.

São Paulo, 13 de abril de 2015.

PAULO GALIZIA, Relator

Ementa: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. Petição inicial que imputa ao réu a prática de atos de improbidade administrativa consubstanciados: a) na não aplicação de 60% da verba

Acesso ao Sumário

do FUNDEF no pagamento de salários dos profissionais do magistério; b) na ocorrência de diferença, a menor, de R$ 59.906,39 na mesma conta corrente. Valores não gastos em educação que permaneceram na conta, não havendo, nesse particular, pretensão ressarcitória. Questão decidida por meio de decisão interlocutória irrecorrida. Sentença que indeferiu a petição inicial sob o fundamento de que ao autor cabia demonstrar a destinação dada ao dinheiro desaparecido. O réu alega regularidade na gestão e aplicação das verbas do FUNDEF. Ponto controvertido que reside no desaparecimento do dinheiro e sua destinação. Sentença que não encontra fundamento no rol taxativo previsto no art. 17, § 8, da Lei nº 8.429/92. Recebimento da petição inicial que deve observar o princípio "in dubio pro societate". Sentença reformada, para determinar o prosseguimento da ação, com citação e instrução processual.

Recurso provido.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 4782/4785, cujo relatório se adota, que **INDEFERIU A PETIÇÃO INICIAL** e julgou o processo extinto, nos termos dos artigos 295, inciso IV, 267, inciso I, e 284, parágrafo único, do CPC. Sem condenação ao pagamento de custas e despesas processuais, nos termos da Lei nº 7.347/85.

Irresignado, apela o Ministério Público do Estado de São Paulo. Aduz, em apertada síntese, tratar-se de ação civil pública movida contra JACOB KOUKDJIAN FILHO imputando-lhe a prática de atos de improbidade administrativa consubstanciados: "1) na não aplicação integral do valor existente em conta do FUNDEF nas questões relativas à manutenção e ao desenvolvimento do ensino fundamental e a valorização de seu magistério; 2) na não aplicação de 60% do valor existente na referida conta para remuneração do magistério vinculado ao ensino fundamental (...)" e "3) na ocorrência de diferença, a menor, de R$ 59.906,39 na mesma conta corrente." (fls. 4788/4789) e requerendo sua condenação exclusivamente à pena de ressarcimento ao erário no importe de R$ 122.846,89, correspondentes à soma do valor não aplicado no magistério (R$ 62.490,50) e da quantia desaparecida da conta corrente do FUNDEF (R$ 59.906,39).

Afirma que após a defesa preliminar, foi rejeitado o pedido de

Acesso ao Sumário

ressarcimento do valor não aplicado no magistério (R$ 62.490,50), concluindo-se pela ausência de prejuízo ao erário e que, quanto ao valor de R$ 59.906,39, que desapareceu da conta corrente, foi determinada a emenda da inicial para que fosse indicada "a maneira como referido valor saiu da conta do FUNDEF, o destino da importância retirada e para apontar concretamente dolo ou culpa do réu na ocorrência desse fato". (fls. 4769/4774)

Assevera que procedeu à emenda da inicial, sustentando que o apelado, no mínimo, teve conduta omissiva na correta fiscalização colocados à disposição do município uma vez que, na época em que os valores despareceram, ocupava o cargo de prefeito.

Pondera haver ressaltado que, durante o longo período da investigação, "em momento algum o apelado forneceu a documentação contábil que permitiria o rastreamento dos valores indevidamente desviados da conta do FUNDEF, evidenciando, assim, e maneira inequívoca o elemento subjetivo de sua conduta." (fls. 4790)

Relata que "por fim, alegou que na medida em que não houve objeção por parte do réu quanto ao desaparecimento dos valores da conta vinculada, nesta fase inicial não seria exigível o detalhamento da conduta dolosa além do que já está fartamente demonstrado pelo acervo probatório carreado aos autos. Devendo referida conduta ser melhor demostrada e detalhada ao longo da instrução processual." (fls. 4790).

Sustenta que "exigir a comprovação, logo na petição inicial, das manobras realizadas para o desvio dos valores importará em se oportunizar a impunidade e prejuízo ao erário público, tornando extremamente difícil (para não dizer impossível) o combate à corrupção e malversação do patrimônio público." (fls. 4792)

Pleiteia o provimento do recurso e a reforma da r. sentença para que a petição inicial seja recebida, dando-se prosseguimento à ação. (fls. 4787/4795)

Recurso tempestivo e respondido (fls. 4799/4821). Instada a manifestar-se, a Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso (fls. 4825/4839).

É O RELATÓRIO.

O recurso comporta provimento.

Em sua defesa prévia, o réu argui a ausência de prejuízo ao erário em decorrência da não realização de todos os gastos legais em educação, pois a quantia de R$ 62.490,50 não foi tocada.

Quanto ao valor supostamente desaparecido, R$ 59.906,39, inicialmente foi arguida a inépcia da inicial sob o fundamento de que o autor não imputa ao réu uma ação ou omissão ofensiva à Lei, tal como gasto dos recursos em situações vedadas ou desvio, o que obsta o exercício da ampla defesa.

Acesso ao Sumário

No mérito, sustenta que os valores recebidos no exercício de 2000 foram gastos regularmente e que, ainda que houvesse diminuição dos valores depositados na conta do FUNDEF, somente poderia ser responsabilizado por tal ocorrência na hipótese de comprovação de dolo ou culpa de sua parte, o que em momento algum ocorreu.

Particularmente, quanto à não aplicação de 60% da verba do FUNDEF no pagamento de salários de profissionais do magistério, não há o que se discutir, pois, não há notícia de desaparecimento de tais valores, razão pela qual a pretensão ressarcitória foi rejeitada, com indeferimento parcial da inicial, por meio de decisão irrecorrida (fls. 4769/4774).

Em verdade, a controvérsia reside nos parâmetros de que o magistrado deve se utilizar para analisar os requisitos de admissibilidade de uma petição inicial de ação civil pública.

Quanto ao procedimento de recebimento da petição nas ações de improbidade administrativa, a Lei nº 8.429/92 estabelece que:

> "Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.
>
> (...)
>
> § 7º Estando a inicial em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do requerido, para oferecer manifestação por escrito, que poderá ser instruída com documentos e justificações, dentro do prazo de quinze dias.
>
> **§ 8º Recebida a manifestação, o juiz, no prazo de trinta dias, em decisão fundamentada, rejeitará a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita."**

As condutas descritas na petição inicial enquadram-se no artigo 11, "caput", da Lei nº 8.429/92, e ao Sr. Jacoub, na qualidade de Prefeito Municipal, incumbia velar pela escorreita execução das verbas do FUNDEF prestando as devidas contas.

Paira controvérsia quanto desaparecimento de valores da verba do FUNDEF, pois o Ministério Público apresentou parecer técnico do CAEX que apurou a ausência da quantia de R$ 59.906,39 da conta do FUNDEF, sem que o Município apresentasse qualquer documento ou demonstração contábil que justificasse o débito de tal quantia.

Evidentemente, não se trata de inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita, razão pela qual o indeferimento da petição inicial, com base na suposta inobservância do dever de demonstrar a ocorrência da operação bancária que resultou na retirada ou desaparecimento do dinheiro, não pode prevalecer.

É que o autor alega que o dinheiro desapareceu e o réu alega que todas as despesas e destinação das verbas do FUNDEF foram realizadas dentro da legalidade, questão controvertida, que comporta elucidação mediante instrução processual.

Além disso, no caso, existem indícios de prática de ato de improbidade, devendo a petição inicial ser recebida, em homenagem ao princípio "in dubio pro societate", tal qual o decidido pelo E. Superior Tribunal de Justiça:

> "ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 17, § 8º, DA LEI Nº 8.429/92. INDÍCIOS DE PRÁTICA E DE AUTORIA DE ATOS DE IMPROBIDADE. POSSÍVEIS IRREGULARIDADES EM PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS. RECEBIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. RECURSO PROVIDO. 1. O reconhecimento da existência de indícios da prática de atos de improbidade, em casos como o presente, não reclama o reexame de fatos ou provas. O juízo que se impõe restringe-se ao enquadramento jurídico, ou seja, à consequência que o Direito atribui aos fatos e provas que, tal como delineados no acórdão, dão suporte (ou não) ao recebimento da inicial. 2. **A jurisprudência desta Corte tem asseverado que "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** " (REsp 1.197.406/MS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 22/8/2013). 3. **Como deflui da expressa dicção do § 8º do art. 17 da Lei nº 8.429/92, somente será possível a pronta rejeição da ação, pelo magistrado, caso resulte convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita**. 4. Na espécie, entretanto, em momento algum o acórdão local concluiu pela existência de provas hábeis e suficientes para o precoce trancamento da ação. 5. Com efeito, somente após a regular instrução processual é que se poderá, in casu, concluir pela existência de: (I) eventual dano ou prejuízo a ser reparado e a delimitação do respectivo montante; (II) efetiva lesão a princípios da Administração Pública; (III) elemento subjetivo apto a caracterizar o suposto ato ímprobo. 6. Recurso especial provido, para que a ação tenha regular trâmite." REsp nº 1.192.758 - MG (2010/0080733-1), RELATOR: MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO R.P/ACÓRDÃO: MINISTRO SÉRGIO KUKINA, Primeira Turma, j. 04/09/2014)

Em tais condições, reformo a sentença, para determinar o prosseguimento da ação com a citação e devida instrução processual.

Pelo meu voto, dou provimento ao recurso do Ministério Público.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1044065-16.2014.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelada T.C.T.S. (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Desacolheram o reexame necessário, considerado interposto, e negaram provimento ao recurso V.U. Sustentou oralmente o Dr. Daniel Rosa Gilg.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.215)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CARLOS EDUARDO PACHI (Presidente sem voto), OSWALDO LUIZ PALU e MOREIRA DE CARVALHO.

São Paulo, 29 de abril de 2015.

DÉCIO NOTARANGELI, Relator

Ementa: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – PROFESSOR – EXAME MÉDICO – OBESIDADE – CANDIDATO CONSIDERADO INAPTO – EXERCÍCIO DAS MESMAS FUNÇÕES COMO CONTRATADO HÁ MAIS DE UMA DÉCADA – OFENSA A DIREITO LÍQUIDO E CERTO – EXISTÊNCIA.

1. O mandado de segurança se destina à correção de ato ou omissão de autoridade, desde que ilegal e ofensivo a direito individual, líquido e certo do impetrante (art. 5º, LXIX, CF).

2. Candidata ao cargo de Professor de Educação Básica II reprovada por obesidade mórbida e hipertensão. Males que afetam mais da metade da população brasileira, que remanesce economicamente ativa e inserida no mercado de trabalho. Ofensa à cidadania, à dignidade da pessoa humana e ao valor social do trabalho como fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, II, III e IV, CF).

3. Professora contratada da rede estadual de ensino por mais de dez anos que se afastou por apenas três

Acesso ao Sumário

vezes. Exames médicos que comprovam boa saúde física. Atestado da Secretaria de Ensino confirmando aptidão para as funções. Ato atacado que se mostra abusivo. Segurança concedida. Reexame necessário, considerado interposto, desprovido. Recurso desprovido.

VOTO

A r. sentença de fls. 93/97, cujo relatório se adota, concedeu segurança contra ato do impetrado consistente na exclusão da impetrante de Concurso Público para provimento de cargo de Professor de Educação Básica II em razão de obesidade mórbida.

Inconformada apela a Fazenda Estadual arguindo preliminares de nulidade da sentença por ausência de notificação da Procuradoria Geral do Estado e ilegitimidade passiva *ad causam*. No mérito, sustenta a legalidade do ato atacado.

Recurso recebido e processado, com contrarrazões. A douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou desinteresse na causa.

É o relatório.

Inicialmente considera-se submetida a reexame necessário a r. sentença apelada (art. 14, § 1º, Lei nº 12.016/09).

Afastam-se as preliminares arguidas. Malgrado não se tenha dado ciência da impetração e do deferimento da liminar ao órgão de representação judicial da Fazenda Estadual, a despeito da determinação de fls. 41, nenhum prejuízo adveio para o impetrado, que defendeu a legitimidade do ato atacado na mesma linha e com os mesmos argumentos veiculados nas razões recursais. Não fosse por isso, o ingresso da pessoa jurídica interessada no processo é facultativo, de modo que a omissão apontada não induz nulidade processual.

Bem afastada a alegação de ilegitimidade passiva *ad causam* do Diretor Técnico de Saúde do Departamento de Perícias Médicas, a quem cabe a decisão final sobre a aptidão ou inaptidão do candidato (fls. 61 e 79). Não fosse por isso, há muito se acha consolidado na jurisprudência o entendimento segundo o qual "se a autoridade apontada como coatora, em suas informações, não se limita a arguir sua ilegitimidade passiva, defendendo o ato impugnado, aplica-se a teoria da encampação e a autoridade indicada passa a ter legitimidade para a causa" (REsp nº 433.033/SP, 2ª Turma, Rel. Min. João Otavio de Noronha, j. 16/05/06).

É esse o caso dos autos, em que a autoridade indicada no *writ* prestou informações defendendo a legalidade do ato atacado, com isso esvaziando a discussão a respeito de sua legitimidade *ad causam.*

No mérito, merece confirmação a r. sentença apelada cujos fundamentos

Acesso ao Sumário

são ratificados, nos termos do art. 252 RITJESP.

Não se ignora a gravidade da obesidade mórbida e da hipertensão arterial, e tampouco se desconhece que o reexame do ato administrativo pelo Poder Judiciário se restringe à sua legalidade estrita.

Sucede, porém, que a discriminação profissional do portador de doença apenas potencialmente capaz de afetar a prestação de serviço não encontra ressonância no estágio atual de desenvolvimento social e na Constituição Federal, que consagra como princípios fundamentais da República Federativa do Brasil a cidadania, a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho (art. 1º, II, III e IV, CF). E se é fundamento a garantia não pode ser transformada numa promessa vã ou ilusória ao cidadão.

Sobretudo quando se sabe que mais da metade da população brasileira apresenta sobrepeso (conforme pesquisa do Ministério da Saúde realizada em 2013), nada obstante sejam essas pessoas consideradas produtivas, economicamente ativas e perfeitamente inseridas no mercado de trabalho. Não fosse por isso, constata-se que a impetrante é contratada há mais de dez anos da rede de ensino do Estado de São Paulo – que agora lhe nega aptidão para o desempenho das funções docentes – e nesse período de 1.977 dias de serviço (até outubro de 2014 – fls. 14/15), apenas se afastou por três vezes (em 2004, 2006 e 2012), ao menos em uma dessas ocasiões por acidente de trabalho (fls. 17).

Portanto, ao longo de uma década a impetrante se mostrou apta para o exercício de suas funções desempenhando-as com "muito zelo e presteza", como atesta a Secretaria de Educação do Estado (fls. 16). A manutenção do ato atacado, que nega, por um dos órgãos do Estado a mesma capacidade atestada por outro órgão institucional, contraria a lógica, o bom-senso e a razoabilidade. Portanto, agiu com inexcedível acerto a digna juíza prolatora da r. sentença apelada ao conceder a segurança.

Aliás, nesse sentido há precedentes na jurisprudência desta E. Câmara e do Colendo STJ, consoante se infere da ementa dos seguintes venerando arestos:

> "AGRAVO. Tutela antecipada. Concurso público. Professor de Educação Básica II. Inaptidão declarada na avaliação médica. Obesidade. Medida antecipatória deferida pela douta juíza da causa para assegurar a posse ao requerente. Manutenção que se impõe. Requisitos previstos no artigo 273, do CPC devidamente demonstrados. Plausibilidade do direito invocado que se verifica considerando-se o fato de que o requerente já atua como professor na rede estadual de ensino na qualidade de contratado temporário, sendo certo que sua obesidade não implicou em qualquer ausência do serviço ou afastamento. 'Periculum in mora' configurado no instante em que outro candidato pode vir a tomar posse. Precedente desta C. Câmara. Decisão mantida. Recurso não provido"

Acesso ao Sumário

(TJSP – Agravo de Instrumento nº 2180966-36.2014.8.26.0000, 9ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Oswaldo Luiz Palu, j. 17/12/14).

"PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO A ATOS NORMATIVOS INTERNOS. NÃO ADMISSIBILIDADE. CONCURSO. CURSO PREPARATÓRIO DE CADETES DO AR. REPROVAÇÃO NO EXAME MÉDICO. CRITÉRIOS DISCRIMINATÓRIOS. ILEGALIDADE.

1. O conceito de lei federal, a ensejar o Recurso Especial, não abrange os atos normativos internos, como as resoluções, circulares, portarias e instruções normativas.

2. Não basta para caracterizar violação à lei federal, a simples transcrição do dispositivo legal; necessário que o recorrente dê as razões de seu inconformismo. Incidência da Súmula 284 - STF.

3. A exigência de critérios discriminatórios em edital de concurso deve ser feita precipuamente sob o prisma da lógica, bastando verificar se a diferenciação possui uma justificativa racional e necessária, ou se resulta de mera discriminação fortuita.

4. A reprovação do candidato sob o diagnóstico de deficiência dentária e obesidade faz-se desprovida de qualquer justificativa razoável, que o impeça de exercer as atividades militares a que se habilita.

5. Recurso não conhecido" (STJ – REsp nº 214.456/CE, 5ª Turma, Rel. Min. Edson Vidigal, j. 19/08/99).

Ressalte-se, ademais, que os exames médicos apresentados ao DPME mostram boa saúde física e baixos níveis de glicose no sangue, o que motivou um dos médicos que assina o laudo a considerá-la apta para o exercício das funções atinentes ao cargo.

Por essas razões, desacolhe-se o reexame necessário, considerado interposto, e nega-se provimento ao recurso, nos termos acima especificados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1045335-75.2014.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MARINA SILVA OLIVEIRA, é apelado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 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 do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.366)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JARBAS GOMES (Presidente sem voto), CRISTINA COTROFE e PAULO DIMAS MASCARETTI.

São Paulo, 29 de abril de 2015.

Acesso ao Sumário

LEONEL COSTA, Relator

Ementa: PRESTAÇÃO VOLUNTÁRIA DE SERVIÇOS DE DEFESA CIVIL NAS POLÍCIAS MILITARES E CORPO DE BOMBEIROS DA LEI 10.029/2000 – INAFASTABILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – SOLDADO TEMPORÁRIO DA POLÍCIA MILITAR – Pretensão voltada ao recebimento de décimo terceiro salário, férias, adicional de insalubridade e ALE – Autora que foi admitida na Corporação, na qualidade de voluntário, nos termos da LF nº 10.029/00 e da LE nº 11.064/02 – Dispositivos legais aludidos declarados inconstitucionais pelo Órgão Especial deste Egrégio Tribunal de Justiça – Aplicação, por analogia, ao regime jurídico dos policiais militares – Direito dos contratos em caráter voluntário e temporário aos direitos sociais previstos na CF, em especial, o 13º Salário, férias remuneradas e terço constitucional, gratificações de adicional de localidade de exercício e insalubridade e contagem de tempo para aposentadoria. Sentença de improcedência reformada. Recurso provido.

VOTO

Vistos.

Cuida-se de ação proposta por Marina Silva Oliveira em face da Fazenda Estadual, objetivando o recebimento, pelo tempo trabalhado à Polícia Militar na condição de soldado temporário (27/07/2006 a 04/11/2009), de décimo terceiro salário, férias remuneradas, acrescida do terço constitucional, adicional de insalubridade, adicional de local de exercício e recolhimento previdenciário, além da contagem de tempo de serviço para fins de aposentadoria, todas as verbas devidamente corrigidas. Aduz a autora que foi contratada nos termos da Lei Estadual nº 11.064/02 e que esta lei desconsidera os direitos estatuídos na Constituição Federal.

A r. sentença de fls. 16/20 julgou improcedente o pedido, com supedâneo no artigo 269, inciso I, e artigo 285-A, ambos do Código de Processo Civil. Custas fixadas na forma da lei, suspensas em razão da gratuidade concedida.

No prazo legal, a requerente apelou, aduzindo falta de amparo jurisprudencial da sentença impugnada. Aduz que o fato de as leis que

Acesso ao Sumário

regulamentam a prestação de serviço voluntário temporário à Polícia Militar terem sido declaradas inconstitucionais por revelarem burla a direitos sociais garantidos pela Constituição Federal. Pede, portanto, o reconhecimento de tais direitos e a reforma da r. sentença (fls. 23/62).

A Fazenda Pública respondeu ao recurso, aduzindo que não se configurou vínculo empregatício a ensejar pagamento das verbas postuladas. Defendeu, ademais, a constitucionalidade das Leis 10.029/2000 e 11.064/2002, afirmando que a autora não faz jus aos pagamentos que pleiteou. Como consequência, requer a manutenção do *decisum* (fls. 69/86).

É o relatório.

Consta dos autos que a autora foi admitida como voluntária para prestar serviço temporário junto à Polícia Militar consoante a Lei Federal 10.029/00 e a Lei Estadual 11.064/02, nos períodos de 27/07/2006 a 04/11/2009 (fls. 12/13).

E busca na presente demanda a condenação da Fazenda Estadual ao pagamento das verbas referentes às férias, acrescidas de um terço, ao 13º salário, ALE, adicional de insalubridade e recolhimento previdenciário, além da contagem de tempo de serviço para fins de aposentadoria.

A Lei Federal nº 10.029, de 20 de outubro de 2000, estabeleceu, em seu artigo 1º, que os Estados e o Distrito Federal poderão instituir a prestação voluntária de serviços administrativos e de serviços auxiliares de saúde e de defesa civil nas Polícias Militares e nos Corpos de Bombeiros Militares.

No âmbito do Estado de São Paulo, o Serviço Auxiliar Voluntário (SAV) na Polícia Militar veio a ser instituído pela Lei Estadual nº 11.064, de 08 de março de 2002.

Ambos os dispositivos legais acima referidos foram declarados inconstitucionais pelo C. Órgão Especial deste Egrégio Tribunal de Justiça:

Ação Direta de Inconstitucionalidade de Lei 994090022799 (1751990000)

Relator(a): A. C. Mathias Coltro

Comarca: São Paulo

Órgão julgador: Órgão Especial

Data do julgamento: 05/08/2009

Data de registro: 20/08/2009

Ementa: INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI FEDERAL 10.029/2000 E LEI ESTADUAL 11.064/2002 QUE DISCIPLINAM A CONTRATAÇÃO DE VOLUNTÁRIOS TEMPORÁRIOS PARA AS POLÍCIAS MILITARES E CORPOS DE BOMBEIROS – INCONSTITUCIONALIDADES FLAGRANTES – FORMA DE ADMISSÃO E DE REMUNERAÇÃO NÃO PREVISTAS

Acesso ao Sumário

NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – ENTENDIMENTO – SUPRESSÃO DE DIREITOS SOCIAIS DO TRABALHADOR – CONTRATAÇÃO QUE, ADEMAIS, DEVERIA OBSERVAR O PRÉVIO CONCURSO PÚBLICO, JÁ QUE AS FUNÇÕES DESEMPENHADAS POR POLICIAIS MILITARES SÃO PERMANENTES – INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA.

Pertinente mencionar a conclusão do Em. Relator Mathias Coltro no referido julgamento:

> "Por fim, o que se verifica das leis em questão, mormente da lei estadual, é simplesmente a burla à Constituição e com a supressão de direitos sociais, porquanto, de voluntários, os soldados da polícia militar contratados nos termos de tal legislação não têm nada, sendo, apenas e tão somente, temporários, aliás como a própria lei os chama: Sd PM temporário.
>
> Destarte, reputam-se inconstitucionais a Lei Federal 10.029/2000 e a Lei Estadual 11.064/2002."

Assim, afastada a aplicação da Lei Estadual 11.064/2002, por sua inconstitucionalidade, é caso de julgamento de procedência da ação. Isso porque à autora se aplica, como servidora pública contratada, o regime jurídico dos Policiais Militares do Estado de São Paulo.

Dessa forma, deve ser calculada sua remuneração do período em que prestou serviços, percebendo as verbas pagas aos Policiais Militares, nos termos da legislação pertinente, além do 13º e indenização de férias, valores que serão calculados em liquidação de sentença, acrescidos de correção monetária e juros de mora conforme o artigo 1º-F da Lei 9494/97 a partir da citação.

Ora, a autora desempenhou as suas funções de soldado temporário sob rígida jornada de trabalho, em atividades típicas da Corporação, com subordinação às mesmas regras dos policiais militares efetivos.

Dessa forma, a autora deve ter o mesmo tratamento concedido aos policiais militares efetivos, no que tange às vantagens pecuniárias, por isso fazendo jus às que postulou, em conformidade com a legislação aplicável aos Policiais Militares.

Acesso ao Sumário

No mesmo sentido, julgados desta Corte:

0040675-96.2010.8.26.0602 Apelação

Relator(a): Xavier de Aquino

Comarca: Sorocaba

Órgão julgador: 1ª Câmara de Direito Público

Data do julgamento: 13/08/2013

Data de registro: 20/08/2013

Outros números: 406759620108260602

Ementa: DIREITO ADMINISTRATIVO – SOLDADO PM TEMPORÁRIO – RECEBIMENTO DE FÉRIAS E 13º SALÁRIO – ADMISSIBILIDADE – A Lei Federal nº 10.029/00 e a Lei Estadual nº 11.064/02 foram consideradas inconstitucionais pelo C. Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça, visto que criaram uma forma de admissão ao serviço público não previsto na Constituição Federal – Verbas devidas – Sentença reformada – Recurso provido.

0008645-66.2012.8.26.0269 Apelação

Relator(a): Evaristo dos Santos

Comarca: Itapetininga

Órgão julgador: 6ª Câmara de Direito Público

Data do julgamento: 20/05/2013

Data de registro: 21/05/2013

Outros números: 86456620128260269

Ementa: POLICIAL MILITAR TEMPORÁRIO Pretensão ao recebimento do 13º salário, férias, Adicional de Insalubridade e Adicional de Local de Exercício. Admissibilidade. Critério estabelecido pelas legislações nº 10.029/00 e 11.064/02, declaradas inconstitucionais pelo Colendo Órgão Especial. Reconhecimento do vínculo estatutário, ainda que temporário, uma vez que o ingresso na corporação se deu por concurso público, descaracterizada a transitoriedade da contratação para atender a excepcional interesse público. Inviável, contudo, averbação do tempo de serviço prestado, em face da ausência de descontos a título de contribuição previdenciária. Precedentes. Recurso provido, em parte.

0056859-57.2012.8.26.0053 Apelação

Relator(a): Sidney Romano dos Reis

Comarca: São Paulo

Órgão julgador: 6ª Câmara de Direito Público

Data do julgamento: 09/09/2013

Data de registro: 12/09/2013

Outros números: 568595720128260053

Ementa: Apelação Cível – Policial Militar Temporário – Pretensão ao recebimento de 13º salário, férias e Adicional de Insalubridade – Sentença de parcial procedência – Recurso do autor e da Fazenda Estadual – Critério estabelecido pelas legislações nº 10.029/00 e 11.064/02 declaradas inconstitucionais pelo Colendo Órgão Especial – Considerando o mesmo tratamento concedido aos policiais militares efetivos, no que tange às vantagens pecuniárias, de rigor o percebimento pelo autor de férias acrescidas de um terço, décimo terceiro salário, adicional

Acesso ao Sumário

de insalubridade, pelos períodos laborados e pleiteados na inicial – Aplicação de correção monetária e juros de mora – Não reconhecimento, tão somente, da averbação do tempo de serviço em face da ausência de descontos a título de contribuição previdenciária – Precedentes – Ônus de sucumbência invertidos – R. Sentença reforma – Recursos do autor e da Fazenda do Estado de São Paulo providos, invertendo o julgado e os ônus da sucumbência, nos termos do acórdão.

1016311-82.2014.8.26.0576 Apelação / Reexame Necessário / Reajuste de Remuneração, Soldo, Proventos ou Pensão

Relator(a): Cristina Cotrofe

Comarca: São José do Rio Preto

Órgão julgador: 8ª Câmara de Direito Público

Data do julgamento: 12/02/2015

Data de registro: 13/02/2015

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – POLICIAL MILITAR TEMPORÁRIO. Verbas rescisórias – Lei Estadual nº 11.064/2002 declarada inconstitucional pelo Colendo Órgão Especial – Direito à percepção de férias acrescidas do terço constitucional, 13ª salário e adicional de insalubridade – Precedentes. Recurso voluntário e reexame necessário desprovidos.

1000560-72.2014.8.26.0053 Apelação / Reajuste de Remuneração, Soldo, Proventos ou Pensão

Relator(a): Manoel Ribeiro

Comarca: São Paulo

Órgão julgador: 8ª Câmara de Direito Público

Data do julgamento: 28/01/2015

Data de registro: 29/01/2015

Ementa: POLICIAL MILITAR TEMPORÁRIO – Pretensão de recebimento do décimo terceiro salário, terço constitucional de férias, adicional de insalubridade e adicional de local de exercício – Sentença de procedência parcial da demanda – Inconstitucionalidade da Lei Federal nº 10.029/2000 e da Lei Estadual nº 11.064/2002 declarada pelo Colendo Órgão Especial deste Tribunal de Justiça – Servidor temporário que exerceu as mesmas atividades e submeteu-se às mesmas regras dos policiais militares de carreira, fazendo 'jus', dessa forma, a todos os direitos a estes assegurados – Benefícios devidos – Juros de mora que incidem na forma do art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação da MP nº 2.180-35/01 – Cômputo do período trabalhado como tempo de serviço para fins previdenciários – Impossibilidade – Ausência de desconto pecuniário relativo à contribuição previdenciária – Precedentes – Sentença mantida

Acesso ao Sumário

nos termos do artigo 252 do Regimento Interno desta Corte – Recurso da Fazenda e reexame necessário não providos.

Assim, é caso de reforma da r. sentença para reconhecer os direitos da parte autora no período que prestou serviço ao Estado, averbando-se em seu assento funcional tal período para os fins de aposentadoria, com recolhimento previdenciário, bem como condenar a parte requerida ao pagamento das verbas pretendidas e pagas aos policiais militares efetivos, nos termos das Leis e normas pertinentes, quais sejam: adicional de insalubridade, ALE, 13º salário, férias anuais acrescidas do terço constitucional, respeitando-se a prescrição quinquenal. O pagamento das verbas deverá ser acrescido de juros de mora e atualização monetária na forma do artigo 1º-F da Lei 9494/97, com redação dada pela MP 2.180/2001, diante da declaração da inconstitucionalidade por arrastamento do artigo 5º da Lei 11.960/09 na ADin 4.357/DF.

Pela sucumbência, deve a FESP arcar com os honorários advocatícios de 10% sobre o valor apurado em liquidação de sentença.

Diante do exposto, nos termos acima explicitados, voto para dar provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0027705-86.2002.8.26.0071, da Comarca de Bauru, em que é apelante VANGUARDA SEGURANÇA E VIGILÂNCIA LTDA., é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE BAURU.

ACORDAM, em 2ª Câmara Extraordinária de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U. Sustentou oralmente a Dra. Nathalia Kage.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.113)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), VERA ANGRISANI e NOGUEIRA DIEFENTHALER.

São Paulo, 30 de abril de 2015.

PAULO DIMAS MASCARETTI, Relator

Ementa:

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – Nulidade da CDA por vício formal – Eiva não caracterizada – ISS – Serviços de vigilância e segurança privada – Sujeito

ativo da obrigação – O STJ pacificou o entendimento de que o ISS deve ser recolhido no local da efetiva prestação de serviços, pois é nesse local que se verifica o fato gerador do tributo – Orientação reafirmada no julgamento do REsp. n. 1.117.121/SP, sujeito ao rito dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC) – Taxa de licença e funcionamento – Tributo devido posto que presentes os pressupostos fáticos que determinam a sua incidência – Sentença de procedência parcial – Decisório que merece subsistir – Recurso improvido.

VOTO

São embargos opostos por Vanguarda Segurança e Vigilância Ltda. à execução fiscal movida pelo Município de Bauru, em que se busca o cancelamento da CDA, sob a alegação nulidade ou, ao menos, a exclusão da multa de mora, posto que indevida.

A r. sentença de fls. 747/751, integrada às fls. 762 e cujo relatório se adota, julgou parcialmente procedentes os embargos, *apenas para determinar que prevaleçam os valores constantes da certidão da dívida ativa de fls. 738*, arcando cada parte com metade das custas, bem como com os honorários dos respectivos patronos, posto que recíproca a sucumbência.

Inconformada, a embargante apelou; inicialmente, alega ser nula a CDA, por não constar do título indicação precisa do fundamento legal da obrigação, o que inviabiliza o exercício pleno da defesa; a propósito, a simples menção aos códigos "1.3", "27" e "14" no verso da CDA, não é suficiente para atender a exigência legal apontada; quanto ao tema de fundo, a conclusão é de que o Município de Bauru não tem legitimidade para exigir o ISS, pois, no caso, o estabelecimento administrativo do prestador de serviço está localizado em outro Município, sendo este, de fato e de direito, o sujeito ativo da obrigação tributária; a propósito, o art. 12, do Decreto-lei n. 406/68 é claro no sentido de que *considera-se local da prestação do serviços o do estabelecimento prestador, ou na falta de estabelecimento, o domicílio do prestador*; a respeito, salienta que a mera existência de imóvel locado no Município de Bauru não induz ao reconhecimento da obrigação tributária em apreço, pois decisivo para tanto é verificar a autonomia jurídica do estabelecimento, o que, no caso, não ocorre; ainda que assim não se entenda, o tributo não pode ser cobrado por inteiro, mas apenas em relação ao período de vigência da locação comercial apontada pela embargada; ainda, a exigência de taxa de licença e localização se mostra indevida, pois nunca manteve estabelecimento comercial no Município de Bauru; em tais termos, bate-se pelo provimento.

Acesso ao Sumário

Recurso admitido e respondido (fls. 790/796).

É o relatório.

De início, cumpre afastar a alegação de nulidade que recai sobre a CDA.

Conforme se depreende dos autos, a inscrição do crédito em dívida ativa foi precedida de apuração fiscal regular, onde, sob o crivo do contraditório, restou demonstrado que a embargante, durante o período de 1993 a 1995 prestou serviços de vigilância e segurança privada no Município de Bauru, sem recolher o ISS, tendo ali, ainda, se instalado comercialmente, sem observar as providências administrativas a tanto necessárias (fls. 99 e ss.).

E, nesse contexto, certo é que a embargante teve conhecimento exato da autuação que lhe foi dirigida, tanto que exerceu sua defesa de forma plena e minudente, no âmbito administrativo inclusive (fls. 110/127), o que bem demonstra constituir o inconformismo em questão mero exercício de retórica.

Vista por outro ângulo a questão, é de se rejeitar a alegação de nulidade da CDA, pois, conforme anotado em sentença (fls. 750 e 750vº), o título efetivamente preenche os requisitos de validade; decerto, *no anverso, há referência à "origem da dívida", com alusão aos códigos "1.3", "27" e "1.4"; no verso da certidão, há menção à natureza do débito e aos dispositivos legais referentes a cada qual dos códigos; assim é que o código "1.3" diz respeito a imposto sobre serviço de qualquer natureza, disciplinado nos arts. 200 a 212 da Lei n. 1.929/75 (Código Tributário do Município); o código "27" guarda relação com os arts. 43, 73, 103, 104, 105, 106, III, "c", 108, 109, V, 173, 206, 211, 233, 234, 235, 236, 237, 238 e 240 da Lei n. 1.929/75, bem como Leis ns. 3980/95, 4251/97, 4275/98, 4312/98 e 4333/98, e ainda, Decreto n.6319/92; e o código "1.4" se refere à taxa de licença, especificada nos arts. 234 a 267 da Lei n. 1.929/75.*

Nessa latitude, de ver que a Certidão da Dívida Ativa regularmente constituída goza de presunção de certeza, liquidez e exigibilidade, somente elidida por prova inequívoca a cargo da executada, situação esta que, no caso, não ocorre.

Especificamente, no que tange à taxa de licença e funcionamento, a embargante nega a infração que lhe é atribuída, mas não apresenta provas aptas a infirmá-la, o que determina a subsistência da CDA, pois, ao final, restou cabalmente comprovada a instalação no Município de estabelecimento comercial de sua titularidade, em desacordo com a legislação pertinente, Lei n. 1.929/75, arts. 173, 175 e 238 (v. fls. 522/531).

Quanto ao ISSQN incidente sobre serviços de vigilância e segurança privada, prestados nos limites territoriais do Município de Bauru, entre outubro de 1993 a dezembro 1995 (fls. 75vº), e cuja exigência pela respectiva pessoa jurídica é questionada, melhor sorte não assiste à embargante, pois já

Acesso ao Sumário

se encontra sedimentado na jurisprudência o entendimento de que *competente para cobrança do ISS é o município onde ocorre a prestação do serviço, ou seja, em que se concretiza o fato gerador*; confira-se:

> *TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ISS. COMPETÊNCIA PARA COBRANÇA. FATO GERADOR. MUNICÍPIO DO LOCAL DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. ENTENDIMENTO FIRMADO NO JULGAMENTO DO RESP 1.117.121/SP, MEDIANTE UTILIZAÇÃO DA SISTEMÁTICA PREVISTA NO ART. 543-C DO CPC E DA RESOLUÇÃO 08/2008 DO STJ. 1. A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que competente para a cobrança do ISS é o município onde ocorre a prestação do serviço, ou seja, em que se concretiza o fato gerador.* ***2. In casu, trata-se de serviços de vigilância e segurança privada concretizados no exercício de 2000, antes, portanto, da alteração do Decreto-Lei 406/1968 pela LC 116/2003.*** *Orientação reafirmada no julgamento do REsp. n. 1.117.121/SP, sujeito ao rito dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC).* (AgRg no Ag 1.367.775/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 17.03.2011).

Nessa linha de entendimento, vale registrar:

> *TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. ISS. ART. 12 DO DECRETO-LEI N. 406/68. COMPETÊNCIA PARA SUA COBRANÇA. FATO GERADOR. MUNICÍPIO DO LOCAL DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. 1.* ***A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a cobrança do ISS norteia-se pelo princípio da territorialidade, nos termos encartados pelo art. 12 do Decreto-lei n. 406/68, sendo determinante a localidade aonde foi efetivamente prestado o serviço e não aonde se encontra a sede da empresa.*** *(...).* AgRg no Ag 1.173.805/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 20.5.2010).

> *PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ISS. FATO GERADOR. MUNICÍPIO COMPETENTE PARA RECOLHIMENTO DA EXAÇÃO. LOCAL ONDE OCORRE A PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. 1. As Turmas que compõem a Primeira Seção do STJ pacificaram o entendimento de que o ISS deve ser recolhido no local da efetiva prestação de serviços, pois é nesse local que se verifica o fato gerador. 2. Agravo regimental improvido.* (AgRg no Ag 763.269/MG, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 17.8.2006).

No âmbito desta Eg. Corte de Justiça, igualmente, já se decidiu:

> *Apelação – Discussão sobre a competência impositiva em relação ao ISSQN – Sentença mantida para reconhecer a competência do Município de São Paulo para a cobrança do ISS – Competente o Município onde se dá a efetiva prestação do serviço – Respeito ao*

Acesso ao Sumário

princípio da territorialidade e interpretação sistemática da legislação. (Apelação Cível n. 4001914-34.2013.8.26.0565, Relatora Mônica Serrano, j. 5.2.2015).

APELAÇÃO CÍVEL – TRIBUTÁRIO – ISS – Anulatória de autos de infração lavrados por falta de retenção do ISS pelo tomador de serviços – Suposta prestação de serviço em outro município – Ausência de comprovação – Ônus da prova do autor – Não desincumbência – Inteligência do art. 333, inc. I, do CPC – Sentença de improcedência mantida. (Apelação Cível n. 0316008-67.2009.8.26.000, Rel. Des. Maurício Fiorito, j. 263.2015).

A corroborar, do corpo de referido Acórdão, vale destacar as seguintes ponderações:

A questão em análise diz respeito à competência para cobrança do ISS referente a serviços prestados em diferentes municípios.

O aspecto territorial é fundamental para determinar o sujeito ativo da relação tributária, já que é entendimento unívoco da jurisprudência que é competente para exigir o ISSQN o Município onde tenha ocorrido o fato gerador, pouco importando o local da sede da empresa.

O Decreto-lei n. 406/1968, no seu artigo12, dispunha:

Art. 12. Considera-se local da prestação do serviço: a) o do estabelecimento prestador ou, na falta de estabelecimento o do domicílio do prestador; (...)

No entanto, a definição supracitada não se mostrava adequada, pois muitos serviços eram prestados em determinado Município, mas o ISS era recolhido em outro.

Em reiteradas decisões os Tribunais Superiores já se manifestaram acerca da matéria em discussão:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ISS. SUJEITO ATIVO. FATO GERADOR. MUNICÍPIO DO LOCAL DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. ENTENDIMENTO FIRMADO NO JULGAMENTO DO RESP. 1.117.121/sp MEDIANTE UTILIZAÇÃO DO ART. 543-C DO CPC E DA RESOLUÇÃO 08/2008 DO STJ. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA. VIOLAÇÃO À CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. NÃO OCORRÊNCIA. 1. A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que o ISS, na vigência do Decreto 406/1968, é devido ao Município em que o serviço é efetivamente prestado, e não àquele onde se encontra sediado o estabelecimento prestador. 2. Orientação reafirmada no julgamento do REsp. 1.117.121/SP, sujeito ao rito dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC). 2. O STJ consignou que a conclusão esposada não implica negar vigência à

Acesso ao Sumário

lei federal, pois resulta de legítima interpretação sistemática da norma infraconstitucional. Não se está a afastar a aplicação do art. 12, "a", do Decreto-Lei 406/1968, mas sim a declarar seu sentido em consonância com o regime jurídico do ISS. Desnecessário, portanto, observar o rito para declaração de inconstitucionalidade previsto nos arts. 480 a 482 do CPC. Nesse sentido: EDcl no AgRg no REsp. n. 897.226/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 6/8/2009; REsp. 1.124.862/GO, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 7/12/2009. (AgRg no AREsp 101835/GO, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 22.5.2012).

(...)

Sob esse enfoque, é de se registrar que: *em face da informação de fls. 736, ficou esclarecido que, na certidão original não havia sido considerada a redução do tributo decorrente do acolhimento parcial do recurso interposto pela embargante na esfera administrativa. Foi apresentada, então, nova certidão de dívida ativa, com valores corrigidos, os quais não foram especificamente impugnados pela embargante em sua manifestação de fls. 741/744. Anote-se que a substituição da certidão de dívida ativa é possível até a decisão de primeira instância, assegurada ao executado a devolução do prazo para embargos (§ 8º, art. 2º, na Lei n. 6.830/80).*

Enfim, a r. sentença impugnada deu solução adequada ao caso, devendo ser mantida por seu próprios fundamentos, com os acréscimos ora introduzidos.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0051620-72.2012.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante GIOVANNI ANTONIO SALVATORE, é apelado SUBPREFEITO DA SUBPREFEITURA DE ERMELINO MATARAZZO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.318)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDSON FERREIRA (Presidente) e J. M. RIBEIRO DE PAULA.

São Paulo, 7 de abril de 2015.

VENICIO SALLES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Apelação – AIIM – irregularidade no imóvel – falta de limpeza – aplicação concomitante de multa e intimação para regularizar a situação – Órgão Especial reconheceu a constitucionalidade do art. 11 da Lei Municipal nº 15.442/2011 – manutenção da multa aplicada.

Recurso não provido.

VOTO

1. Cuida-se de mandado de segurança impetrado por Giovanni Antonio Salvatore, com vista a anular AIIM. Alega que foi intimado para manter limpo e capinado imóvel de sua propriedade, bem como foi lhe aplicada multa pela infração. Sustenta o impetrante ser inconstitucional a aplicação concomitante da multa e a intimação.

A r. sentença denegou a segurança.

Apela o impetrante pugnando pela concessão da ordem.

Vieram as contrarrazões.

A Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela improvimento do recurso.

O feito foi suspenso por esta turma para julgamento de arguição de inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 15.442/2011.

O Colendo Órgão Especial não conheceu da arguição em razão da constitucionalidade já ter sido reconhecida nos autos da ArIn nº 0.008.436-60.2014.8.26.0000.

Os autos retornaram para julgamento do recurso de apelação.

É o relatório.

2. O autor foi intimado pela Prefeitura Municipal para fazer superar a irregularidade verificada no terreno, consistente na falta de limpeza. Além da intimação o autor foi, no mesmo ato, multado no valor de R$ 5.871,00 e ameaçado a ser novamente multado, caso a irregularidade não fosse superada no prazo de 30 (trinta) dias, tudo nos termos do art. 1º e 11 da Lei Municipal nº 15.442/2011.

Alega o impetrante ser inconstitucional a aplicação da multa concomitantemente com a intimação para regularização da irregularidade.

A Lei Municipal nº 15.442/2011 determina que:

"Art. 1º – Os responsáveis por imóveis, edificados ou não, lindeirosa vias ou logradouros públicos, são obrigados a mantê-los limpos, capinados e drenados, respondendo, em qualquer situação, pela sua utilização como

Acesso ao Sumário

depósito de lixo, detritos ou resíduos de qualquer espécie ou natureza."

"Art. 11 – O descumprimento das disposições desta lei acarretará a lavratura, por irregularidade constatada, de autos de multa e intimação para regularizar a limpeza, o fechamento ou o passeio, conforme o caso, no prazo improrrogável de 30 (trinta) dias."

Em que pese meu entendimento apresentado quando da arguição de inconstitucionalidade, ante o entendimento do órgão Especial pela constitucionalidade da norma, seus efeitos devem ser observados, com a manutenção da multa aplicada.

Dispôs o julgado:

"Quanto à alegação de violação do princípio da razoabilidade, tenho que igualmente não procede, pois a tabela de multa anexa à lei, com valor por metro de testada do imóvel, constitui critério necessário e proporcional, não alcançando caráter confiscatório, nem mesmo pela previsão de cumulação a cada trinta dias, não se podendo olvidar que vem sendo adotado desde a Lei n° 10.508, de 4 de maio de 1988." (ArIn nº 0.008.436-60.2014.8.26.0000)

A fiscalização cumpriu fielmente o disposto na legislação não havendo qualquer irregularidade na multa aplicada, já que aplicada dentro dos parâmetros legais.

3. Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001179-73.2001.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes/apelados SERGIO GIROTTI (E SUA MULHER), MIRYAM CAPUTO GIROTTI, MARGARIDA MARCHETTI FERNANDEZ (ESPÓLIO), JOAO REYNOSO FERNANDEZ (ESPÓLIO), JOSE REYNOSO FERNANDEZ (INTERDITO(A)), LOURDES ESTEVES SALGUEIRO FERNANDEZ (CURADOR(A)), JOAO MARCHETTI (INVENTARIANTE) e FRANCISCO ANTONIO SANTANA (ESPOLIO), é apelado/apelante COMPANHIA DE SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DE SÃO PAULO SABESP.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos, com observação. V.U. Sustentou oralmente o Dr. Itamar Said.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.525)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores J. M.

Acesso ao Sumário

RIBEIRO DE PAULA (Presidente sem voto), OSVALDO DE OLIVEIRA e BURZA NETO.

São Paulo, 8 de abril de 2015.

EDSON FERREIRA, Relator

Ementa: SERVIDÃO DE PASSAGEM. Instituição de servidão de passagem para expansão da rede de esgotos. Cabimento de oposição por alegados condôminos do imóvel pela parte que lhes cabe na indenização. Dúvida sobre o registro do imóvel solucionada pela perícia. Dúvida sobre a titularidade da área, em razão do falecimento dos antigos proprietários e de duas cessões de direitos hereditários pelos mesmos herdeiros do primeiro condômino a pessoas diversas. Indenização a ser rateada segundo a fração ideal que cabe a cada qual. Questão possessória que não comporta apreciação neste processo. Primeira cessão de direitos hereditários que prevalece sobre a segunda, realizada quando os sucessores originais já não tinham direito sobre a herança. Indenização fixada em patamar adequado, com redução de dois terços compatível com o grau de comprometimento do imóvel, localizado em área urbana, como indicado pelo laudo pericial. Exclui-se possibilidade de transferência da propriedade à autora por se tratar de demanda apenas para instituir servidão de passagem. Recursos não providos, com observação.

VOTO

A sentença, proferida pelo eminente juiz, Doutor Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho, em demanda por instituição de servidão de passagem, julgou parcialmente procedente oposição, para reconhecer titularidade do opoente sobre metade ideal do terreno, e julgou procedente a demanda para determinar instituição de servidão, condenando autora ao pagamento de indenização no valor de R$ 17.181,00, para junho de 2005, na razão de metade para o opoente e metade para os réus originários, autorizando a autora ao levantamento do valor excedente já depositado nos autos, tendo fixado honorários advocatícios em dois mil reais aos patronos dos requerido originários e possibilitando transcrição da área em nome da autora para transferência do domínio (fls. 389/392).

Embargos de declaração rejeitados (fls. 398).

Acesso ao Sumário

Apela o terceiro Sérgio Girotti alegando que adquiriu parte da área em tela por escritura pública de cessão de direitos hereditários e a escritura pública dos opoentes se refere a glebas em outro local (fls. 402/412).

Apela a autora SABESP alegando que o valor da indenização deve ser reduzido a um terço, por se tratar de servidão de passagem em pequena fração do imóvel que não acarreta prejuízo aos proprietários, e que não deve haver transferência da propriedade por se tratar de servidão (fls. 417/423).

Apelam os requeridos originários, Espólio de Margarida Marchetti Fernandez (herdeiro do Espólio de João Fernandez Filho) e José Carlos Reinoso Fernandes (herdeiro do Espólio de José Reinoso Fernandez), alegando que não cabe incidente de oposição em demanda de desapropriação e que os sucessores se mantêm na posse da área desde a imissão obtida por seus ascendentes em março de 1995, sendo únicos proprietários do terreno (fls. 428/431).

Após retorno à origem para regularizar intimações, apela o opoente Espólio de Francisco Antônio de Santana alegando que é único proprietário da área objeto da servidão, sendo que a parte antes pertencente a João Antônio Santana e então vendida aos requeridos originários não inclui o trecho restringido pela servidão (fls. 493/499).

Os recursos foram respondidos (fls. 447/449, 451/454, 456/457, 459/460, 512/514 e 516/518).

É o relatório.

Cabível oposição em ação de instituição de servidão, sobretudo porque a justa e prévia indenização deve ser paga ao verdadeiro titular do terreno, que sofre restrição em seu direito de propriedade.

Esta demanda foi ajuizada em 22 de janeiro de 2001 pela SABESP para instituição de servidão de passagem em faixa de dois metros de largura por duzentos e sessenta de comprimento, a permitir obras de expansão da rede de esgoto em terreno situado entre as ruas Alcides Pallaz (Alcides Perazzolla) e Gilda Azevedo, bairro de Guaianazes, nesta Capital, ofertando-se o valor de R$ 18.849,34.

Acesso ao Sumário

Constatou-se que houve errônea indicação da transcrição imobiliária referente à área, identificando tratar-se da transcrição 55.098, em que constam como titulares João Antônio Santa Anna (ou Santana) e Francisco Antônio Santa Anna (fls. 96, 105 e 230/231 dos autos principais, e 157/158 do apenso).

Os herdeiros de João Antônio Santa Anna cederam seus direitos hereditários a João Fernandez Filho e João Reinoso Fernandez, por escritura pública lavrada em 27 de agosto de 1947, descrevendo a área (fls. 296/298).

Os mesmos herdeiros também cederam seus direitos a Sérgio Girotti e Sílvio Girotti, por escritura pública lavrada em 15 de dezembro de 1950, com expressa referência à transcrição 55.098 do 1º Registro de Imóveis da Capital

(fls. 278).

Diversamente do alegado pelo apelante Sérgio Girotti, a área objeto das duas cessões é a mesma, vizinha a outra área que já era de titularidade de João Fernandez Filho e João Reinoso Fernandez. A identidade é verificada porque em ambas há referência ao Ribeirão Aricanduva e ao Córrego da Cancela Velha, marcos utilizados pelo perito para precisar a área objeto da demanda.

Embora as descrições presentes nos autos sejam imprecisas, como anotado pelo perito, fica mais evidente que se trata da mesma área pela análise da antiga sentença em ação de imissão de posse movida por João Fernandez Filho contra herdeiros de João Antônio Santana, que não deixavam a área (fls. 302/303):

Não havia outros herdeiros com relação à dita área de terras, nem os herdeiros referidos apresentaram outros bens no inventário de João Antônio de Santana (declarações de fls. 8 verso, 9 e 10). Assim, não pode haver dúvida de que os herdeiros de João Antônio de Santana transmitiram aos Suplicantes os direitos hereditários que lhes cabiam na herança do "de cujus" mencionado, consistindo essa herança, unicamente, no sítio acima descrito.

De se concluir que ocorreu dupla cessão dos mesmos direitos hereditários, ambas por escritura pública. Como decidido pela sentença recorrida, prevalece a primeira cessão.

Até eventual divisão da área, que permanece una, é irrelevante sobre qual trecho da gleba incide a restrição, ou sequer se havia divisão convencional das posses, como alega o opoente.

A titularidade do terreno é partilhada igualmente entre Francisco Antônio Santana e João Antônio Santana, cujos direitos hereditários pertencem a João Fernandez Filho e José Reinoso Fernandez, também em partes iguais. Assim, cabe a Francisco Antônio Santana 50% da indenização, 25% a João Fernandez Filho, e 25% a José Reinoso Fernandez.

A alegação de posse contínua desde 1955 por João Fernandez Filho, José Reinoso Fernandez, e por seus sucessores, deve ser objeto de ação própria, sendo estranha a este feito.

A indenização foi fixada em valor suficiente para compensar os inconvenientes trazidos pela servidão de passagem, sendo adequado multiplicar o valor da faixa serviente pela fração de dois terços por se tratar de área urbana (fls. 225/259).

Tratando-se de demanda para instituição de servidão, e não desapropriação, não cabe permitir transcrição da área para transferência de domínio, permissão que fica excluída da sentença.

Pelo exposto, **NEGA-SE** provimento aos recursos, com observação.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001821-69.2007.8.26.0624, da Comarca de Tatuí, em que são apelantes CLÓVES NEHRER, PREFEITURA MUNICIPAL DE TATUÍ e PRONTO SOCORRO MUNICIPAL DE TATUÍ, é apelado C.B.B..

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Recurso de Clóves Nehrer provido e da Municipalidade parcialmente provido, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16.016)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente), FERMINO MAGNANI FILHO e FRANCISCO BIANCO.

São Paulo, 5 de maio de 2015.

MARIA LAURA TAVARES, Relatora

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – Indenização por danos morais – Atendimento no Pronto Socorro Municipal – Autora erroneamente apontada como portadora de HIV – Anotação na ficha de atendimento da autora sem qualquer fundamento – Exame cujo resultado foi divulgado mais de duas semanas depois que indicou que a autora não possuía o vírus – Responsabilidade da Municipalidade pelo pagamento de indenização – Médico que não pode ser responsabilizado, ante a ausência de prova de que agiu com culpa – Valor da indenização bem fixado – Verba honorária bem fixada – Juros que devem observar o disposto no artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09 – Recurso de Clóves Nehrer provido e recurso da Municipalidade parcialmente provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação ajuizada por C.B.B. que pede indenização pelos danos morais suportados por ter sido erroneamente apontada como portadora de HIV quando foi atendida no Pronto Socorro local em 25.04.2006. Diz que estava com febre e que havia feito uma cirurgia de rim pouco tempo antes e que, após

algumas horas em observação e a realização de alguns exames, foi atendida pelo Dr. Clóves Nehrer, que a teria questionado, com a porta aberta e de forma agressiva, sobre ser portadora da síndrome da imunodeficiência adquirida (HIV/AIDS). Alega que foi encaminhada ao Hospital Modelo, na cidade de Sorocaba, onde se submeteu a novo exame de sangue e, cerca de quinze dias depois, recebeu o resultado confirmando que não possuía a doença.

A r. sentença de fls. 254/262, integrada pela decisão de fls. 277/282, julgou parcialmente procedente o pedido, para condenar os requeridos, solidariamente, ao pagamento de R$10.000,00 à autora, a título de danos morais, com correção monetária a partir da sentença e juros de mora de 1% ao mês desde a citação. A MMª. Juíza entendeu que foi demonstrado que, por equívoco dos funcionários do Pronto Socorro, a autora foi erroneamente apontada como portadora do vírus HIV, tratando-se de erro grosseiro, injustificável no caso dos autos, já que não havia sido realizado o exame para a verificação da existência de HIV. Condenou os requeridos ao pagamento das custas e honorários advocatícios, estes fixados em 15% sobre o total da condenação.

Foram opostos embargos de declaração pela Municipalidade (fls. 268/270) e pela autora (fls. 274/275). Os embargos opostos pela Municipalidade foram rejeitados e os opostos pela autora foram acolhidos (fls. 277/282).

O requerido Clóves Nehrer apresentou recurso de apelação a fls. 285/293 alegando, em síntese, que atendeu a autora no Pronto Socorro e que, após ter ela sido medicada e deixada em observação, notou a anotação "HIV" em sua ficha, o que fez com que o apelante lhe inquirisse se tinha ou não tal síndrome. Diz que o atendimento não foi feito com as portas abertas e que o companheiro da autora estava presente no atendimento. Aduz que o caso foi tratado com a discrição exigida pelo quadro clínico e que a anotação na ficha da autora foi realizada pela equipe de enfermagem, de forma que não pode ser responsabilizado. Sustenta que não houve negligência, imprudência ou imperícia e que a inquirição à paciente foi feita, pois, se fosse real a anotação, a medicação que estava sendo ministrada poderia fazer mal à autora. Em caso de manutenção da condenação, pede a redução do valor da indenização.

A Municipalidade apresentou recurso de apelação a fls. 301/313 sustentando, em síntese, que o Pronto Socorro Municipal de Tatuí é órgão municipal integrante da estrutura administrativa do Município de Tatuí, sendo desprovido de personalidade jurídica e, portanto, devendo ser excluído do polo passivo. No mais, diz que o Código de Defesa do Consumidor não é aplicável ao presente caso, por se tratar de atendimento gratuito prestado pelo SUS, e que o exame juntado pela autora com a inicial (hemograma) não é hábil a diagnosticar o vírus da AIDS. Aduz que os depoimentos das testemunhas foram contraditórios e não comprovam os fatos alegados pela apelada. Em caso de manutenção da condenação, pede a redução do valor da indenização e da verba honorária. Pede,

Acesso ao Sumário

ainda, que os juros sejam aplicados na forma do artigo 1°-F da Lei n° 9.494/97.

A autora apresentou contrarrazões a fls. 317/325.

É o relatório.

Pretende a autora obter indenização pelos danos morais que suportou por ter sido erroneamente apontada como portadora do vírus HIV.

Inicialmente, o Pronto Socorro Municipal deve ser excluído do polo passivo, por se tratar de órgão que integra a administração pública municipal, sem personalidade jurídica, respondendo a Municipalidade por eventuais danos causados a terceiros.

No mais, as provas dos autos demonstram que houve falha no serviço prestado pela Municipalidade.

A autora procurou o Pronto Socorro por estar com febre, tendo realizado cirurgia no rim alguns meses antes.

Ocorre, entretanto, que o documento de fl. 15 demonstra que foi feita a anotação "HIV" na ficha de atendimento da autora, sem que houvesse qualquer motivo para tal, uma vez que não havia sido realizado exame para diagnóstico da doença e que a autora não havia declarado nada nesse sentido. Em razão dessa anotação equivocada, o próprio requerido Dr. Clóves Nehrer admite que inquiriu a autora quanto a ser portadora da doença, o que foi por ela negado. Não foi realizado no Pronto Socorro qualquer exame para verificação da existência de HIV, não se tratando de caso em que o exame teria apontado "falso positivo". O equívoco decorreu única e exclusivamente da anotação equivocada e inexplicável da sigla "HIV" na ficha da autora.

Após o ocorrido, a autora realizou exame de sangue no Hospital Modelo e o resultado, divulgado mais de duas semanas depois, indicou que a autora não era portadora do vírus.

É evidente a angustia e dor daquele que é apontado como portador do vírus HIV e que somente mais de duas semanas depois tem a confirmação de que não possui a doença.

A responsabilidade da Municipalidade, no caso, é objetiva, nos termos do parágrafo 6° do artigo 37 da Constituição Federal:

> ***§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.***

Esta é a lição sempre lembrada de Hely Lopes Meirelles *in* "Direito Administrativo":

> ***"O § 6º do art. 37 da CF seguiu a linha traçada nas Constituições anteriores e, abandonando a privatística*** **teoria subjetiva da**

culpa, ***orientou-se ela doutrina do Direito Público e manteve a*** **responsabilidade civil objetiva da Administração,** ***sob a modalidade do*** **risco administrativo.** ***Não chegou, porém, aos extremos do risco integral. É o que se infere do texto constitucional e tem sido admitido reiteradamente pela jurisprudência, com apoio na melhor doutrina, como veremos a seguir.***

Dispõe o § 6º do artigo 37: "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."

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 de culpa no cometimento da lesão." **(Malheiros Editores – 32ª edição – pág. 652/653).**

Demonstrado o nexo causal entre a conduta dos prepostos da requerida e os danos sofridos pela autora, mostra-se correta a condenação da Municipalidade ao pagamento de indenização.

O médico que atendeu a autora, Dr. Clóves Nehrer, por outro lado, não pode ser responsabilizado. As alegações da autora, de que ele teria realizado o atendimento com as portas abertas e de forma agressiva, não restaram cabalmente comprovadas. Ademais, não foi demonstrado que o evento decorreu de culpa de Clóves Nehrer, havendo indícios de que tenha ocorrido por culpa da equipe de enfermagem, que teria feito a anotação equivocada na ficha de atendimento da autora.

A responsabilização no médico, no caso, depende de comprovação de que ele agiu com culpa, prova que competia à autora, nos termos do artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil, e da qual ela não se desincumbiu satisfatoriamente.

Assim, deve ser rejeitado o pedido inicial em relação ao requerido Clóves Nehrer.

Demonstrada a responsabilidade da Municipalidade, passa-se à análise do dano moral suportado pela autora e do *quantum* indenizatório arbitrado.

É evidente o dano moral suportado pela apelada com a indicação de ser portadora do vírus HIV, especialmente quando essa indicação não possuía qualquer fundamento, decorrendo de erro grosseiro por parte dos agentes do Pronto Socorro.

A sentença recorrida fixou o valor da indenização por danos morais em R$10.000,00 e esse montante deve ser mantido, uma vez que é adequado para

Acesso ao Sumário

compensar a dor suportada pela autora, em razão dos danos suportados, e atende ao binômio de compensação da dor suportada, além de reprimir desagradáveis condutas similares por parte da Municipalidade, sem que seja fonte de enriquecimento sem causa por parte da autora.

A obrigação de reparação pecuniária deve corresponder à extensão do dano que a autora suportou, de forma que é necessária a fixação de um valor com caráter retributivo-compensatório da dor e tribulação suportada pela autora.

Assim, deve ser mantida a condenação da Municipalidade ao pagamento da indenização fixada na r. sentença.

Em relação aos juros moratórios, entretanto, deve ser provido o recurso da Municipalidade. Os juros devem ser calculados nos termos do artigo 1°-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei n° 11.960/09, uma vez que a declaração de inconstitucionalidade da Lei n° 11.960/09 se restringiu ao critério para cálculo da correção monetária, não atingindo a forma de cálculo dos juros moratórios.

Em relação à Municipalidade a verba honorária foi bem fixada em 15% do valor da condenação, em atendimento ao disposto no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, combinado com o § 3º, alíneas *a, b* e *c*, do mesmo dispositivo, de forma que deve ser mantida.

Anoto que, ante a sucumbência da autora em relação ao requerido Clóves Nehrer, fica ela condenada ao pagamento dos ônus sucumbenciais em relação a ele, incluindo honorários advocatícios que fixo em R$1.000,00, nos termos do artigo 20, §§3° e 4° do Código de Processo Civil.

Pelo exposto, pelo meu voto, dou provimento ao recurso do requerido Clóves Nehrer, para rejeitar o pedido inicial em relação a ele, e dou parcial provimento ao recurso da Municipalidade, apenas para excluir o Pronto Socorro do polo passivo e alterar a forma de cálculo dos juros moratórios.

Eventuais recursos que sejam apresentados deste julgado estarão sujeitos a julgamento virtual. No caso de discordância esta deverá ser apresentada no momento da apresentação de referidos recursos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0018332-88.2012.8.26.0068, da Comarca de Barueri, em que é apelante INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS, é apelado CLEUSA DA SILVA SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 16ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça

de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram deserta a apelação do INSS; mantiveram a sentença de procedência em sede do reexame necessário com observações. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.567)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VALDECIR JOSÉ DO NASCIMENTO (Presidente) e JOÃO NEGRINI FILHO.

São Paulo, 10 de fevereiro de 2015.

LUIZ DE LORENZI, Relator

Ementa: ACIDENTÁRIA - APELAÇÃO INTERPOSTA PELO INSS - AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO DO PORTE DE REMESSA E RETORNO - IMPOSIÇÃO DA LEI ESTADUAL 11.608/03 - DESERÇÃO.

"A ausência de comprovação do recolhimento do porte de remessa e retorno previsto pela Lei 11.608/03 obsta o processamento da apelação interposta pelo INSS nas lides acidentárias".

ACIDENTÁRIA - PENSÃO POR MORTE ACIDENTÁRIA - UNIÃO ESTÁVEL DA AUTORA COM O SEGURADO FALECIDO CONFIGURADA - BENEFÍCIO DEVIDO.

"Incontroversa a causa acidentária da morte do segurado e demonstrado que a autora mantinha com ele união estável, de rigor a concessão de pensão por morte na forma da legislação vigente. Os valores em atraso serão apurados na forma da Lei 8.213/91 com atualização pelo IGP-DI e acrescidos de juros de mora (estes à base mensal conforme Lei 11.960/09), adequando-se, no que couber, a modulação que advier do Supremo Tribunal Federal por força do julgamento da ADI 4.357. A renda mensal a ser implantada será reajustada pelos índices de manutenção".

Apelação do INSS julgada deserta; sentença de procedência mantida em sede do reexame necessário com observações.

VOTO

Cleusa da Silva Santos move a presente ação em face do INSS objetivando,

Acesso ao Sumário

em síntese, a concessão de pensão por morte acidentária sob o argumento de que, na condição de companheira, era dependente do Segurado Waldir Emídio da Silva que falecera no dia 23.03.1993 em decorrência de acidente de trabalho.

Citado, o INSS ofertou contestação refutando, em resumo, a pretensão deduzida por não comprovação da união estável e, consequentemente, da qualidade de dependente (fls. 31/38).

Colheu-se o depoimento de uma testemunha (fls. 76).

Sobreveio a r. sentença que julgou procedente o pedido inicial para condenar o INSS a pagar à autora pensão por morte acidentária, no valor de um salário mínimo, a partir da data do requerimento administrativo, com juros e correção sobre os valores em atraso, além de honorários advocatícios fixados em 15% sobre o montante até então vencido. Deferiu-se tutela antecipada para a imediata implantação do benefício. Determinou o Juízo a remessa dos autos a esta Instância para o reexame necessário (fls. 79/81).

Inconformado, apela o INSS pugnando, preliminarmente, além da revogação da tutela antecipada, pela anulação do julgado por que: a) não se observou na hipótese a existência de litisconsórcio passivo na medida em que a pensão já vem sendo paga aos filhos do *de cujus*; b) não foi ele, INSS, intimado na pessoa do seu Procurador para a audiência de inquirição da testemunha. No mérito, aduz, em suma, inexistir prova, nos termos do artigo 1º da Lei 9.278/96, da união estável entre a autora e o segurado falecido de modo a autorizar a concessão de pensão por morte. Subsidiariamente, pede: a) alteração do termo inicial do benefício para a partir da data de cessação do benefício que vem sendo pago aos dependentes ou, alternativamente, que seja a pensão desdobrada para a inclusão da ora apelada; b) observância da Lei 11.960/09 no tocante aos juros de mora e à correção monetária; c) redução da verba honorária (fls. 90/104).

A autora ofereceu resposta (fls. 111/116).

É o relatório, adotado no mais o da r. sentença.

Considerados o recurso voluntário e o reexame necessário, passo a decidir.

1) Da apelação do INSS.

A apelação autárquica (protocolada no dia 18.09.2013 - fls. 90) veio desacompanhada do recolhimento do porte de remessa e retorno em desacordo com o comando da Lei Estadual nº 11.608, de 29 de dezembro de 2003, o que, efetivamente, configura deserção.

Não se desconhece que tal diploma legal, ao disciplinar a taxa judiciária em nosso Estado Bandeirante, assentou no seu artigo 6º que as Autarquias Federais estão isentas da taxa judiciária.

Todavia, essa mesma Lei, no inciso II do artigo 2º, posiciona expressamente que na taxa judiciária não se incluem "... *as despesas com o porte de remessa e*

Acesso ao Sumário

de retorno dos autos, no caso de recurso, cujo valor será estabelecido por ato do Conselho Superior da Magistratura".

Considerando ser a taxa espécie de tributo e que a despesa de porte de remessa e de retorno corresponde a mero custo de transporte que com ela não se confunde, firmou-se o entendimento nas Câmaras acidentárias desta Corte no sentido de que compete à Autarquia apelante recolhê-la no ato de interposição do recurso.

Como assim não procedeu o INSS, ficou a apelação interposta desprovida de requisito legal essencial ao juízo de sua admissibilidade.

De rigor, pois, o decreto de deserção.

2) Do reexame necessário.

Em sede do reexame necessário o desfecho dado à demanda não comporta modificação.

Anoto, de plano, inexistir no caso concreto controvérsia acerca do caráter acidentário da pensão postulada na medida em que, ante o óbito do segurado, a Previdência efetivamente deferiu benefício administrativamente dessa espécie ao dependente cadastrado (ver documento às fls. 26).

No mais, da análise do conjunto fático e probatório dos autos extrai-se, sem margem à dúvida, que a autora era, de fato, companheira do segurado falecido na medida em que, se não bastasse a segurança da prova testemunhal colhida, teve reconhecida tal situação judicialmente (ver fls. 17/20 e 76).

Logo, tenho que bem solucionou a controvérsia a r. sentença ao deliberar pela concessão de pensão por morte na forma delineada, observado, se o caso, o desdobramento da renda com eventual outro dependente se ainda beneficiado.

Não obstante, o julgado comporta os seguintes ajustes:

a) Do abono anual.

É devido o abono anual à autora por força da expressa imposição legal (artigo 40, "caput" e parágrafo único, da Lei 8.213/91).

b) Da apuração do débito.

Cumpre-me observar, para melhor direcionar a futura execução, que eventuais valores em atraso serão corrigidos monetariamente pelo IGP-DI **(não se cogita de aplicação da Taxa Referencial (TR) na hipótese por força do julgado do Supremo Tribunal Federal que, em sede da ADI 4.357, expressamente declarou inconstitucional a adoção do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança como fator de correção dos débitos a serem adimplidos pela Fazenda Pública)**, com acréscimo de juros de mora contados a partir da citação (27.04.2012 - fls. 30) de uma só vez sobre o *quantum* até aí devido e, após, mês a mês de modo decrescente, **à base mensal conforme, neste aspecto (porque não alterado em sede da aludida ADI), a**

Acesso ao Sumário

disciplina da Lei 11.960/09.

A conta a ser elaborada deverá seguir estritamente a forma da Lei 8.213/91, ou seja, com cálculo mês a mês de cada parcela devida, partindo-se da renda mensal inicial devidamente reajustada pelos índices de manutenção no decorrer do tempo.

Registro, contudo, levando-se em conta a posição reformulada por esta Câmara acerca da eficácia da declaração de inconstitucionalidade da Lei 11.960/09 e da Emenda Constitucional nº 62 imposta pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 4.357, cujos efeitos ainda não foram publicados, que, conquanto ora definido o indexador para a atualização dos valores em atraso, à época da apuração os cálculos correspondentes deverão adequar-se, no que couber, a modulação que advier daquela Corte Suprema acerca do assunto em apreço.

Ante o exposto, pelo meu voto, julgo deserto a apelação do INSS e, em sede do reexame necessário, mantenho a r. sentença com as observações supra.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0111745-79.2007.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante BENEDITO PASSOS DE BRITO, é apelado INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS.

ACORDAM, em 16ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13.348)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores VALDECIR JOSÉ DO NASCIMENTO (Presidente sem voto), LUIZ DE LORENZI e CYRO BONILHA.

São Paulo, 14 de abril de 2015.

LUIZ FELIPE NOGUEIRA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Acidente do Trabalho – Execução – Diferenças de precatório – Critérios utilizados na conta original – Manutenção – Pagamento do principal por meio de RPV – Ultrapassado o prazo legal de 60 dias – Imposição de juros de mora até o

depósito – Possibilidade.
Recurso provido.

VOTO

RELATÓRIO.

Apelo do exequente contra a r. sentença de fl. 175/verso que, em ação acidentária, em fase de execução, extinguiu o feito, com base no art. 794, I, do CPC (obrigação satisfeita), determinando o pagamento de diferenças reconhecidas pelo INSS, no importe de 517,97, por RPV, sob o fundamento de que os valores devidos foram requisitados e pagos dentro do prazo constitucional, ao passo que o cálculo da contadoria aplicou juros e correção conforme parâmetros estabelecidos no v. acórdão.

O apelante alega que, no cálculo da contadoria judicial houve alteração dos parâmetros que nortearam a conta de liquidação, adotando-se a TR como índice de atualização e juros de mora de 0,5% ao mês, nos termos da Lei nº 11.960/09, o que não pode ser admitido por modificar ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Nessa linha, pretende sejam observados os parâmetros fixados na conta ofertada pelo INSS, bem como a incidência de juros de mora até a inscrição do precatório, acolhendo-se o cálculo diferenças ofertando, no valor de R$ 1.718,17 (fls. 178/181).

Sem contrarrazões, conforme certificado às fls. 183/verso.

FUNDAMENTO E DECIDO.

Logra êxito a pretensão recursal.

Julgada procedente a lide acidentária o INSS apresentou conta de liquidação, relativa às prestações em atraso, no período compreendido entre 27.03.2008 a 31.12.2011, no total de R$ 16.228,86 (fls. 119/12).

Instado a se manifestar, o exequente concordou com o cálculo apresentado pelo ente público (fl. 135), sendo, a seguir, determinada a expedição da RPV para pagamento da quantia homologada (fl. 139).

Houve então a expedição do ofício de requisição de pagamento, o qual foi recebido pela autarquia em 29.05.2012 (fl. 141).

O valor requisitado foi depositado em 24.10.2012, conforme revelam os comprovantes anexados às fls. 142/143.

Em seguida, o autor apresentou conta de diferenças, no importe de R$ 1.718.17 (fls. 149), aplicando INPC/IGP-DI, até a inscrição do precatório, e, após, IPCA-e, além de juros de mora de 1% ao mês, até o pagamento, ante o descumprimento do prazo previsto na Lei nº 10.099/00 cc Lei nº 10.259/01.

Elaborada a conta pela Contadoria Judicial, esta apurou diferenças em favor do exequente, no importe de R$ 517,97, também aplicando correção

Acesso ao Sumário

monetária, pelo IGP-DI + INPC, até a inscrição do precatório e, após, IPCA-e, mais juros, até o pagamento, a base de 0,5% ao mês (fls. 168/169).

E, diante da concordância do INSS, através do r. *decisum* recorrido, o valor apurado pela Contadoria Judicial foi homologado, determinando-se o seu pagamento, e extinguindo-se a execução, conforme art. 794, do CPC.

Recorre o autor, alegando a impossibilidade de modificação dos critérios estabelecidos na conta original apresentada pelo executado.

Assiste razão ao apelante.

Quanto aos juros de mora, observo que o cálculo do valor principal, ofertado pelo próprio INSS, realmente, aplicou juros de mora à base de 1% ao mês, afastando a incidência do percentual fixado na Lei nº 11.960/09, já em vigor.

Logo, na apuração de diferenças da RPV, o critério utilizado na conta original deverá ser mantido, não cabendo, neste momento, reabrir discussão sobre o mesmo tema, em homenagem a segurança jurídica e sob pena de ofensa à coisa julgada.

Portanto, **prevalecem juros de mora a base de 1% ao mês**, em conformidade com a conta principal, devidamente homologada.

Passando ao período de incidência dos juros, conquanto o apelante tenha sustentado, nas razões do recurso, o cômputo no período que medeia a conta e a expedição do precatório, de outro modo, requereu a homologação das diferenças por ele apuradas, mediante o computado juros até o pagamento, ante a inobservância do limite legal de sessenta dias.

Realmente, verifica-se que, entre a data do recebimento do ofício requisitório (29.05.2012) e a do efetivo depósito do valor executado mediante RPV (24.10.2012), foi extrapolado o prazo de sessenta dias, previsto na Lei nº 10.099/2000 cc art. 17, da Lei nº 10.259/01.

Diante dessas circunstâncias, entendo admissível a incidência dos juros moratórios, até o pagamento, conforme conta elaborada pelo exequente, por aplicação analógica à regra dos precatórios.

Acesso ao Sumário

Tal orientação já foi adotada nesta c. 16ª Câmara, conforme recentes julgados:

> *EXECUÇÃO ACIDENTÁRIA – REQUISIÇÇÃO DE PEQUENO VALOR – PAGAMENTO APÓS O PRAZO PREVISTO – INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA EM CONTINUIDADE ATÉ A DATA DO DEPÓSITO – ADMISSIBILIDADE. Ultrapassado o prazo previsto para o pagamento do débito acidentário requisitado via RPV, impõe-se o cômputo de juros de mora em continuidade sobre o montante principal requisitado, considerando o período entre o termo final do cálculo de liquidação e a data do depósito efetivado. (Agravo de Instrumento – TJSP – 16ª Câm.*

Rel. Luiz de Lorenzi – j. 28.01.2014).

Execução acidentária. Pagamento por meio de RPV. Quitação ocorrida fora do prazo legal de 60 dias. Juros da mora devidos de forma contínua por todo período. Aplicação analógica da regra dos precatórios. Juros devidos da data do vencimento até o pagamento. Sentença de extinção da execução reformada. Recurso provido (Ap s/ Rev. 0009604-50.2005.8.26.0053 – TJSP – 16ª Câm. Rel. Valter Alexandre Mena – j. 13.05.2014)

A propósito, na hipótese, a autarquia concordou com a conta elaborada pela Contadoria Judicial (fl. 168/169), na qual também foram computados juros até o pagamento, de modo que tal critério deverá ser mantido.

Por fim, passando à correção monetária, neste ponto o apelante também alega a impossibilidade de alteração dos critérios de correção monetária, utilizados na conta original, devidamente homologada.

No caso, observo que a conta original utilizou os índices de correção pelo INPC, por todo o período (27.03.2008 a 31.12.2011), de modo que, na apuração de eventuais diferenças da RPV, tal índice deve ser mantido, até a homologação da conta.

Contudo, esse entendimento não afasta a necessidade de adoção dos índices cabíveis, após a conta, consoante a Lei de Diretrizes Orçamentárias.

Na hipótese, observo que, tanto na conta de diferenças apresentada pelo exequente (fl. 149), como na elaborada pela contadoria judicial, com a qual o INSS concordou (fl. 169), foi utilizado o IPCA-e, após a inscrição e até o pagamento, de modo que referido índice deverá prevalecer.

Inexistindo, nos autos, qualquer outra alegação, o demonstrativo apresentado à fl. 149 merece ser acolhido, afastando-se a extinção da execução, para prosseguimento nos termos homologados.

Assim sendo, afasto a extinção da execução e homologo o cálculo de fl. 149.

POSTO ISTO, pelo meu voto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso, homologando o cálculo de diferenças apresentado pelo exequente, determinando o prosseguimento da execução.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001618-64.2013.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante NIVALDO GONÇALVES DE SOUZA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Acesso ao Sumário

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 19.285)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MARIA OLÍVIA ALVES (Presidente), EVARISTO DOS SANTOS e LEME DE CAMPOS.

São Paulo, 27 de abril de 2015.

MARIA OLÍVIA ALVES, Relatora

Ementa: APELAÇÃO – Mandado de Segurança – Cômputo de tempo de serviço rural – Contagem recíproca – Ausência de contribuição ao INSS – Improcedência – Pretensão de reforma – Possibilidade – Trabalho prestado antes de 24/07/1991 – Desnecessidade de recolhimento para fins de contagem recíproca – Inteligência do art. 55, § 2º, da Lei Federal nº 8.213/91 – Precedentes – Provimento da apelação.

VOTO

Trata-se de ***mandado de segurança*** impetrado por ***Nivaldo Gonçalves de Souza*** contra o ***Estado de São Paulo***, com o objetivo de obter a averbação do tempo de serviço prestado em atividade rural, sem a necessidade de contribuição, do período correspondente a 02/07/1983 a 24/07/1991.

Conforme sentença de fls. 77/79, a segurança foi denegada.

Inconformado, apela o ***autor*** e insiste na inversão do julgamento. Alega, em síntese, que o seu tempo de serviço como trabalhador rural foi reconhecido pelo TRF-3. Afirma que, conforme disposto no art. 55, § 2º, da Lei nº 8.23/91, o tempo de serviço prestado antes da vigência da lei, é computado independentemente das contribuições. (fls. 83/89).

Foram apresentadas contrarrazões pelo Estado (fls. 93/98).

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso e lhe dou provimento.

Respeitado o entendimento do MM. Juiz de primeiro grau, era o caso de concessão da segurança.

Extrai-se dos autos que o autor teve o seu tempo de trabalho rural, prestado de 02/07/1983 a 24/07/1991, reconhecido para todos os fins, pelo TRF da 3ª Região, em decisão já transitada em julgado (fls. 11/18).

Acesso ao Sumário

Conforme o que restou decidido, o INSS expediu a correspondente Certidão de Tempo de Contribuição (fl. 30).

Entretanto, realizado pelo autor o pedido administrativo de averbação do tempo de serviço, este foi indeferido, sob o fundamento de que, para a compensação previdenciária, seria necessária a indenização do período a ser computado (fl. 38).

Com efeito, a contagem recíproca de tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada, para fins de aposentadoria, é garantida pela Constituição Federal, como se vê:

> ***Art. 201, § 9º: Para efeito de aposentadoria, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diversos regimes de previdência social se compensarão financeiramente, segundo critérios estabelecidos em lei.***

Da mesma forma, a Constituição Estadual prevê:

> ***Artigo 132 – Os servidores titulares de cargos efetivos do Estado, incluídas suas autarquias e fundações, desde que tenham completado cinco anos de efetivo exercício, terão computado, para efeito de aposentadoria, nos termos da lei, o tempo de contribuição ao regime geral de previdência social decorrente de atividade de natureza privada, rural ou urbana, hipótese em que os diversos sistemas de previdência social se compensarão financeiramente, segundo os critérios estabelecidos em lei.***

Por outro lado, se o tempo de serviço do trabalhador rural for anterior à vigência da Lei Federal nº 8.213/91, ou seja, 24/07/1991, deve ser computado independentemente do recolhimento das contribuições correspondentes, como dispõe o seu art. 55, § 2º:

> ***Artigo 55, § 2º: O tempo de serviço do segurado trabalhador rural, anterior à data de início de vigência desta Lei, será computado independentemente do recolhimento das contribuições a ele correspondentes, exceto para efeito de carência, conforme dispuser o Regulamento.***

Portanto, reconhecido o tempo de serviço do impetrante, prestado em período anterior à data de vigência da supramencionada lei, não há que se falar em indenização do período a ser computado, sob pena de lesão a direito líquido e certo.

Nesse sentido, já julgou este Egrégio Tribunal:

Apelação Cível - Administrativo e Previdenciário Policial Militar - Cômputo de período de trabalho rural - Sentença de improcedência - Recurso do autor - Provimento de rigor. 1. É possível a contagem

Acesso ao Sumário

recíproca de tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada para efeito de aposentadoria - Inteligência do art. 201, §9º, da Constituição Federal. 2. Certidão de Tempo de Contribuição expedida pelo INSS em cumprimento de decisão do TRF-3ª Região - Contagem de tempo de trabalho rural para efeito de contagem recíproca – Admissibilidade - Direito à contagem recíproca com compensação financeira a ser resolvida entre o Estado e INSS - Precedentes. 3. Ônus de sucumbência invertidos - R. Sentença reformada - Apelação provida.

(Apelação nº 0004227-93.2014.8.26.0664. Rel. Des. Sidney Romano dos Reis. 6ª Câmara de Direito Público. j. 03/11/2014)

DIREITO ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA COM PEDIDO LIMINAR - POLICIAL MILITAR - CONTAGEM DE TEMPO PRESTADO NO ÂMBITO PRIVADO - RECONHECIMENTO DESTE TEMPO PELO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO - DESCONSIDERAÇÃO - SUPERVENIENTE ILEGALIDADE - EXISTÊNCIA DO DIREITO - O tempo de serviço do autor prestado na atividade rural reconhecido por certidão para uso na administração pública. Contagem recíproca - Admissibilidade, pois se o tempo de serviço segundo o trabalhador rural for anterior à vigência da lei n. 8213/91, é destinado o regime próprio da Previdência Social, descabido o recolhimento das construções a ele correspondentes - Ademais, no momento da obtenção da certidão não foi exigido o recolhimento, sendo incabível exigência posterior neste sentido - Mudança de interpretação não pode ferir direito adquirido - Sentença reformada - Recurso provido.

(Apelação nº 0043106-67.2011.8.26.0053. Rel. Des. Xavier de Aquino. 1ª Câmara de Direito Público. j. 13/08/2013)

Assim, de rigor a reforma da r. sentença para conceder a segurança pleiteada, condenado o réu a averbar no prontuário do autor o tempo de serviço constante da certidão expedida pelo INSS.

Em razão da inversão do julgamento, fica a apelada condenada somente ao eventual reembolso das despesas efetuadas pela parte contrária, face à isenção prevista no artigo 6º da Lei Estadual nº 11.608/2003.

Incabível a condenação em honorários advocatícios, nos termos do art. 25 da Lei do Mandado de Segurança e da Súmula 512 do E. STF.

Ante o exposto, pelo meu voto, ***dou provimento à presente apelação.***

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0521821-69.2007.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE GUARULHOS, é apelado IMOB. E CONSTR. CONTINENTAL LTDA..

ACORDAM, em 18ª 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 20.042)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BEATRIZ BRAGA (Presidente) e WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI.

São Paulo, 16 de abril de 2015.

ROBERTO MARTINS DE SOUZA, Relator

Ementa: APELAÇÃO – Execução fiscal – IPTU dos exercícios de 1997 a 2006 – Sentença que extinguiu o processo reconhecendo a prescrição.

PROTESTO JUDICIAL – Causa interruptiva da prescrição – Inadmissibilidade – Ausência das hipóteses do art. 870 do CPC – Protesto judicial que não suspende prazo prescricional – Precedentes do STJ.

PRESCRIÇÃO PARCIAL – Exercícios de 1997 a 2002 – Ajuizamento da ação ocorrido tardiamente – Inteligência do artigo 174, *caput* do CTN – Aplicação da Súmula 409 do C. STJ. Sentença mantida nessa parte.

EXERCÍCIOS de 2003 a 2006 – Ação proposta na vigência da LC n.º 118/05, que alterou a redação do art. 174, parágrafo único, I, do CTN – Despacho ordenatório da citação como marco interruptivo que não foi exarado – Ação proposta dentro do prazo prescricional – Prescrição afastada – Prequestionamento – Desnecessidade de menção expressa a dispositivos legais – Sentença reformada para determinar o prosseguimento da execução com relação aos créditos de 2003 a 2006 – Recurso parcialmente provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelação interposta pela **Prefeitura Municipal de Guarulhos** contra a r. sentença de fls.04/07 que julgou, liminarmente, extinta a execução fiscal ajuizada pela apelante contra **Imob. e Constr. Continental Ltda**. , em razão de créditos tributários oriundos de IPTU dos exercícios de 1997 a 2006, no valor de **R$ 4.748,86**, fundada a extinção na ocorrência da prescrição, nos termos do art. 174, do CTN, c.c. o art. 269, IV do CPC.

Busca a apelante, nas razões de fls. 12/17, a reforma da r. decisão sustentando, em síntese: a) inocorrência da prescrição, porquanto a ação de execução teria sido ajuizada dentro do lustro legal (art. 174, '*caput*', do CTN); b) o ajuizamento da ação teria interrompido o prazo prescricional da ação executória, nos termos art. 174, parágrafo único do CTN; c) a demora na tramitação do feito não se deu por culpa da exequente, sendo aplicável, ao caso, a Súmula 106 do STJ, bem como a regra do artigo 219, § 1.º do CPC; d) a utilização do protesto pela Fazenda Pública visando à interrupção da prescrição encontra respaldo no art. 867 e seguintes do CPC c.c. art. 174, § único, II do CTN; e) o art. 870 do CPC prevê as hipóteses de intimação por edital. Pede provimento do recurso determinando o prosseguimento da execução fiscal. Prequestiona a matéria perante Corte Superior.

Recurso recebido (fl.18), sem apresentação das contrarrazões, pois não formada a relação processual.

É o relatório.

Trata-se de execução fiscal proposta pelo **Município de Guarulhos** contra **Imob. e Constr. Continental Ltda.**, em razão de créditos tributários relativos ao IPTU dos exercícios de 1997 a 2006 (cf. CDA de fl.03).

Primeiramente, anoto que na inicial (fl. 02) consta que os exercícios de 1995 a 2000 foram regularmente protestados, nos termos do art. 174, § único, inciso II, do CTN, entretanto, a presente ação de execução engloba exercícios de 1997 a 2006 (cf. CDA fl. 3), restringindo a análise do recurso apenas a estes exercícios.

Acesso ao Sumário

No mais, a justificativa sufragada pela Municipalidade para a utilização do protesto como causa interruptiva da prescrição, consoante art. 174, II, do CTN, é inadmissível, na medida em que a executada era empresa certa e conhecida, assim como seu endereço, não estando presentes as hipóteses constantes do art. 870 do CPC.

É a posição do C. Superior Tribunal de Justiça:

"Processual Civil e Tributário. Protesto Judicial. Citação por edital. Inobservância das hipóteses previstas no art. 870 do CPC. Súmula 7/STJ. Interrupção. Prescrição. Não ocorrência. 1. A jurisprudência

do STJ é firme no sentido de que os contribuintes devem ser citados pessoalmente em ação de protesto judicial. A citação por edital só seria permitida desde que esgotadas as outras modalidades de citação (pessoal e via postal). 2. O Tribunal de origem decidiu ser incabível o protesto judicial, em razão da ausência das hipóteses autorizadoras da medida pleiteada, previstas no art. 870 do CPC. A revisão desse entendimento implica reexame de fatos e provas, obstado pelo teor da Súmula 7/STJ. 3. O protesto judicial, a intimação dos devedores por edital é insuficiente para interromper o prazo prescricional, nos termos do art. 174, II, do Código Tributário Nacional. Precedentes do STJ. 4. Agravo Regimental não provido" (STJ, 2ª Turma, AgRg no Ag 1301068/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 05.08.2010).

Em inúmeras oportunidades, esta Corte assim se manifestou:

"Execução fiscal. Imposto Predial e Territorial Urbano. Prescrição. Ocorrência. Ação proposta na vigência da Lei Complementar nº 118/2005. Transcurso do prazo prescricional entre a constituição definitiva do crédito e o despacho ordinatório da citação. Art. 156, inc. V, c.c. o art. 174, ambos do Código Tributário Nacional. Protesto judicial como causa interruptiva da prescrição. Inadmissibilidade. Não configuração das hipóteses do art. 870 do CPC. Inaplicabilidade da Súmula 106 do STJ. Recurso improvido, decretada, de ofício, a prescrição do crédito lançado no exercício de 2002" (Agravo de Instrumento nº 0049422-61.2011.8.26.0000, TJSP, 18ª Câmara de Direito Público, Rel. Camargo Aranha Filho, j. 29/09/2011) - grifei.

"Interrupção da prescrição. Medida cautelar de Protesto. Intimação por Edital. Artigo 870 do Código de Processo Civil. Inobservância. Impossibilidade: Quando realizada por edital, sem observância das hipóteses autorizadoras do artigo 870 do Código de Processo Civil, a intimação em medida cautelar de protesto não tem a eficácia de interrupção da prescrição prevista no artigo 174, parágrafo único, inciso II, do Código Tributário Nacional. Honorários Advocatícios. Exceção de pré-executividade. Extinção parcial. Possibilidade. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça: É devida a fixação de verba honorária, diante do acolhimento parcial da exceção de pré-executividade, segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça. (Agravo de Instrumento nº 0195741-95.2011.8.26.0000, TJSP, 14ª Câmara de Direito Público, Rel. Osvaldo Palotti Junior, j. 22/09/2011 - grifei).

Com relação aos exercícios de 1997 a 2002, considerando que a partir do primeiro dia útil seguinte ao vencimento, o devedor estaria em mora, não havendo quitação do débito, possui o Fisco condições de cobrá-lo e, sendo a ação

Acesso ao Sumário

distribuída em 15/08/2007, conclui-se que a Municipalidade não agiu dentro do prazo prescricional a que alude o artigo 174, *caput*, do CTN que reza: **"*A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva*".**

Nos termos do artigo 142 do Código Tributário Nacional, o crédito tributário se constitui pelo lançamento, aperfeiçoando-se com a notificação, enquanto a inscrição da dívida é apenas a prática de ato administrativo unilateral que nada tem a ver com o termo a quo do prazo decadencial ou prescricional.

Cabe ainda frisar que, de acordo com entendimento dos integrantes desta C. Câmara, efetuado o lançamento do crédito tributário no dia 1.º de janeiro de cada ano, neste caso concreto nos exercícios de 1997 a 2006, com a distribuição da execução fiscal em 15/08/2007, já configuraria a prescrição, ou seja, quando da distribuição da execução a prescrição já havia fulminado o direito de ação.

Esse entendimento se baseia em que, se tratando de IPTU, cujo lançamento é efetivado de ofício e no dia 1.º de janeiro de cada ano, a notificação do lançamento é concretizada com o recebimento do carnê pelo correio, geralmente no início de cada exercício, nos termos do enunciado da Súmula 397 do C. STJ que reza: **"*O contribuinte de IPTU é notificado do lançamento pelo envio do carnê ao seu endereço*".**

Nessa esteira a jurisprudência do C. STJ: "**o termo inicial do prazo prescricional, em se tratando de IPTU, tributo sujeito a lançamento direto com vencimento previsto em lei, ocorre em primeiro de janeiro de cada ano**" (REsp 1046016/MS, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 14/10/2008, DJe 07/11/2008).

Dessa forma, quando proposta a ação, vez que não há notícia de qualquer motivo que houvesse determinado a interrupção do prazo prescricional, discutidos créditos já haviam sido atingidos pela prescrição quinquenal.

Logo, a prescrição referida no artigo 174 do Código Tributário Nacional está comprovada ante o tardio manejo da execução, em evidente desídia da exequente.

Com efeito, dispõe a Súmula 409 do STJ:

"Em execução fiscal, a prescrição ocorrida antes da propositura da ação pode ser decretada de ofício (art. 219, § 5.º, do CPC)".

Cabia à apelante, com mais zelo e vigilância, providenciar o ajuizamento da ação executiva dentro do prazo legal, pois o impulso oficial não é absoluto (art. 262, do CPC).

Ademais, o juiz pode reconhecer e declarar de ofício a prescrição, nos termos do art. 219, § 5.º, do CPC, com a redação conferida pela Lei n.º 11.280/06, sendo que, neste caso concreto, a sentença foi prolatada na vigência da lei nova.

Aliás, o advento da citada Lei n.º 11.280/06, modificou entendimento anterior da jurisprudência do C. STJ que ficou superado em face da nova redação do § 5.º, do art. 219, do CPC, que deve prevalecer sobre o anterior, relativamente ao § 4.º, do art. 40, da LEF.

A questão foi muito bem decidida em lúcido v. acórdão daquele sodalício, no sentido de reconhecer a prescrição de ofício, nas execuções fiscais, com sentença proferida após a entrada em vigor da Lei n.º 11.280/2006, aplicando-se o § 5.º, do art. 219, do CPC, **sem a necessidade da oitiva da Fazenda Pública.**

> **"(...) PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. FEITO PARALISADO HÁ MAIS DE 5 ANOS. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. DECRETAÇÃO DE OFÍCIO. ART. 219, § 5º, DO CPC (REDAÇÃO DA LEI Nº 11.280/2006). DIREITO SUPERVENIENTE E INTERTEMPORAL. '(....) 5. Porém, com o advento da Lei nº 11.280, de 16/02/06, com vigência a partir de 17/05/06, o art. 219, § 5º, do CPC, alterando, de modo incisivo e substancial, os comandos normativos supra, passou a viger com a seguinte redação: "O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição". 6. 'Id est', para ser decretada a prescrição de ofício pelo juiz, basta que se verifique a sua ocorrência, não mais importando se refere-se a direitos patrimoniais ou não, e desprezando-se a oitiva da Fazenda Pública. Concedeu-se ao magistrado, portanto, a possibilidade de, ao se deparar com o decurso do lapso temporal prescricional, declarar, ipso fato, a inexigibilidade do direito trazido à sua cognição.7. Por ser matéria de ordem pública, a prescrição há ser decretada de imediato, mesmo que não tenha sido debatida nas instâncias ordinárias. In casu, tem-se direito superveniente que não se prende a direito substancial, devendo-se aplicar, imediatamente, a nova lei processual.8. "Tratando-se de norma de natureza processual, tem aplicação imediata, alcançando inclusive os processos em curso, cabendo ao juiz da execução decidir a respeito da sua incidência, por analogia, à hipótese dos autos" (REsp nº 814696/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 10/04/2006).9. Execução fiscal paralisada há mais de 5 (cinco) anos. Prescrição intercorrente declarada. 10. Recurso improvido"** (REsp 855525/RS, 1.ª T., Rel. Min. José Delgado, j. 21/11/2006, DJ 18/12/2006).

Todavia, no que tange aos exercícios de 2003 a 2006, tendo em vista que a presente ação foi distribuída em 15/08/2007, ou seja, em data posterior à vigência da LC n.º 118/05, que alterou o inciso I, do parágrafo único, do art. 174 do CTN, não se configurou a prescrição até porque a sentença somente foi prolatada em 30/10/2012, não podendo ser responsabilizada a exequente pela demora.

Não foi exarado despacho ordenatório da citação, mas extinta liminarmente a execução fiscal.

Acesso ao Sumário

Cabe ainda ressaltar, repita-se, que a execução foi distribuída em 15/08/2007, mas os autos permaneceram paralisados em cartório, subindo à conclusão somente em **30/10/2012**, quando foi prolatada a sentença recorrida (cf. fls.04/07), ou seja, após mais de 5 anos após, fato imputável ao mecanismo do Judiciário, que não pode caracterizar prescrição.

Em suma, os créditos tributários de 2003 a 2006 não foram atingidos pela perda do direito da ação como demonstrado.

Diante de tais considerações, era forçoso reconhecer a prescrição dos créditos dos exercícios de 1997 a 2002, com base nos artigos 174, *caput* e 156, V, ambos do CTN, e do artigo 219, § 5.º, do CPC com a redação da Lei n.º 11.280/2006, e artigo 269, IV do mesmo código, o mesmo não ocorrendo com os exercícios de 2003 a 2006, cuja execução deve ter prosseguimento.

Quanto ao prequestionamento da matéria é cediço que não se exige a enumeração dos dispositivos legais.

Nesse sentido: **"STF - O prequestionamento para o RE não reclama que o preceito constitucional invocado pelo recorrente tenha sido explicitamente referente no acórdão, mas sim, que este tenha versado inequivocamente a matéria objeto da norma que nele se contenha" (STF-Pleno, RE 141.788/9-CE., rel. Min. Sepúlveda Pertence).**

Ante o exposto, **dá-se provimento parcial ao recurso** para reformar parcialmente a r. sentença afastando-se a prescrição dos créditos dos exercícios de 2003 a 2006, determinando-se o prosseguimento da execução fiscal no tocante a tais créditos, mantida, no mais, a r. sentença recorrida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1003733-18.2014.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante ADALBERTO LEITE CAVALCANTE, é apelado FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.069)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CARLOS VIOLANTE (Presidente sem voto), RENATO DELBIANCO e JOSÉ LUIZ GERMANO.

São Paulo, 12 de maio de 2015.

Acesso ao Sumário

VERA ANGRISANI, Relatora

Ementa: INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ROUBO. Ressarcimento moral e indenização patrimonial no tocante aos bens particulares subtraídos da residência do autor. Inadmissibilidade. Inexistência de omissão do poder público pelo roubo em si. Sentença mantida. Recurso conhecido e não provido.

VOTO

Trata-se de ação de indenização interposta por **ADALBERTO LEITO CAVALCANTE** em face da **FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, alegando, em síntese, que, foi vítima de roubo em sua residência, tendo sido subtraídos aparelhos eletrônicos e um veículo *Tucson*. Afirma que a Polícia Militar demorou para atender a ocorrência e, quando os policiais militares chegaram, não foram no encalço dos ladrões, sendo o veículo localizado posteriormente no Subdistrito de Nova Aparecida, carbonizado. Diz que alguns moradores das proximidades do local onde o veículo foi encontrado relataram terem comunicado o "190" assim que viram o veículo parado no local, ainda inteiro, sem que nenhuma viatura tenha se dirigido ao local. Entende que o Estado tem o dever de prover a segurança pública e que no caso dos autos restou comprovada a omissão estatal.

A r. sentença de fls. 132/135 julgou procedente em parte a ação, para condenar a ré a pagar ao autor, a título de indenização por danos materiais, referente ao veículo em questão, o valor de R$ 37.800,00, devidamente atualizado e acrescido de juros de mora. Em razão da sucumbência recíproca, cada parte arcará com os honorários de seu patrono.

Inconformado, apela o autor, requerendo a procedência total da ação, para que também sejam acolhidos os pedidos de dano moral e dano material relativo aos objetos pessoais roubados (fls. 141/145).

Recurso recebido (fls. 147) e respondido (fls. 149/160).

É o relatório.

Em primeiro, insta esclarecer que a inicial abrange dois fatos distintos, a saber, um referente à invasão de marginais na residência do autor, com a utilização de arma de fogo e a subtração de um veículo e alguns objetos pessoais; o outro, quanto à localização do veículo em bairro periférico de Campinas ainda intacto e, posteriormente, incendiado.

A r. sentença entendeu que apenas em relação ao segundo fato houve

Acesso ao Sumário

a omissão do Estado, ficando este condenado a ressarcir o valor de mercado do referido automóvel, com dedução de 10% devido a sua desvalorizando, afastando as demais pretensões do autor.

Nessa sede recursal, busca o autor/apelante o ressarcimento moral e a indenização patrimonial no tocante aos bens particulares subtraídos de sua residência por criminosos.

Sem razão.

É cediço que a teoria dominante na doutrina moderna quanto à responsabilidade do Estado é a objetiva, acolhida no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, onde somente há o dever de indenizar com a verificação do dano e do nexo de causalidade entre este e o comportamento do agente estatal, não dependendo do exame do elemento subjetivo por parte dos prepostos estatais.

Contudo, não é possível, com respaldo no que dispõe o art. 37, § 6º, da CF, afirmar ser o Estado o segurador universal, a fim de estabelecer nexo de causalidade entre o infortúnio noticiado nos autos (roubo na residência do autor) com a suposta omissão do Estado.

Assim, entendo de correção absoluta o raciocínio desenvolvido pela r. sentença, a partir dos elementos fáticos, quando concluiu pela inexistência de responsabilidade da Fazenda Estadual pelo roubo em si.

No caso dos autos, o infortúnio foi praticado por terceiros, que não têm qualquer ligação com o ente estatal, não sendo dele seu agente.

A responsabilidade do Estado por omissão só pode ser reconhecida se houver nexo de causalidade entre a falta do serviço e o evento. Em outro dizer, não há que se responsabilizar o Estado apenas porque, genericamente, sejam falhos os serviços de segurança, saúde, educação, dentre outros. A responsabilidade por omissão somente poderá ser reconhecida se demonstrado que, no caso particular, seus agentes deixaram de praticar atos que, razoavelmente, deles se podia exigir.

Segundo lição de Celso Antônio Bandeira de Mello: "É que, em princípio, cumpre ao Estado prover todos os interesses da coletividade. Ante qualquer evento lesivo causado por terceiro, como um assalto em via pública, uma enchente qualquer, uma agressão sofrida em local público, o lesado poderia sempre arguir que o serviço não funcionou. A admitir-se responsabilidade objetiva nestas hipóteses, o Estado estaria erigido a segurador universal! Razoável que respondas por lesão patrimonial da vítima de um assalto, se agentes policiais relapsos assistiram à ocorrência inertes e desinteressados ou se alertados a tempo de evitá-la omitiram-se na adoção de providências cautelares. (...) Faltando, entretanto, este cunho de injuridicidade, que advém do dolo, ou da culpa tipificada na negligência, na imprudência ou na imperícia, não há que se cogitar de responsabilidade pública".[1]

Acesso ao Sumário

1 Ato Administrativo e Direito Administrativo. São Paulo: RT, 1981, p. 147.

Ora, o texto constitucional brasileiro prevê a responsabilidade objetiva do Estado, todavia, para que se verifique, os danos ensejadores do ressarcimento devem ter sido causados por agentes públicos. Se não forem eles os causadores, se incorreram em omissão e adveio dano para terceiros, a causa lesiva é outra: não decorre do comportamento do agente. Terá sido propiciada por eles. A omissão haverá condicionado sua ocorrência, mas não a causa. Daí não há se cogitar, neste caso, da responsabilidade objetiva.

Ademais, o legislador constituinte só cobriu o risco administrativo da atuação ou inação dos servidores públicos, não responsabilizou objetivamente a Administração por atos predatórios de terceiros, nem por fenômenos naturais que causem danos aos particulares.

In casu, os atos ilícitos foram praticados por terceiros, mostrando-se inadmissível exigir que o Estado colocasse um agente em cada residência ou rua, por exemplo, para evitar eventual roubo. Não se configurou, portanto, a alegada omissão estatal que poderia gerar direito à indenização reclamada no apelo. O Estado propicia aos cidadãos uma proteção geral, colocando seus policiais em ronda nas cidades para, com essa ação preventiva, evitar a prática de crimes. No entanto, é óbvio, que em nenhum lugar do mundo o resultado será sempre satisfatório, pois impossível a presença permanente de agentes da ordem em todas as vias públicas e em todos os horários. Nem por isso, é claro, poder-se-ia falar em omissão do Estado quando algum delito for cometido.

Em síntese, haverá omissão específica quando o Estado, por omissão sua, crie a situação propícia para a ocorrência do evento em situação em que tinha o dever de agir para impedi-lo. Na espécie, a Polícia Militar ao ser acionada compareceu ao local com presteza, fato, aliás, reconhecido pelo próprio demandante na vestibular. Neste contexto, não cabia aos policiais que foram à residência do autor sair pessoalmente ao encalço dos criminosos, mas sim repassar as informações do roubo à rede integrada por todas as guarnições, o que foi devidamente feito, conforme documentação juntada.

Por consequência, não comportava mesmo acolhida o pedido de indenização por danos morais, nem tampouco indenização pelo valor dos aparelhos eletrônicos roubados, tendo o MM. Juiz decidido, com integral acerto.

Por derradeiro, considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando-se que é pacífico no Superior Tribunal de Justiça que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida. E mais, os embargos declaratórios, mesmo para fins de prequestionamento, só são admissíveis se a decisão embargada estiver eivada de algum dos vícios que ensejariam a oposição dessa espécie recursal (EDROMS 18205/SP, Ministro FELIX FISCHER, DJ 08.05.2006 p. 240).

Acesso ao Sumário

Pelo exposto, **conhece-se e nega-se provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0041289-31.2012.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante JOSÉ CARLOS PEREIRA DA SILVA, é apelado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

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.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.467)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EUTÁLIO PORTO (Presidente), ROBERTO MARTINS DE SOUZA e BEATRIZ BRAGA.

São Paulo, 19 de maio de 2015.

EUTÁLIO PORTO, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – Responsabilidade civil do Estado – Inclusão de anotação indevida em folha de antecedentes criminais – Pretendida indenização por danos morais e materiais – Impossibilidade – Autor que já possuía histórico de antecedentes criminais – Desdobramentos decorrentes da conduta do autor e não da anotação indevida – Sentença mantida – Recurso improvido.

VOTO

RELATÓRIO

Trata-se de ação ordinária proposta por JOSÉ CARLOS PEREIRA DA SILVA em face da FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, objetivando a condenação da requerida ao pagamento de indenização por danos morais e materiais, em razão da inclusão de anotação indevida em sua folha de antecedentes criminais.

A sentença de fls. 81/85, proferida pela MM. Juíza Simone Viegas de Moraes Leme, cujo relatório se adota, julgou improcedente o pedido, por entender que o erro do funcionário do IIRGD poderia ter sido facilmente corrigido, não havendo prova de dolo ou má-fé e, ainda, que os desdobramentos do fato foram ocasionados pela conduta do próprio autor. Sucumbente, o requerente foi condenado ao pagamento de custas e despesas processuais, além de honorários

Acesso ao Sumário

advocatícios fixados em R$500,00, observado o disposto na Lei nº 1.060/50.

Inconformado, o autor apelou às fls. 89/92, requerendo a reforma da sentença. Alegou que foi arrolado como testemunha de acusação em uma ação penal ajuizada pelo Ministério Público em face de alguns policiais militares. Durante a instrução processual, foi expedido ofício ao Instituto de Identificação Ricardo Gumbleton Daunt (IIRGD) a fim de que fosse encaminhada ao juízo sua folha de antecedentes.

Sustentou que, por equívoco de algum funcionário do IIRGD, fora incluída anotação indevida em sua folha de antecedentes criminais, referente ao processo criminal no qual figurava como testemunha, o que lhe acarretou diversos prejuízos de ordem moral.

Aduziu, ainda, que em razão da anotação indevida o Juiz da 1ª Auditoria de Justiça Militar, Dr. Ronaldo João Roth, moveu ação indenizatória em face do autor, vindo as partes a celebrar acordo no qual o ora requerente comprometeu-se a pagar ao magistrado o valor de R$17.760,00, a título de indenização por danos morais.

Sendo assim, requereu a condenação da Fazenda Pública ao pagamento de indenização por danos morais e materiais, estes correspondentes ao valor que teve que pagar ao magistrado a título de indenização.

Recurso tempestivo e isento de preparo, por ser o autor beneficiário da justiça gratuita, com contrarrazões apresentadas às fls. 96/110.

Este é, em síntese, o relatório.

VOTO

O recurso não merece provimento.

Conforme se observa dos autos, em 07 de dezembro de 2002, o autor e seu filho, ambos advogados, compareceram à comarca de Guarulhos a fim de acompanhar uma ocorrência de acidente de trânsito envolvendo uma cliente.

Alega o autor que, na ocasião, foram gravemente agredidos pelos policiais militares responsáveis pela ocorrência, o que deu ensejo ao Processo nº 235/05 da 1ª Vara Criminal de Guarulhos.

Sustenta, ainda, que, após o episódio, tomou conhecimento de que os mesmos policiais militares eram investigados pela suposta prática dos crimes de roubo e extorsão, em inquérito que tramitava perante o Tribunal de Justiça Militar. Sendo assim, alega o autor ter noticiado nos autos do referido inquérito o que ocorrera consigo e com seu filho.

Por tal razão, o autor foi posteriormente arrolado como testemunha de acusação na ação penal originada desse inquérito, ajuizada pelo Ministério Público em face dos referidos policiais militares.

Durante a instrução desse processo criminal, a pedido da defesa, o Juiz da

Acesso ao Sumário

1ª Auditoria da Justiça Militar determinou a expedição de ofício ao Instituto de Identificação Ricardo Gumbleton Daunt (IIRGD), para que fosse encaminhada a folha de antecedentes do autor.

Ocorre, porém, que, por equívoco, foi inserida na folha de antecedentes do requerente anotação referente ao processo criminal no qual ele figurava como testemunha, o que, segundo alega, lhe acarretou diversos prejuízos de ordem moral.

Além disso, aduz que, em razão da anotação indevida, o Juiz da 1ª Auditoria de Justiça Militar, Dr. Ronaldo João Roth, moveu ação indenizatória em face do autor, vindo as partes a celebrar acordo no qual o ora apelante comprometeu-se a pagar ao magistrado o valor de R$17.760,00, a título de indenização por danos morais.

Sendo assim, pretende a condenação da Fazenda Pública ao pagamento de indenização por danos morais e materiais, estes correspondentes ao valor que teve de pagar ao magistrado a título de indenização.

Sem razão, contudo.

Em primeiro lugar, em relação ao pedido de indenização por danos morais, cumpre ressaltar que, apesar de tal pedido fundamentar-se na alegada inclusão de anotação indevida na folha de antecedentes criminais do ora apelante, referida folha de antecedentes não foi juntada aos autos, como bem apontado pelo juízo monocrático.

Senão por isso, ainda que se considere que o conjunto probatório carreado aos autos é suficiente para comprovar a existência de tal anotação, verifica-se que, à época da anotação indevida, o autor já possuía histórico de antecedentes criminais, o que afasta a possibilidade de ser indenizado por danos morais.

Com efeito, pelo que se consegue extrair dos autos, verifica-se que, antes de propor a presente ação de indenização por danos morais e materiais em face da Fazenda do Estado, motivado pela inclusão de anotação indevida em sua folha de antecedentes criminais realizada por equívoco de algum funcionário do IIRGD, o autor ajuizou ação de indenização por danos morais, na qual também pretendia a exclusão da anotação, em face da Fazenda do Estado, em razão da inclusão de anotação indevida em sua folha de antecedentes criminais por determinação do magistrado Ronaldo João Roth, Juiz da 1ª Auditoria de Justiça Militar.

Referida ação, julgada improcedente na primeira instância, foi julgada parcialmente procedente pela C. 11ª Câmara de Direito Público deste E. Tribunal de Justiça (Apelação Cível nº 721/149-5/5-00), para o fim de determinar o cancelamento da referência ao Processo nº 34.276/2003 da 1ª Auditoria da Justiça Militar do Estado de São Paulo do histórico pessoal do autor junto ao IIRGD, rejeitando, contudo, o pleito indenizatório.

Acesso ao Sumário

Com efeito, nos termos do voto lavrado pelo Des. Ricardo Dip, "*quem já possui, em histórico de antecedentes criminais, seis menções de processos, num dos quais referido o proferimento de sentença condenatória, não parece vitimar-se, em princípio e salvo pontual afirmação e singular prova em contrário, por possíveis danos morais, com o só acréscimo, desta feita em lapso, de outro processo crime na folha de seus antecedentes*" (fls. 49).

No mais, não merece acolhimento o pedido de indenização por danos materiais. Isto porque, da análise dos autos facilmente conclui-se que a ação de indenização por danos morais movida pelo magistrado Ronaldo João Roth em face do autor não foi ajuizada em razão da inscrição indevida, mas sim porque, na ação ajuizada pelo requerente em face da Fazenda Pública este afirmou que o Juiz da 1ª Auditoria Militar teria encaminhado de forma dolosa ofício ao IIRGD para que fosse feita averbação do Processo nº 34.276/2003 em sua folha de antecedentes criminais, fato este que, conforme demonstrado posteriormente, não corresponde à realidade.

Face ao exposto, nega-se provimento ao recurso, nos termos do voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0041083-17.2012.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante SÃO PAULO PREVIDÊNCIA – SPPREV, é apelado HERMENGARDA PUREZA SANTOS DO AMARAL.

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 21.494)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO DIP (Presidente sem voto), OSCILD DE LIMA JÚNIOR e LUCIANA BRESCIANI.

São Paulo, 19 de maio de 2015.

BORELLI THOMAZ, Relator

Ementa: Pensão mensal. Instituição por servidor estadual. Perda da condição de beneficiário. Direito de acrescer em prol de beneficiário remanescente. Cabimento. Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Ação ajuizada por beneficiária de pensão instituída por servidor estadual, falecido, para acrescer, em seu benefício, valor pago a outro beneficiário, que perdeu essa condição após completar 21 anos de idade, julgada procedente, contra o que veio a SPPREV com apelação.

Recurso bem processado, respondido a fls. 141/155.

É o relatório, adotado, no mais, o da r. sentença.

A autora, viúva, e Tomas Santos do Amaral, neto de Magistrado, vieram recebendo, metade cada qual, pensão por ele deixada, mas o neto perdeu condição de beneficiário por completar 21 anos de idade, em 16.09.2011.

Isso acontecido, a autora ajuizou esta ação para que a parte não mais paga ao outro beneficiário acrescesse em seu favor, julgada procedente, veio a SPPREV com apelação.

A disputa sugere não se cuidar de matéria pacífica e há julgamentos no sentido defendido pelos litigantes. Propendo, todavia, pelo entendimento acerca da possibilidade da reversão da pensão, como pretende a autora.

A uma, porque houve regular contribuição do instituidor para que a pensão fosse paga de forma plena; a duas, porque haveria enriquecimento ilícito da autarquia ao pagar o valor **pro rata**; a três, porque há preceito constitucional determinante de se dar a pensão no importe do valor percebido em vida pelo instituidor do benefício.

Observo que, embora respeitável o entendimento, não é possível dar vigência aos dispositivos legais tirados da Lei Complementar 180/78, editada quando ainda não vigoravam as normas da Constituição Federal de 1988, nem a ela foram amoldados.

Afirma-se, e isso é afirmado em inúmeras decisões neste E. Tribunal, ser una a pensão, a resultar disso que o seu instituidor, já afirmei, contribuiu ao longo de anos para que ela viesse a ser recebida pelos beneficiários e, existindo um, ou qualquer deles, deverá persistir o pagamento, **ex integrum**, como também é a regra do art. 40, § 7º da Constituição Federal.

Acesso ao Sumário

Resulta disso que, com a extinção da cota-parte de um dos beneficiários, como se deu aqui, fato incontroverso, esse valor há de ser acrescido ao que a beneficiária remanescente estiver recebendo.

Nesse mesmo sentido, colho o voto do Desembargador ALBERTO GENTIL, ao relatar a Apelação Cível nº 212.794-5/1, v.u. da E. 5ª Câmara de Direito Público deste Egrégio Tribunal de Justiça, julgamento em 17 de junho de 2.004, que também refere outras decisões em prol da tese que aceita o direito de acrescer, ou de reversão em favor de beneficiário remanescente:

"PREVIDÊNCIA SOCIAL - IPESP - Pensão - Co-beneficiários - Extinção

do benefício em relação a um deles - Reversão em favor do remanescente - Unicidade da pensão - Lei Complementar Estadual nº 180, de 1978, e artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil - Recurso não provido".

"É entendimento consagrado na jurisprudência desta Corte o reconhecimento da unicidade da pensão e que a extinção do benefício previdenciário em relação a um dos co-beneficiários produz o efeito de reverter a integralidade da pensão para os beneficiários remanescentes" (JTJ 191/180).

"PREVIDÊNCIA SOCIAL - IPESP - Pensão - Beneficiária de servidor falecido antes da LEst. nº 4.832, de 1958 - Falecimento da mãe e casamento da irmã - Reversão das quotas destas em seu favor - Admissibilidade - Direito que é regulado pela lei vigente à época do falecimento ou da perda do direito à parte do co-beneficiário - Hipótese, ademais, de pensão una - Recurso provido para esse fim - Voto vencido" (RJTJESP 95/188).

"PREVIDÊNCIA SOCIAL - IPESP - Pensão - Falecimento de uma das beneficiárias - Reversão em favor da outra, que é filha solteira - Admissibilidade - Pensão una - Lei Complementar nº 180, de 1978, que não pode ser modificada pela Lei Estadual nº 3.101, de 1981, de hierarquia inferior - Sentença confirmada - Recurso não provido" (RJTJJE 124/227).

Refere ainda, e no mesmo sentido, julgamento encontrado *in* RJTJESP 111/207.

Observe-se não estar este julgamento criando ou instituindo beneficiária para a pensão, pois, como visto, e não se pode negar, a autora já tem essa qualidade.

Com essas observações, entendo não merecer reforma a r. sentença, também diante de seus próprios fundamentos, pelos quais, registro, bem se examinou a questão controvertida.

Nego provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0040316-13.2011.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante JANETE MARIA ZUCCHI LOPES, é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U., sustentou oralmente o Dr. Rafael Rosemberg", de conformidade

com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.359)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EUTÁLIO PORTO (Presidente) e PAULO AYROSA.

São Paulo, 21 de maio de 2015.

ALVARO PASSOS, Relator

Ementa: ANULATÓRIA – Pretensão de afastar multa imposta pela circulação de veículo automotor sem certificação ambiental – Não cabimento – Sanção pecuniária que possui natureza de direito ambiental e não de trânsito e é objeto de legislação específica – Não incidência do Código de Trânsito Brasileiro que, apesar de hierarquicamente superior e posterior, não revogou as normas municipais específicas sobre o tema – Normas municipais que se encontram dentro da competência legislativa concorrente municipal e se baseiam em lei federal que versa sobre emissão de poluentes por veículos e prevê a instituição de programa de inspeção periódica pelos Estados e municípios – Recurso improvido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso interposto contra a r. sentença de fls. 72/73, cujo relatório se adota, que julgou improcedente ação anulatória de débito fiscal, sob o fundamento de que a multa imposta tem natureza ambiental e tem específica previsão legal, sendo inaplicável o Código de Trânsito Brasileiro.

Em apertada síntese, sustenta a demandante que os valores da multa são abusivos; que o montante é muito superior ao previsto no Código de Trânsito Brasileiro, que é norma hierarquicamente superior e posterior; que o CTB trata integralmente sobre o tema.

Com resposta, subiram os autos para reexame.

É o relatório.

O recurso não merece prosperar.

A recorrente propôs a presente ação anulatória com a finalidade de anular as multas apontadas na exordial, as quais decorreram de infração consistente no trânsito com o veículo sem a devida certificação ambiental, nos termos da legislação municipal, com imposição de multa de R$ 550,00 (quinhentos e cinquenta reais).

Acesso ao Sumário

Por primeiro, oportuno ressaltar que, em matéria ambiental, os Estados e os municípios possuem competência legislativa.

É sabido que, pela Constituição Federal, em seu art. 24, VI e VIII, a competência legislativa em matéria ambiental é concorrente, ficando a cargo da União a elaboração de normas gerais e aos demais entes federativos as normas de caráter suplementar. Outrossim, a competência material, de acordo com o art. 23, VI e VIII, da CF, é comum, cabendo a todos (União, Estados e municípios) adotar medidas protetivas em igualdade.

E, ainda, segundo o art. 30, I e II, também da Constituição Federal, compete aos municípios legislar sobre assuntos de interesse local e suplementar à legislação federal e à estadual no que couber.

A hipótese vertente, como bem consignado pelo magistrado de origem, versa sobre matéria ambiental, uma vez que a multa imposta possui natureza ambiental, regulamentada por legislação específica, afastando-se, assim, a incidência do Código de Trânsito Brasileiro.

Estando arredada a aplicação do Código de Trânsito Brasileiro, não deve a sanção pecuniária levar em consideração os valores lá previstos e sim os instituídos pela lei específica, tal como ocorreu nesta hipótese.

As leis municipais nº 11.157/96 e nº 14.717/08 cuidam do meio ambiente e não de trânsito, de modo que não foram revogadas nem suspensas pelo CTB, ainda que ele seja uma lei federal e posterior.

Com efeito, ao contrário do entendido pela recorrente, não se vislumbra antinomia entre as normas mencionadas.

A multa aqui discutida, apesar de se referir à veículo automotor, como já mencionado, tem natureza ambiental, daí porque foi objeto de lei especial, sendo certo, ainda, que as suas previsões não contrariam o CTB, que, apesar de versar, em alguns de seus dispositivos, sobre controle de emissões de gases poluentes, não tem força para afastar as normas ambientais protetivas, que, inclusive, complementam a previsão de lei federal específica que dispõe sobre emissão de poluentes por veículos automotores (Lei nº 8.723 de 1993), a qual serve de fundamento para a legislação municipal. A Lei nº 8.723 estabelece, inclusive, que os municípios e os Estados poderão implantar programas de inspeção periódica de emissão de poluentes de veículos em circulação, tal como ocorreu neste município.

Destarte, tratando-se de normas vigentes perfeitamente aplicáveis, não se deve falar que as regras do CTB as revogariam, primeiro por se tratar de norma especial, cujo valor de R$ 550,00 está expressamente previsto pelo texto conferido pelo art. 2º da Lei Municipal 14.717/08, não havendo ofensa ao princípio da legalidade, segundo porque baseada também em lei federal.

Deste modo, não se vislumbra irregularidade no ato administrativo em

Acesso ao Sumário

questão, estando em plena vigência, no momento da autuação, as normas legais, inclusive a que se refere ao montante da multa aplicada, de modo que inexiste ilegalidade ou nulidade a ser reconhecida, não havendo provas hábeis a afastar a presunção de veracidade do ato administrativo.

Finalmente, cabe consignar que, ao ser adotada uma tese de mérito, todas as outras, com ela incompatíveis, são rejeitadas automaticamente. E, ainda que sejam examinados um a um os fundamentos expostos nos articulados, aqueles que não se encaixam na tese acolhida pelo julgador estão rechaçados.

Por todo o exposto, **nego provimento** ao recurso.

Apelações/Reexames Necessários

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 1005506-24.2013.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO e JUÍZO *EX OFFICIO*, é apelado AMILTON NAVARRO.

ACORDAM, em 14ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 2.438)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores OCTAVIO MACHADO DE BARROS (Presidente sem voto), GERALDO XAVIER e JOÃO ALBERTO PEZARINI.

São Paulo, 9 de abril de 2015.

MÔNICA SERRANO, Relatora

Ementa: APELAÇÃO – Ação anulatória de débito fiscal – ISS – Auto de infração lavrado contra o Cartório de Registro Civil, ente desprovido de personalidade jurídica e de personalidade judiciária – Ilegitimidade passiva para a obrigação tributária – Sentença mantida – Julgamento na forma do art. 252 do RITJSP – Recurso não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação tirado da r. sentença de fls. 353/356 que julgou procedente a ação anulatória de débito fiscal, ajuizada por AMILTON NAVARRO em face da PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO, motivada no fato de que o auto de infração (ISS sobre serviços notariais) deveria ter sido lavrado em face do Titular de Cartório e não contra o Tabelionato. Condenou o sucumbente em R$ 5.000,00, a título de honorários de advogado.

A municipalidade, ora apelante (fls. 362/374) alega, em breves linhas, que: (a) a incidência de ISS sobre os serviços de registros públicos é constitucional, conforme a ADI n.º 3.089-DF; (b) o cartório constitui uma unidade econômica prestadora de serviço, podendo figurar como sujeito passivo do lançamento tributário, inobstante a inexistência de personalidade jurídica, nos termos do art. 126, inc. III do CTN; (c) a alegação de nulidade da CDA exige a comprovação do respectivo prejuízo sofrido. Por tais razões requer a reforma da r. sentença.

O recurso foi recebido somente no efeito devolutivo (fls. 375) e houve oferta de contrarrazões as fls. 377/390.

É o relatório.

Conheço do recurso na medida em que presentes os requisitos de admissibilidade. No mérito, não comporta provimento.

Trata-se de ação anulatória de débito fiscal, ajuizada por AMILTON NAVARRO em face da PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO, julgada procedente sob o argumento de que o cartório extrajudicial não é parte legítima para figurar no polo passivo da obrigação tributária. Ademais, a retificação de ofício da sujeição passiva ocorreu quando já extinto o direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário (decadência).

Tenho que a r. sentença recorrida deve ser mantida por seus próprios fundamentos, os quais ficam inteiramente adotados como razão de decidir pelo não provimento do recurso, como autoriza o artigo 252 do Regimento Interno deste Tribunal:

> *"Artigo 252. Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la".*

Anote-se que o Superior Tribunal de Justiça tem prestigiado esse entendimento, quando predominantemente reconhece: "*a viabilidade de o órgão julgador adotar ou ratificar o juízo de valor firmado na sentença, inclusive transcrevendo-a no acórdão, sem que tal medida encere omissão ou ausência de fundamentação no decisum*".[1]

Acesso ao Sumário

1 Dentre outros: REsp nº 662.272-RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 2ª Turma, j. 4/9/2007; REsp nº 641.963-ES, Rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma, j. 21/11/2005; REsp nº 265.534--DF, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 4ª Turma, j. 1º/12/2003.

Transcrevo, portanto, a r. decisão prolatada em primeiro grau:

"Vistos, etc.

AMILTON NAVARRO ajuizou a presente ação em face da PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO em que informou que exerce a titularidade do 38º Cartório do Registro Civil das Pessoas Naturais do Subdistrito da Vila Matilde e que, contra o ente foi lavrado o Auto de Infração e Intimação nº 65.726.049 por supostos débitos relativos ao Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISQN, relativos aos serviços registrais prestados nos meses de janeiro a dezembro de 2004. Sustentou a nulidade do auto de infração, pela ilegitimidade passiva do autuado, e que a retificação de ofício do sujeito passivo, reconhecida administrativamente, é ero material que repercute no lançamento, operando-se a decadência do direito à constituição do crédito tributário. Alegou que estava submetido ao regime especial de recolhimento do ISS até abril de 2009, bem como que houve violação ao princípio da capacidade contributiva e que não há possibilidade de retroação dos efeitos da Lei Municipal nº 14.865/08 para dar validade ao auto de infração. Requereu a procedência da ação para anular os débitos tributários constituídos nos processos administrativos nºs 2009-0.369.785-4 e 2001-0.170.725-5.

O pedido de antecipação dos efeitos da tutela foi indeferido (fls. 243), sobrevindo agravo de instrumento, a que foi dado provimento.

Citada, a requerida contestou o feito às fls. 283/325, em que sustentou a legitimidade passiva do autuado e que não houve decadência, aplicando-se o artigo 173, I, do Código Tributário Nacional. Alegou que o auto de infração foi lavrado com todos os elementos necessários à perfeita caracterização dos elementos da obrigação tributária descumprida e da sanção decorrente do inadimplemento, de modo que não há vício formal. Aduziu que não se aplica o artigo 15, I, da Lei nº 13.701/03 e que inexiste, caráter pessoal na atividade exercida pelo autor, mas sim empresarial. Ainda, alegou que inexiste violação da capacidade contributiva, ante a retidão da base de cálculo utilizada pelo Município.

Sobre a contestação, manifestou-se o autor a fls. 328/39 combatendo os argumentos da requerida e reiterando os termos da inicial.

Instadas a se manifestarem sobre provas (fl. 345), requereu o autor o julgamento antecipado da lide, quedando-se inerte a requerida.

É o relatório.

DECIDO.

De início, vejo que o Auto de Infração deveria ter sido lavrado em face do Titular do Cartório, e não contra o Tabelionato, que não possui legitimidade para ser sujeito passivo de obrigação tributária, porquanto

Acesso ao Sumário

desprovido de personalidade jurídica.

Como bem decidiu o Exmo. Desembargador Paulo Galizia, relator do agravo de instrumento interposto em face da decisão que indeferiu a antecipação dos efeitos da tutela nestes autos:

"A prova inequívoca e a verossimilhança da alegação de nulidade do lançamento estão presentes, pois o auto de infração foi lavrado em nome do Cartório do Registro Civil das Pessoas Naturais do 38º Subdistrito da Vila Matilde, ente desprovido de personalidade jurídica, de capacidade judiciária, e, portanto, de legitimidade para integrar o polo passivo de relação jurídica processual e tributária, como adiante se vê:

"RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. RECONHECIMENTO DE FIRMA MEDIANTE ASSINATURA FALSIFICADA. RESPONSABILIDADE CIVIL. OFÍCIO DE NOTAS. ILEGITIMIDADE PASSIVA. AUSÊNCIA DE PERSONALIDADE JURÍDICA E JUDICIÁRIA 1. Consoante as regras do art. 2 da Lei 8.935/94 e do art. 38 da Lei n.º 9.492/97, a responsabilidade civil por dano decorrente da má prestação de serviço cartorário é pessoal do titular da serventia à época do fato, em razão da delegação do serviço que lhe é conferida pelo Poder Público em seu nome. ***2. Os cartórios ou serventias não possuem legitimidade para figurar no polo passivo de demanda indenizatória, pois são desprovidos de personalidade jurídica e judiciária, representando, apenas, o espaço físico onde é exercida a função pública delegada consistente na atividade notarial ou registral. 3. Ilegitimidade passiva do atual titular do serviço notarial ou registral pelo pagamento de débitos atrasados do antigo tiular****.4. Doutrina e jurisprudência acerca do tema, especialmente precedentes específicos desta Corte. 5. Recurso especial provido. (REsp 17372/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, Rel. p/ Acórdão Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/06/201, DJe 01/02/2012) (grifo meu)*

O cartório extrajudicial não é sujeito de direitos e obrigações, de tal sorte que, em seu desfavor, não poderia ter sido lavrado o auto de infração ora impugnado. Isto, por si só, já anularia o ato administrativo.

Vale lembrar que a ilegitimidade passiva do Registro Civil foi reconhecida administrativamente pela 3ª Câmara do Conselho Municipal de Tributos, pronunciando-se pela retificação de ofício do sujeito passivo.

Contudo, a retificação de ofício da sujeição passiva ocorreu quando já extinto o direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário, nos termos do que estabelece os artigos 173, I, c.c. 149, parágrafo único,

Acesso ao Sumário

ambos do Código Tributário Nacional.

O artigo 173, I, do Código Tributário Nacional prevê que:

"O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5(cinco) anos, contados:

I – do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado"

O parágrafo único do artigo 149 dispõe que:

"A revisão do lançamento só pode ser iniciada enquanto não extinto o direito da Fazenda Pública".

No caso dos autos, o fiscal tributário autuou o Registro Civil relativamente ao ISS de janeiro a dezembro de 2004, de modo que a partir de 2005, o Fisco teria cinco anos para a constituição do crédito tributário. Todavia, a determinação de retificação foi exarada em outubro de 2001, após o prazo decadencial quinquenal, de modo que há de ser declarada a nulidade do lançamento.

Acolhida a nulidade do lançamento, pela eleição equivocada do Cartório do Registro Civil das Pessoas naturais do 38º Subdistrito da Vila Matilde como sujeito passivo da obrigação tributária, que resultou na decadência do direito à constituição do crédito tributário por parte da Fazenda Pública, descabe a apreciação das demais questões postas nos autos.

Como escreve MARIO GUIMARÃES, "não precisa o Juiz reportar-se a todos os argumentos trazidos pelas partes. Claro que se o juiz acolher um argumento bastante para a sua conclusão, não precisará dizer se os outros, que objetiva o mesmo fim, são procedentes ou não" ("O Juiz e a Função Jurisdicional", ed. 1958, pág. 350).

De igual modo a jurisprudência dominante, entendendo que as decisões judiciais não estão obrigadas a resolver todas as questões suscitadas pelas partes, mas, apenas, aquelas que as embasem de modo suficiente (JRTJSP 179/21, 19/40, 15/2007, 11/414 e 104/340).

Na mesma esteira:

"(...) Não é o órgão julgador obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentaram. Deve apenas enfrentar a demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução. Nese sentido: REsp 927.216/RS, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 13/8/207; e REsp 85.073/SC, Primeira Turma, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 28/6/207. Dessume-se que o acórdão impugnado está bem fundamentado e a prestação jurisdicional foi realizada de forma integral, inexistindo

Acesso ao Sumário

omissão ou contradição. Cabe destacar que o simples descontentamento da parte com o julgado não tem o condão de tornar cabíveis os Embargos de Declaração, que servem ao aprimoramento da decisão, mas não à sua modificação, que só muito excepcionalmente é admitida. (.)" (STJ, AREsp 078272, Rel. Ministro Herman Benjamin)

Isto posto e pelo mais que dos autos consta, JULGO PROCEDENTE a presente ação para anular o débito tributário consubstanciado nos processos administrativos nºs 209-0.369.785-4 e 201-0.170.725-5, condenando a requerida no pagamento de honorários advocatícios que arbitro em R$5.00,0 (cinco mil reais) e nas custas, na forma da lei.

Sentença sujeita a reexame necessário.

P.R.I." (grifos conforme o original)

A corroborar com o decidido na r. Sentença, ressalto que o art. 5º da LC 116/2003 informa que "*o contribuinte é o prestador de serviço*", e, *in casu*, quem presta o serviço é o agente delegado do serviço público, nos termos do art. 236 da CF: "*Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público*." A Lei nº 8.935/1994, que regulamenta o artigo 236 da CF, dispõe sobre os serviços notariais e de registro prevendo que:

"Art. 22. Os notários e oficiais de registro responderão pelos danos que eles e seus prepostos causem a terceiros, na prática de atos próprios da serventia, assegurado aos primeiros direito de regresso no caso de dolo ou culpa dos prepostos.

Art. 23. A responsabilidade civil independe da criminal.

Art. 24. A responsabilidade criminal será individualizada, aplicando-se, no que couber, a legislação relativa aos crimes contra a administração pública.

Parágrafo único. A individualização prevista no caput não exime os notários e os oficiais de registro de sua responsabilidade civil."

Com relação ao tema, Hely Lopes Meirelles, leciona que os serventuários de ofícios ou cartórios não estatizados enquadram-se na categoria de "agentes delegados", definidos como "*particulares que recebem a incumbência da execução de determinada atividade, obra ou serviço público e o realizam em nome próprio, por sua conta e risco, mas segundo as normas do Estado e sob a permanente fiscalização do delegante*".[2]

Acrescenta o mestre que esses agentes, quando atuam no exercício da delegação e lesam direitos alheios, devem responder civil e criminalmente sob as mesmas normas da Administração Pública, ou seja, com responsabilidade objetiva pelo dano, nos termos do parágrafo 6º do art. 37 da CF.

Acesso ao Sumário

2 Direito Administrativo Brasileiro, 22ª ed, São Paulo: Malheiros, p. 75/76.

Ainda, acerca dos tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício, dispõe o CTN:

> *Art. 134. Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis:*
>
> *(...)*
>
> *VI - os tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício, pelos tributos devidos sobre os atos praticados por eles, ou perante eles, em razão do seu ofício;*

Ainda que o supracitado artigo esteja tratando da responsabilidade solidária em caso de inadimplemento pelo contribuinte originário, percebe-se que ele elenca os profissionais – tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício –, pessoas naturais e não os cartórios.

Tendo em conta que tais Serviços não possuem personalidade jurídica, diferentemente das empresas, a responsabilidade é atribuída à pessoa do Oficial responsável por eles e não ao Cartório. Não sendo equiparados às empresas – para tal fim – que têm personalidade jurídica definida, os Serviços Notariais são regidos de forma diversa daquelas.

Dessa forma, outros fundamentos são dispensáveis diante do acolhimento integral dos que foram deduzidos na r. sentença, e aqui expressamente adotados.

Posto isto, NEGO PROVIMENTO ao recurso, e mantenho a r. sentença por seus próprios fundamentos, ademais dos ora acrescidos.

Ficam prequestionadas todas as normas legais e matérias constitucionais suscitadas e discutidas pelas partes.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 1001914-91.2014.8.26.0196, da Comarca de Franca, em que é apelante GILMAR RAIMUNDO e Recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, é apelado PREFEITO MUNICIPAL DE RESTINGA.

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "O voto é pelo desprovimento do apelo do impetrante, mantida a sentença por outro fundamento. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº AC-14.724/15)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores TERESA

RAMOS MARQUES (Presidente) e PAULO GALIZIA.

São Paulo, 6 de abril de 2015.

TORRES DE CARVALHO, Relator

Ementa: CONCURSO PÚBLICO. Restinga. Concurso público nº 001/2009. Ajudante de serviços pesados. Aprovação fora do limite de vagas. Convocação para realização de exames médicos pré-admissionais. Suposta extinção do cargo. Gasto com pessoal que extrapolou percentual da receita corrente líquida. LC nº 101/00, art. 18 a 23. CF, art. 169, § 3º e 4º. Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta Preliminar. – 1. Extinção do cargo. Inexiste prova de extinção do cargo para o qual o impetrante fora aprovado foi extinto, para isso insuficiente reunião com vereador do município ou boletim de ocorrência que deve ser visto com ressalvas, na medida em que produzido unilateralmente. – 2. LC nº 101/00. Constituição Federal. Nomeação obstada com fundamento nos art. 18 a 23 da Lei de Responsabilidade Fiscal. Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta Preliminar firmado com o Ministério Público que denota indevido e excessivo gasto com pessoal no município na gestão anterior. Ainda que extinto o cargo, é nulo de pleno direito o ato que provoque aumento da despesa com pessoal e não observe os art. 16 e 17, a teor do art. 21 da LC nº 101/00; cumprimento do quanto consignado na Lei de Responsabilidade Fiscal que pode implicar até mesmo na perda de cargo por servidor estável, a teor do art. 169, § 4º da CF. Não se vislumbra direito líquido e certo à nomeação, posse e exercício de candidato aprovado em concurso público fora do limite de vagas e que foi apenas convocado para a realização de exames médicos pré-admissionais, especialmente diante do necessário controle da despesa total com pessoal a que atualmente se submete o município de Restinga. Segurança denegada. Recurso do impetrante desprovido, alterado o fundamento.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. A sentença de fls. 73/80 denegou a segurança pretendida pelo impetrante para nomeação, posse e exercício no cargo de ajudante de serviços pesados, para o qual foi aprovado por concurso público promovido pela Prefeitura Municipal de Restinga; em razão da sucumbência, condenou o impetrante no pagamento das custas e despesas processuais, ressalvados os benefícios da assistência judiciária gratuita; sem honorários na espécie, a teor do art. 25 da LF nº 12.016/09 e das Súmulas nº 512 do STF e 105 do STJ.

Apela o impetrante (fls. 89/97); diz que o edital do Concurso Público nº 001/2009 previa a existência de cinco vagas, além do cadastro de reserva, para o cargo de ajudante de serviços pesados; classificou-se em décimo segundo lugar; em 27-11-2013 foi convocado para a realização de exame admissional; em 5-12-2013, antes de ser nomeado, foi informado de que o cargo para o qual foi convocado havia sido extinto; seu direito está consubstanciado no art. 37, IV da CF; o STJ reconhece o direito à nomeação quando houver manifestação da administração, por ato inequívoco, demonstrando a necessidade do preenchimento da vaga; a administração, entretanto, limitou-se a alegar que o cargo em questão havia sido extinto; a validade do concurso público já expirou. Pede o provimento do recurso.

Recurso tempestivo e não preparado (justiça gratuita a fls. 40). Sem contrarrazões (fls. 105). A Procuradoria Geral de Justiça deixa de opinar (fls. 108).

É o relatório.

2. O impetrante, aprovado fora das vagas previstas em edital, foi convocado para exame médico, mas não foi nomeado; o município junta aos autos o Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta Preliminar, firmado com o Ministério Público em 1-2-2013, em que a municipalidade reconhece que o gasto com pessoal atingiu o percentual de 62,89% da receita corrente líquida, acima do limite legal de 54%; todo o exercício financeiro e o orçamento da gestão que teve início em 2013 restaram comprometidos, comprometendo-se a adotar medidas administrativas e/ou judiciais necessárias para a aplicação do disposto no art. 21 da LC nº 101/00 (fls. 53/58).

Acesso ao Sumário

Extinção do cargo. Inexiste prova de que o cargo para o qual fora aprovado foi posteriormente extinto; não comprova que efetivamente participou de reunião com vereador do município, nem informa qual seria a norma local que extinguiu o cargo; mesmo o boletim de ocorrência lavrado em 5-12-2013 deve ser visto com ressalvas, na medida em que produzido unilateralmente. De qualquer modo, a extinção do cargo, tenha ou não ocorrido, é irrelevante para o resultado da ação.

3. LC nº 101 de 4-5-2000. As informações trazidas pela municipalidade,

por outro lado, convencem. Os motivos que obstaram a nomeação do impetrante têm como fundamento os art. 18 a 23 da LC nº 101/00, a Lei de Responsabilidade Fiscal, que tratam especificamente do controle da despesa total com pessoal no âmbito da administração pública; o Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta Preliminar firmado com o Ministério Público denota justamente indevidos e excessivos gastos com pessoal, política adotada pelo município na gestão anterior (fls. 53/58). O art. 21 da aludida lei complementar diz ser nulo de pleno direito o ato que provoque aumento da despesa com pessoal e não observe os art. 16 e 17 da mesma lei, que tratam da necessidade de estimar o impacto orçamentário-financeiro das nomeações no exercício e nos dois exercícios seguintes, assim como a adequação com a lei orçamentária anual, a compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias. Constatada a nulidade que decorreria do provimento do impetrante no cargo público para o qual fora aprovado, não se exigia do município postura diversa senão a de efetivamente obstá-la.

O art. 23 da LC nº 101/00 dispõe que 'se a despesa total com pessoal, do Poder ou órgão referido no art. 20, ultrapassar os limites definidos no mesmo artigo, sem prejuízo das medidas previstas no art. 22, o percentual excedente terá de ser eliminado nos dois quadrimestres seguintes, sendo pelo menos um terço no primeiro, adotando-se, entre outras, as providências previstas nos §§ 3º e 4º do art. 169 da Constituição; o art. 169, § 3º da CF dispõe que 'para o cumprimento dos limites estabelecidos com base neste artigo, durante o prazo fixado na lei complementar referida no *caput*, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios adotarão as seguintes providências: **I** - redução em pelo menos vinte por cento das despesas com cargos em comissão e funções de confiança; e **II** - exoneração dos servidores não estáveis'. Já o § 4º prevê que 'se as medidas adotadas com base no parágrafo anterior não forem suficientes para assegurar o cumprimento da determinação da lei complementar referida neste artigo, o servidor estável poderá perder o cargo, desde que ato normativo motivado de cada um dos Poderes especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal'.

O cumprimento pela administração pública do quanto consignado na Lei de Responsabilidade Fiscal pode implicar até mesmo na perda de cargo por servidor estável, a teor do art. 169, § 4º da CF. Não se vislumbra, nesses termos, direito líquido e certo à nomeação, posse e exercício de candidato aprovado em concurso público fora do limite de vagas e que foi apenas convocado para a realização de exames médicos pré-admissionais, especialmente diante do necessário controle da despesa total com pessoal a que atualmente se submete o município de Restinga. O impetrante não tinha direito, mas apenas a expectativa de uma nomeação que o município não estava obrigado a fazer.

O voto **é pelo desprovimento do apelo do impetrante**, mantida a

Acesso ao Sumário

sentença por outro fundamento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 4011175-26.2013.8.26.0564, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que são apelantes INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS e JUÍZO "EX OFFICIO", é apelado SEBASTIÃO RAMOS DE SOUZA.

ACORDAM, em 16ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso da autarquia e deram provimento em parte ao recurso oficial. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.636)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VALDECIR JOSÉ DO NASCIMENTO (Presidente) e JOÃO NEGRINI FILHO.

São Paulo, 24 de março de 2015.

CYRO BONILHA, Relator

Ementa: ACIDENTÁRIA – Auxílio-acidente concedido antes da vigência da Lei nº 9.528/97 – Cessação pelo INSS em decorrência da emissão de certidão de tempo de contribuição – Aplicação do art. 129 do Decreto nº 3.048/99 – Inadmissibilidade – Princípio da hierarquia das normas – Prevalência do art. 86, incisos I, II e III e § 1º, da Lei nº 8.213/91, em sua redação original – Benefício vitalício – Restabelecimento do auxílio-acidente – Valores em atraso que devem ser atualizados na forma do art. 41 da Lei nº 8.213/91 – Incidência do IPCA-E a partir da elaboração da conta de liquidação – Juros de mora devidos desde a citação, de forma englobada sobre o montante até aí apurado e, depois, mês a mês, de forma decrescente – Aplicação do art. 5º da Lei nº 11.960/09, porém apenas no que concerne aos juros, ante o resultado do julgamento da ADI nº 4.357 pelo STF – Honorários advocatícios fixados segundo a orientação da Súmula nº 111 do STJ – Apelo autárquico desprovido, parcialmente provido o recurso oficial.

Acesso ao Sumário

VOTO

A r. sentença de fls. 44/49, cujo relatório se adota, julgou procedente ação acidentária proposta por Sebastião Ramos de Sousa, condenando o INSS a restabelecer-lhe o benefício de auxílio-acidente, bem como a pagar-lhe as prestações vencidas a contar de 31/08/2013 (fls. 17); mais juros moratórios de 1% ao mês a partir da citação; atualização monetária pelo IGP-DI, na forma do art. 41 da Lei nº 8.213/91, observada a prescrição quinquenal; e honorários advocatícios de 10% sobre as prestações vencidas até a sentença. Outrossim, determinou a aplicação da Lei nº 11.960/09 a partir da sua vigência, no que concerne aos juros de mora e à correção monetária.

Inconformado, apela o INSS, buscando a reforma da decisão. Inicialmente, no tocante ao porte de retorno, observa que o respectivo recolhimento poderá ser efetuado a final. No mais, salienta que o segurado requereu a expedição de certidão de tempo de contribuição, razão pela qual o auxílio-acidente deixou de ser pago, conforme previsto no art. 129 do Decreto nº 3.048/99. Argumenta, ainda, ser indevida a cumulação de auxílio-acidente com qualquer aposentadoria, aduzindo que os benefícios só poderiam ser cumulados caso ambos tivessem sido concedidos antes de 10/11/1997. Tece considerações a respeito da matéria, destacando jurisprudência que entende afastar a vitaliciedade do auxílio-acidente a partir da Lei nº 9.528/97.

Recebido e processado o recurso, a parte contrária apresentou contrarrazões.

A sentença está sujeita ao duplo grau de jurisdição, havendo recurso "ex officio".

A Procuradoria Geral de Justiça não mais se manifesta em ações acidentárias.

É o relatório.

Anote-se, desde logo, ser despicienda a discussão acerca do pagamento do porte de remessa e de retorno apenas ao final, diante da regra introduzida pelo Provimento nº 2.090/13 do Conselho Superior da Magistratura, que dispensa o recolhimento de tal verba "*quando se tratar de transmissão integralmente eletrônica, seja de autos entre primeira e segunda instâncias, seja de autos de competência originária deste Tribunal*".

No mais, trata-se de ação em que pretende o autor o restabelecimento de auxílio-acidente com termo inicial em 01/07/1993 (fls. 17), cessado em 31/08/2013.

Depreende-se dos autos que a autarquia, apoiada no disposto no art. 129 do Decreto nº 3.048/99, fez cessar o auxílio-acidente após emitir a certidão de tempo de contribuição solicitada pelo obreiro para sua apresentação ao Regime

Acesso ao Sumário

Próprio do Servidor Público (RPSP).

No entanto, não assiste razão ao INSS.

Com efeito, o referido decreto, quanto a esse ponto, discrepa do texto da lei, havendo de ser observado o princípio da hierarquia das normas, aplicando-se ao caso o disposto no art. 86, incisos I, II e III e § 1º, da Lei nº 8.213/91, em sua redação original.

Nesse sentido já decidiu esta Câmara:

"ACIDENTÁRIA - AUXÍLIO-ACIDENTE CONCEDIDO À SEGURADA DA PREVIDÊNCIA QUE, POSTERIORMENTE MIGROU PARA O REGIME PRÓPRIO ESTATUTÁRIO - CANCELAMENTO DO BENEFÍCIO POR MOTIVO DIVERSO DAQUELES PREVISTOS EM LEI - INADMISSILIDADE - ORDEM DE RESTABELECIMENTO ADMITIDA - PROCEDÊNCIA. Se a lei que disciplina a concessão do auxílio-acidente estabelece como marco final do benefício o óbito ou a aposentação da Segurada, não pode o INSS, valendo-se de disposição editada por Decreto (Norma hierarquicamente inferior à Lei) cancelar o pagamento do benefício por motivo diverso. Os valores em atraso serão atualizados e acrescidos de juros de mora na forma da Lei 11.960/09. A renda mensal a ser implantada será reajustada pelos índices de manutenção" (Apelação nº 0010047-36.2010.8.26.0114, rel. Des. Luiz De Lorenzi, j. em 24/07/2012).

Tampouco a aposentadoria, no caso, teria como consequência a cessação do auxílio-acidente.

Com efeito, o aludido benefício foi concedido a partir de 01/07/1993 (fls. 17), portanto, antes da vigência da Lei n° 9.528/97, fazendo o obreiro jus a seu recebimento em caráter vitalício, como lhe assegurava à época o § 1º do art. 86 da Lei nº 8.213/91 (em sua redação original), cuidando-se de direito adquirido, imutável por força do princípio "tempus regit actum".

Assim, os efeitos da nova regra não podem retroagir para alcançar situação anteriormente consolidada e por ela não abrangida.

Correta, portanto, a r. sentença ao determinar o restabelecimento do auxílio-acidente desde a sua cessação.

Cabe deixar explicitado que o débito será atualizado pelos índices de correção pertinentes (no caso, pelo IGP-DI), seguindo-se a forma estabelecida pelo art. 41 da Lei nº 8.213/91, com incidência mês a mês sobre as prestações em atraso.

Outrossim, consoante orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, consolidada em sede de recurso especial repetitivo, a atualização do crédito a partir da elaboração da conta de liquidação deve ser feita pelo IPCA-E (REsp 1.102.484/SP, 3ª Seção, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. em 22/04/2009, DJe de 20/05/2009).

Acesso ao Sumário

Acrescer-se-ão juros de mora a partir da citação, de forma englobada sobre o montante até aí devido e, depois, mês a mês, de forma decrescente.

É oportuno consignar que, em face da superveniência da Lei nº 11.960/09, será aplicada a alteração definida pelo art. 5º, porém apenas no que concerne aos juros, ante o julgamento da ADI nº 4.357 pelo Supremo Tribunal Federal, que, entre outros pontos, reconheceu (por arrastamento) a inconstitucionalidade do critério lá previsto para a correção monetária (índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança).

Ainda a propósito, observar-se-á, no que couber, a modulação dos efeitos do aludido julgamento.

Por fim, os honorários advocatícios foram arbitrados no patamar de 10%, incidindo somente sobre as prestações vencidas até a sentença, consoante entendimento cristalizado na Súmula nº 111 do Superior Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, pelo meu voto, nego provimento à apelação autárquica e dou parcial provimento ao recurso oficial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 3000809-15.2013.8.26.0282, da Comarca de Botucatu, em que são apelantes PREFEITURA MUNICIPAL DE ITATINGA e JUÍZO *EX OFFICIO*, é apelado M.J.P.L..

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 apelo da Municipalidade, v. u., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.150)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CARLOS EDUARDO PACHI (Presidente sem voto), DÉCIO NOTARANGELI e OSWALDO LUIZ PALU.

São Paulo, 5 de maio de 2015.

REBOUÇAS DE CARVALHO, Relator

Ementa: INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA – Toxicômano – Pedido formulado pela genitora, após infrutíferas tentativas de recuperação do filho – Interdição não exigida para a internação involuntária autorizada pela Lei 10216/2001 – Previsão legal com objetivo

Acesso ao Sumário

de proteger pessoas em situação como a do filho da autora, que é toxicômano – Irresignação do ente municipal tão somente quanto à verba honorária arbitrada – Sentença de procedência mantida – Honorários advocatícios fixados com moderação – Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de ação de obrigação de fazer com pedido de tutela antecipada movida por M.J.P.L., em face do Município de Itatinga e de seu filho L.L.L., assistido por seu genitor M.E.L., visando ao imediato fornecimento da internação em clínica especializada para tratamento do seu filho, que é toxicômano, possuindo dependência em grau avançado de drogas.

Deferida a antecipação de tutela (fl. 27).

A r. sentença de fls. 104/108, cujo relatório se adota, julgou procedente o pedido e tornou definitiva a tutela antecipada para determinar a medida de internação compulsória. Condenou a ré à sucumbência, bem como honorários advocatícios fixados em R$ 400,00 (quatrocentos reais).

Inconformado, apela o Município de Itatinga, arguindo apenas pela exclusão ou minoração da verba honorária (fls. 114/123).

Recurso recebido, processado e sem contrarrazões.

Acerca do despacho de fl. 132, as partes se/não se manifestaram (fl. 134).

É o relatório.

Não houve irresignação do ente municipal quanto ao pedido de internação compulsória, insurgindo-se, tão somente, quanto à verba honorária.

Cumpre asseverar que a verba honorária não merece reparos, pois foi aplicada com parcimônia, remunerando com dignidade o causídico envolvido na lide.

Nesse sentido, aliás, já houve posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

> *"A teor do art. 20, § 4º, do CPC, nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for* ***vencida*** *a* ***Fazenda Pública****, a verba honorária será fixada mediante apreciação* ***equitativa*** *do magistrado. 5. No juízo de equidade, o magistrado deve levar em consideração o caso concreto em face das circunstâncias previstas no art. 20, § 3º, alíneas "a", "b" e "c", do CPC, podendo adotar como base de cálculo o valor da causa, o valor da condenação ou arbitrar valor fixo".* **(REsp nº 1.028.066 PB, Rel. Ministra Eliana Calmon, DJ. 25/08/09).**

Acesso ao Sumário

Ante o exposto, nega-se provimento ao apelo da Municipalidade, restando mantida a r. sentença.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 0014721-46.2010.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO e JUÍZO "EX OFFICIO", é apelado VILMA FRANZON DE AVELAR (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "negaram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.788)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CARLOS MALHEIROS (Presidente), JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA e MARREY UINT.

São Paulo, 12 de maio de 2015.

ANTONIO CARLOS MALHEIROS, Relator

Ementa: CONCURSO PÚBLICO – Autora portadora de miopia, aprovada em concurso para enfermeira do SAMU, mas reprovada no exame médico oftalmológico – Condições, no entanto, no momento da perícia, do exercício da função satisfatoriamente – Sentença mantida, pois não há comprovação cabal de que a miopia da autora evoluirá para problema mais grave – Renitência da ré em admitir a autora que atenta contra a dignidade da pessoa humana, e que deve ser coibida – Sentença mantida – Recursos improvidos.

VOTO

Trata-se de reexame necessário e recurso voluntário, em face de decisão (fls.168/170), proferida em ação de rito ordinário, onde a autora, candidata aprovada em concurso público para o cargo de enfermeira foi considerada inapta para assumi-lo por apresentar quadro de miopia. Apresentou pedido de reconsideração, mas a junta médica que a examinou a considerou inapta para o exercício da função, solicitou escolha de outra vaga, sendo novamente

Acesso ao Sumário

encaminhada para a perícia médica, e foi novamente considerada incapacitada para a função. A ação ao final foi julgada procedente.

A antecipação da tutela foi deferida a fls.62.

O recurso foi recebido no efeito devolutivo (fls.177), resposta a fls.181/188, sem preparo.

É o relatório.

Relata a autora que foi aprovada em concurso público municipal para vaga de enfermeira para unidade SAMU. Que sendo aprovada, e tendo escolhido a vaga compareceu à sede do SAMU a fim de realizar os exames médicos, sendo solicitada consulta com um especialista. Foi submetida à consulta com o especialista na Clínica de Oftalmologia do Hospital do Servidor Público Municipal, foi-lhe dito que apresentava quadro de alta miopia, e, portanto era inapta para o cargo. Após tomar ciência da decisão a autora requereu reconsideração da decisão sendo submetida a novos exames desta vez perante uma junta médica. Submeteu-se, igualmente a exame com médico particular que emitiu relatório médico que considerou a acuidade visual da autora apta a exercer a função de enfermeira, conforme relatório que juntou aos autos. Submetida a nova junta médica foi novamente considerada inapta para o exercício da função. A autora solicitou então a troca da vaga optando pela vaga na Supervisão Regional de Saúde Ermelindo Matarazzo/São Miguel Paulista. No entanto a autora foi novamente reprovada, sendo que foi concluído que a autora não estava apta para ingressar no serviço público municipal.

Informa a autora que desde o ano 2000 exerce as funções de enfermeira e nunca teve problemas com sua acuidade visual.

Ingressou, então com a presente ação, requerendo a liminar e pretendendo suspender o ato e impedir a nomeação de outro candidato para a vaga que havia conquistado, ou sucessivamente que fosse preservada uma das vagas do certame até decisão final do feito.

A antecipação da tutela foi deferida, e a ação finalmente julgada procedente para anular a decisão administrativa que considerou a autora inapta para o exercício do cargo descrito na inicial e reconhecer seu direito a tomar posse no mesmo, tornando definitiva a liminar.

Apela o Município pleiteando a reforma da decisão.

O recurso não merece ser provido.

Alega que a autora após ter sido examinada por junta médica foi considerada inapta para o exercício do cargo. Baseou-se no laudo judicial que concluiu que a autora é portadora de doença degenerativa que pelas alterações vistas em seu fundo de olho é passível de piora acentuada em espaço de tempo não muito longo.

O recurso não merece ser provido.

Acesso ao Sumário

Não merece reparos a r. decisão. Na prova pericial produzida, foi atestado que a autora comprovou ser enfermeira, tendo registro no COREN/SP sob o n. 162.550, apresentando condições físicas e condição visual atual para exercer as tarefas exigidas por seus pares de profissão, inclusive as exigidas pelo SAMU. Assim foi constatado que sua visão é normal para perto. Não se pode ignorar que é portadora de doença degenerativa apresentando alterações no exame de fundo de olho, o que poderá implicar no risco de diminuição de sua capacidade visual, o que foi reconhecido pelo perito. No entanto, apesar disso, a aptidão para exercer a função de enfermeira, demonstrada na ocasião do exame, demonstra que não se pode prever um problema que ainda não ocorreu, e que poderá não ocorrer. Como bem salientado na r. decisão:

> ***"Ressalte-se que a renitência da Administração em admitir a posse da autora no cargo atinge a dignidade da pessoa humana e impede o desenvolvimento de suas potencialidades, pautada em fato futuro e incerto, vez que, repita-se, no ato da perícia médica apresentava condições para o exercício do cargo".***

Diante do exposto confirma-se a decisão proferida, mantendo-se a liminar anteriormente concedida.

Isto posto, nega-se provimento aos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 0038972-16.2011.8.26.0564, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que são apelantes INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS e JUÍZO "EX OFFICIO", é apelado SIMONY FERREIRA DOS SANTOS.

ACORDAM, em 16ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento a remessa oficial. Recurso autárquico não conhecido. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.657)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores VALDECIR JOSÉ DO NASCIMENTO (Presidente) e LUIZ FELIPE NOGUEIRA.

São Paulo, 14 de abril de 2015.

JOÃO NEGRINI FILHO, Relator

Ementa: ACIDENTE DO TRABALHO – AUXÍLIO-ACIDENTE – BALCONISTA – LESÃO NO DEDO MÍNIMO DA MÃO DIREITA – LAUDO PERICIAL

CONCLUSIVO – INCAPACIDADE PARCIAL E PERMANENTE COMPROVADA – NEXO CAUSAL COM O LABOR DEMONSTRADO – BENEFÍCIO DEVIDO.

TERMO INICIAL DO BENEFÍCIO JUNTADA DO LAUDO MÉDICO PERICIAL EM JUÍZO.

APELO DA AUTARQUIA – NÃO RECOLHIMENTO DO PORTE DE REMESSA E DE RETORNO – DESERÇÃO CARACTERIZADA.

ATUALIZAÇÃO DOS ATRASADOS – ÍNDICES ECONÔMICOS PERTINENTES – JUROS MORATÓRIOS LEGAIS – ADI Nº 4357/STF.

Remessa oficial parcialmente provida. Recurso autárquico não conhecido.

VOTO

Trata-se de ação acidentária movida pela parte obreira alegando ter sofrido acidente típico no exercício de suas atividades profissionais, o que causou a redução de sua capacidade para o trabalho e conduz ao direito à percepção do benefício acidentário.

A ação foi julgada procedente, condenando-se a Autarquia ao pagamento de auxílio-acidente de 50% do salário-de-benefício, a partir da citação, abono anual, juros de mora a contar da citação e honorários advocatícios de 15% sobre as parcelas vencidas até a sentença (fls. 126/127).

Irresignada apela a autarquia arguindo, preliminarmente, a isenção quanto ao recolhimento do porte de remessa e de retorno e a possibilidade de pagamento ao final. No mérito, busca a improcedência do pedido sob o argumento de inexistência de incapacidade laborativa. Subsidiariamente requer alteração do termo inicial do benefício e redução dos honorários advocatícios. Por fim prequestiona a matéria. (fls. 131/142).

O recurso foi recebido e não respondido. O Ministério Público não mais opina em questões acidentárias.

Decisão submetida ao reexame necessário.

É o relatório.

Conheço da remessa oficial por força do que dispõe o art. 475, inciso I, do CPC, com a redação conferida pela Lei nº 10.352, de 26/12/2001, que incluiu entre as pessoas jurídicas de direito público as suas autarquias e fundações públicas.

Por outro lado, o recurso autárquico não comporta conhecimento por

ausência de pressuposto de admissibilidade recursal, qual seja, o preparo, na forma do porte de remessa e de retorno dos autos, como determina o artigo 511 do Código de Processo Civil, nestes termos:

> *"Art. 511. No ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção."*

Assim é que a Lei Estadual 11.608, de 29 de dezembro de 2003, em seu artigo 6º, dispensa do recolhimento de taxa judiciária a União, os Estados, os Municípios e respectivas autarquias e fundações.

Todavia, em seu artigo 2º, parágrafo único, inciso II, a mencionada lei deixa claro que não se incluem no conceito de taxa judiciária despesas com porte de remessa e de retorno dos autos no caso de recurso, sendo tal valor estabelecido por ato do Conselho Superior da Magistratura.

É certo que no Estado de São Paulo, em que a própria Lei 11.608/03 isenta a autarquia do pagamento de preparo, a questão apenas versa sobre o porte de remessa e de retorno, o qual é indubitavelmente devido.

No caso, o apelo foi interposto quando já vigorava a norma citada. Portanto, inviável o seu conhecimento. O julgamento prosseguirá em razão do reexame necessário.

Afirma o segurado que, em 17/02/2005, sofreu acidente típico no exercício de suas funções, resultando sequelas permanentes, que reduzem sua capacidade laborativa.

Realizada perícia médica, o *expert* diagnosticou que: "*Ao exame clínico constatamos cicatriz de lesão contusa linear na face medial da mão direita e posicionamento vicioso em flexão do 5º dedo. Notamos lesão tendínio-nervosa com redução em grau total da mobilidade interfalangeana distal e proximal e metacarpofalangeana do 5º dedo e redução em grau máximo da oponência entre o 1º e 5º dedos*". Concluindo que há uma incapacidade parcial e permanente (fls. 106/115).

Seguindo este entendimento o MM. Juiz *a quo* deferiu o auxílio-acidente.

De fato, a perícia foi segura e convincente ao demonstrar que a autora ressente-se de sequelas determinantes de dano à saúde, com repercussão em sua capacidade laborativa, confirmando que estas tiveram origem no seu trabalho.

O nexo causal restou demonstrado pela emissão da CAT (fls.74) e concessão do auxílio-doença acidentário (fls.56/62).

Deste modo, outro não poderia ser o deslinde da ação, que não a procedência, eis que para o deferimento do benefício acidentário é imprescindível a constatação do acidente ou o diagnóstico da doença, a caracterização do nexo causal com o trabalho e a efetiva incapacidade profissional, parcial e permanente.

Acesso ao Sumário

Presentes estes requisitos, é de rigor a concessão da reparação.

Vale citar:

"A existência de nexo de causalidade e de incapacidade parcial e permanente permitem o reconhecimento do direito ao benefício acidentário reclamado." (Ap. s/ Rev. 662.055-00/7 - 7ª Câm. - Rel. Juiz ANTONIO RIGOLIN - J. 17.6.2003)

Contudo, a r. sentença comporta reparo, pelo reexame necessário, no que diz respeito ao marco inicial do benefício, que deve ser a data da juntada do laudo médico-pericial em juízo, ou seja, em 19 de novembro de 2012 (fl. 105) momento a partir do qual é que se teve certeza da consolidação da doença, porquanto antes de realizada a perícia em juízo não se poderia afirmar a preexistência da incapacidade laboral.

Nesse sentido o julgado:

"O termo inicial para a concessão do benefício de auxílio-acidente é o da apresentação do laudo médico-pericial em juízo, quando não reconhecida a incapacidade administrativamente" (EREsp 135203/SP ; EMBARGOS DE DIVERGENCIA NO REC. ESPECIAL nº 1998/0029204-7. Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI. TERCEIRA SEÇÃO. J. 28/04/2004)

Objetivando melhor direcionar a futura execução, consigno que o montante devido a título de parcelas atrasadas do benefício deferido nesta ação será monetariamente corrigido pelos índices econômicos pertinentes, acrescidos dos juros moratórios legais a contar da citação, ficando para a fase de execução a definição de ambos os critérios a serem utilizados, observando-se, no que couber, o julgamento da ADI nº 4357 pelo STF.

Pelo exposto, DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO à remessa oficial. NÃO SE CONHECE do apelo autárquico.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 0562869-79.2008.8.26.0577, da Comarca de São José dos Campos, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS, é apelado BANCO BRADESCO S/A.

ACORDAM, em 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.103)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BEATRIZ BRAGA (Presidente sem voto), OSVALDO CAPRARO e FRANCISCO

OLAVO.

São Paulo, 16 de abril de 2015.

WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI, Relator

Ementa: EXECUÇÃO FISCAL – Embargos – ISSQN – Serviços bancários – Exercícios de 1999 e 2000 – Taxatividade da lista de serviços anexa ao Decreto-Lei nº 406/68 alterado pela Lei Complementar 56/87 – Possibilidade de interpretação extensiva, viabilizando o enquadramento de serviços congêneres àqueles explicitamente elencados – Os serviços de "tarifa sobre manutenção de contas inativas", "taxa sobre descoberto em conta corrente e excesso de limite de cheque especial", "tarifa sobre contratação de operação ativa (desconto, cheque especial e conta corrente garantida)" e "tarifa sobre exclusão do CCF", não são tributáveis, já que tais atividades não representam serviços congêneres aos elencados na referida lista – Os serviços de "tarifa sobre depósito pagamento instantâneo com identificação do remetente", "tarifa sobre recibo de retirada" e "taxa sobre serviços de caixa único" são perfeitamente tributáveis, pois correspondem a serviços congêneres previstos na supramencionada lista – Sentença parcialmente reformada – Recursos parcialmente providos.

VOTO

Vistos.

BANCO BRADESCO S.A., nos autos da Ação de Execução Fiscal (Proc. nº. 0562869-79.2008.8.26.0577, da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São José dos Campos), que lhe move a **PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS**, referente ao débito de Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN, dos exercícios de 1999 e 2000, apresenta embargos à execução, alegando, em preliminar, a irregularidade da CDA. Quanto ao mérito, sustenta a ilegalidade da cobrança, em face da taxatividade da lista de serviços prevista na Lei Complementar nº 56/87. Cita legislação, doutrina e jurisprudência que entende pertinentes. Ao final, requer a procedência dos presentes embargos, declarando-se a nulidade da execução em tela, com a condenação da embargada no pagamento dos ônus da sucumbência.

Acesso ao Sumário

Registre-se que foi proferida a r. sentença de fls.945/947, que julgou parcialmente procedentes os presentes embargos.

A Municipalidade de São José dos Campos, então, interpôs o seu recurso de apelação (fls. 951/964). Sustenta, em síntese, que há incidência de ISSQN nos serviços descritos pelas certidões de dívida ativa; que os serviços bancários não se restringem aos expressos nos itens 95 e 96 da lista de serviços, podendo ser enquadrados em diversos outros itens; que a nomenclatura atribuída não pode alterar ou determinar a hipótese de incidência. Tece considerações a respeito da matéria, com citações de legislação e jurisprudência. Ao final, requer o provimento do recurso, com a reforma da r. sentença de primeiro grau, para o fim de julgarem-se improcedentes os embargos à execução.

Tempestivo o recurso, foi o mesmo regularmente processado, com a apresentação de contrarrazões (fls. 976/979).

É o relatório.

Malgrado o zelo e a combatividade da digna procuradora da Municipalidade apelante, entende-se, com a devida vênia, que o recurso interposto *reúne condições de ser provido apenas em parte.*

Senão, vejamos.

Conforme se infere dos autos da execução fiscal em apenso, pretende a Municipalidade de São José dos Campos compelir o Banco Bradesco S/A ao pagamento da quantia de R$ 85.042,03 (oitenta e cinco mil, quarenta e dois reais e três centavos), referente ao ISSQN.

Inicialmente, é preciso destacar que a lista de serviços anexa ao Decreto Lei nº406/1968 e à Lei Complementar nº56/87, aplicáveis ao caso dos autos (vez que os lançamentos são anteriores à vigência da Lei Complementar 116/03), apesar de taxativa quanto ao gênero dos serviços nela mencionados, não é quanto às espécies. Ou seja, ainda que não se possa incluir na lista categoria de serviço que não esteja nela prevista, aquele que nela existe admite ampla interpretação. A não ser assim bastaria ao contribuinte mudar o "nome" do serviço e, dificilmente, o fisco municipal poderia submetê-lo à tributação.

Acesso ao Sumário

Nesta seara, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que é taxativa a Lista de Serviços anexa ao Decreto-lei 406/68, para efeito de incidência de ISS, admitindo-se, aos já existentes serviços bancários apresentados com outra nomenclatura, o emprego da interpretação extensiva para aqueles congêneres, consoante se infere da Súmula 424 do STJ, *in verbis: "É legítima a incidência de ISS sobre os serviços bancários congêneres da lista anexa ao DL n. 406/1968 e à LC n. 56/1987".*

No mesmo sentido é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 361829/RJ, ao mencionar em sua ementa:

"... é taxativa, ou limitativa, e não simplesmente exemplificativa, a lista

de serviços anexa à Lei Complementar, embora comportem interpretação ampla os seus tópicos. Cuida-se, no caso, da lista anexa à Lei Complementar 56/87".

Admitidas essas premissas, urge considerar se as atividades taxadas pelo Município de São José dos Campos estão compreendidas na lista anexa à Lei Complementar nº 56/87 ou comportam interpretação extensiva aos serviços ali expressamente previstos.

Os itens 95 e 96 da lista de serviço anexa à Lei Complementar 56/87 são usados para amparar a tributação. Veja-se o teor dos referidos itens:

"95. Cobranças e recebimentos por conta de terceiros, inclusive direitos autorais, protestos de títulos, sustação de protestos, devolução de títulos não pagos, manutenção de títulos vencidos, fornecimentos de posição de cobrança ou recebimento e outros serviços correlatos da cobrança ou recebimento (este item abrange também os serviços prestados por instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central);

"96. Instituições financeiras autorizadas a funcionar pelo Banco Central: fornecimento de talão de cheques; emissão de cheques administrativos; transferência de fundos; devolução de cheques; sustação de pagamento de cheques; ordens de pagamento e de crédito, por qualquer meio; emissão e renovação de cartões magnéticos; consultas em terminais eletrônicos; pagamentos por conta de terceiros, inclusive os feitos fora do estabelecimento; elaboração de ficha cadastral; aluguel de cofres; fornecimento de segunda via de avisos de lançamento de extrato de contas; emissão de carnês (neste item não está abrangido o ressarcimento, a instituições financeiras, de gastos com portes do Correio, telegramas, telex e teleprocessamento, necessários à prestação dos serviços)".

Passa-se à análise das imposições tributárias relativas às subcontas controvertidas no processo, que são as seguintes:

Com relação à ***taxa sobre descoberto em conta-corrente e excesso de limite de cheque especial*** (93.11), trata-se de sanção pecuniária aplicada ao cliente em virtude de eventuais valores descobertos em contas correntes e limites de cheques especiais excedidos. A remuneração devida ao banco decorre da utilização de crédito excedente disponibilizado ao cliente. Ao contrário do que quer fazer entender a Municipalidade apelante, a não incidência do ISSQN é consequência da ausência de sua previsão, expressa ou por interpretação extensiva, nos itens 95 e 96 do rol de serviços da indigitada legislação tributária.

Já a ***tarifa sobre depósito instantâneo com identificação do remetente*** (97.16), pode ser enquadrada no item 95 da lista anexa, uma vez que se trata de *serviço correlato de cobrança ou recebimento*, na medida em que a instituição financeira recebe determinado montante para que o cliente tenha identificado depósito efetuado.

Acesso ao Sumário

No que diz respeito à ***tarifa sobre recibo de retirada*** (97.17), tal serviço é remunerado pelo saque sem uso de cheque ou cartão, o qual está presente no item 96 da lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 56/87: "*ordens de pagamento e de créditos*". Sendo, portanto, também, devida a exação.

A propósito, como bem salientou o eminente Des. Rodrigues Aguiar, no julgamento da Apelação nº 0034476-39.2010.8.26.0576: *"(...) 'tarifa sobre depósito instantâneo com identificação do remetente', 'tarifa sobre serviços - 2ª via do extrato' e 'tarifa sobre recibo retirada' encontram-se, ainda que sob uma interpretação extensiva tal como acima aludida, previstas como serviço tributável constante do DL 406/68, com redação dada pela LC 56/87*" (15ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo; j. 26.09.2013).

E, ainda, a ilustre Ministra Eliana Calmon, no julgamento do REsp nº 567.592/PR, fez constar que a cobrança de tarifas sobre depósitos instantâneos e sobre recibos de retirada "*referem-se a serviços bancários e, como tal, sofrem incidência do ISS*" (2ª Turma do E. Superior Tribunal de Justiça; j. 04.11.2033; p. DJ 15.12.2003, p. 300).

Quanto à ***tarifa sobre exclusão do Cadastro de Cheques sem Fundo*** (97.127), tal espécie remente a receitas de tarifas cobradas na prestação de serviços de montagem e análise de processos para a exclusão dos clientes do Cadastro de Emitentes de Cheques sem Fundo. Como tal atividade se destina à instituição financeira e não a clientes, ou a terceiros, não incide o ISS. Salienta-se que tal serviço só passou a figurar na lista de serviços com a edição da Lei Complementar nº 116/03 (item 15.04).

No que tange à ***taxa sobre contratação de operação ativa – desconto*** (item 99.08), ***cheque especial*** (item 99.30) e ***conta corrente garantida*** (item 99.33), tem-se que são operações relacionadas à abertura de crédito, em que as instituições financeiras aplicam recursos próprios ou de terceiros em operações de crédito ou em aplicações financeiras de renda fixa ou variável, não podendo ser consideradas como serviço e, consequentemente, não são passiveis de tributação por ISSQN. Constitui-se como operação de crédito e não se confunde com a prestação de serviço.

Acesso ao Sumário

Corroborando essa assertiva é o julgamento da ADI 2.591-DF pelo Supremo Tribunal Federal, que decidiu "*que as operações ativas das instituições financeiras não podem sequer ser conceituadas como serviços*". (Pleno do STF; j. 07.06.2006; p. DJ 29.09.2006, p. 00031; Rel. Min. Carlos Velloso).

No tocante à ***tarifa sobre manutenção de saldos inativos*** (99.35), trata-se de tarifa cobrada pela manutenção de conta inativa (sem movimentação em um determinado período); ou seja, os bancos debitam ao cliente a denominada taxa de manutenção. Essa atividade não se encontra descrita nos itens 95 e 96 da lista anexa à LC 56/87, configurando-se ilegítima a exação.

Ademais, Sérgio Pinto Martins, sobre o tema, leciona que "*a cobrança de tarifa de manutenção de contas inativas também não é serviço, pois nada está sendo prestado ao cliente; ao contrário, está sendo retirado dinheiro de sua conta por não ser movimentada. Nesse caso, no máximo, se poderia falar que a taxa seria para a manutenção da conta nos registros do banco; porém, seria um serviço prestado para si próprio, e não para terceiro" (Manual do imposto sobre serviço*. 4ª ed. atual., rev. E ampl. São Paulo: Atlas, 2002, p. 171).

Neste sentido também é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

"TRIBUTÁRIO. ISS. SERVIÇOS DE CORRETAGEM E INTERMEDIAÇÃO DE CAMBIO E MANUTENÇÃO DE CONTAS DE INATIVOS. AUSÊNCIA DE PREVISÃO NA LISTAGEM DA LEI COMPLEMENTAR 56/87.

"1.- O ISS não incide sobre serviços bancários de intermediação de recursos de empréstimos obtidos no exterior, tampouco sobre serviços relacionados à manutenção de conta de inativo, visto que tais atividades não se encontram relacionadas nos itens 95 e 96, da LC 56/87. Recurso Especial- não provido" (REsp 259.721/RJ, Ministro João Otávio de Noronha).

Outrossim, salienta-se que tal atividade passou a figurar na lista de serviços com a edição da LC 116/03 (item 15.02), o que não aplica-se ao caso presente.

Por fim, quanto à ***tarifa sobre serviço de caixa único*** (99.39), como bem observou o magistrado sentenciante, "*quanto a esse item não foi objeto de questionamento a afirmação da embargada de que ele seria integrado da autorização para o banco promover pagamentos por conta de terceiros. Isso autoriza a tributação, com base no item 96 da Lista de Serviços*" (fl. 947).

Assim, diante de tais considerações, cabível a *parcial reforma* da r. sentença de primeiro grau, permitindo-se que a execução fiscal prossiga também em relação aos valores exigidos a título de ISSQN sobre a cobrança dos seguintes serviços: *tarifa sobre depósito instantâneo com identificação do remetente e tarifa sobre recibo de retirada*, mantendo-se, no mais, a r. sentença atacada.

Para os devidos fins de direito, consideram-se prequestionados os dispositivos legais e constitucionais mencionados.

Com isto, **dá-se parcial provimento** aos recursos, voluntário da Municipalidade e *ex officio.*

Acesso ao Sumário

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0013157-21.2015.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que é suscitante 9ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, é suscitado 13ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

ACORDAM, em Turma Especial - Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conflito procedente, declarando-se competente para julgar a ação a C. 9ª Câmara de Direito Público, suscitante. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.479)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores TORRES DE CARVALHO (Presidente), RICARDO DIP, ERBETTA FILHO, COIMBRA SCHMIDT, SIDNEY ROMANO DOS REIS, WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI, FERMINO MAGNANI FILHO, OSWALDO LUIZ PALU, ALVARO PASSOS, LUIZ FELIPE NOGUEIRA, HENRIQUE HARRIS JÚNIOR, SOUZA MEIRELLES e LUCIANA BRESCIANI.

São Paulo, 10 de abril de 2015.

RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Medida cautelar incidental que busca garantir a cobrança de débitos em várias execuções. Hipótese de prevenção, nos moldes do artigo 106 do CPC e artigo 105 do Regimento Interno. É competente o juízo que primeiro apreciou recurso relativo a qualquer uma das execuções. Conflito procedente para reconhecer a competência da 9ª Câmara de Direito Público.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Adriano Toroni em face da decisão interlocutória com cópia a fls. 14/15 que, nos autos de medida cautelar, deferiu o pleito liminar para determinar a penhora, arresto e bloqueio de direitos, bens e ativos financeiros dos requeridos, nos moldes do item "B" da inicial com cópia a fls. 20/71.

Os autos foram distribuídos em 18/03/2014 à 13ª Câmara de Direito

Público, relator Desembargador Souza Meirelles e, em julgamento de 05/11/2014 não conheceram do recurso e determinaram a remessa dos autos para a 9ª Câmara de Direito Público (fls. 772/783).

Aos 28/11/2014 os autos foram redistribuídos à 9ª Câmara de Direito Público, relator Desembargador Décio Notarangeli e, em julgamento de 04/02/2015 não conheceram do recurso, suscitaram conflito de competência e determinaram a remessa dos autos à Turma Especial da Seção de Direito Público (fls. 791/795).

É O RELATÓRIO.

Nos termos do artigo 200 do Regimento Interno, "*a dúvida de competência será dirimida pelo Órgão Especial ou, se circunscrita a uma das Seções ou Subseções, pelas Turmas Especiais...*". Portanto, interpretando-se tal disposição com o previsto no artigo 32, inciso IV, do Regimento Interno, é cabível o julgamento deste conflito perante a Turma Especial, visto tratar-se de dúvida de competência entre Câmaras.

Pois bem. Denota-se que foi ajuizada a presente medida cautelar incidental na qual a Fazenda Pública busca a constrição de diversos bens, entre marcas, patentes, imóveis e ativos financeiros, a fim de garantir a cobrança de débitos em várias execuções, entre as quais a execução fiscal nº 0002327-41.2013.8.26.0428. A respeito, destaco parte da inicial da cautelar:

> "A execução fiscal n 0002327-41.2013.8.26.0428 foi escolhida como processo principal para fins de apensamento, pois é a ação que cobra o maior débito da empresa CRIA SIM (CDA n. 1093405345 R$ 246.226.779,89). No entanto, importante ressaltar que a presente cautelar visa garantir a cobrança de outros débitos representados pelas seguintes CDA's e respectivas execuções fiscais ajuizadas no Foro Distrital de Paulínia em face das empresas CRIA SIM e K&M,..." (fls. 49/50).

Assim, embora expressamente apensada à execução fiscal nº 0002327-41.2013.8.26.0428, a cautelar também é incidente às demais execuções sob nº 0002329-11.2013.8.26.0428; 0002328-26.2013.8.26.0428; 0003338-76.2011.8.26.0428; 0004661-19.2011.8.26.0428; 0006312-86.2011.8.26.0428; 0008151-49.2011.8.26.0428; 0009120-64.2011.8.26.0428; 0006010-23.2012.8.26.0428; 0000779-20.2009.8.26.0428; 0002208-85.2013.8.26.0428; 0003060-12.2010.8.26.0428; e, 428.01.2003.000559-0.

Anoto que, nos autos da execução fiscal nº 003338-76.2011.8.26.0428 foi interposto recurso de agravo de instrumento sob nº 0210251-79.2012.8.26.0000, processado e julgado pela C. 9ª Câmara de Direito Público, pelo Desembargador DÉCIO NOTARANGELI. Daqui o surgimento da controvérsia acerca da existência ou não de prevenção e/ou conexão.

Primeiramente, saliento que a medida cautelar é conexa a todas as

Acesso ao Sumário

execuções fiscais mencionadas na inicial, visto que busca garantir todos os débitos, apesar de serem oriundos de fatos geradores distintos.

Havendo recursos em ações conexas em primeira instância, distribuídos a diferentes Câmaras, o caso é solucionado consoante as regras de prevenção. Cita o artigo 106 do Código de Processo Civil:

> Art. 106. Correndo em separado ações conexas perante juízes que têm a mesma competência territorial, considera-se prevento aquele que despachou em primeiro lugar.

Conforme o artigo 105 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça:

> Art. 105. A Câmara ou Grupo que primeiro conhecer de uma causa, ainda que não apreciado o mérito, ou de qualquer incidente, terá a competência preventa para os feitos originários conexos e para todos os recursos, na causa principal, cautelar ou acessória, incidente, oriunda de outro, conexa ou continente, derivadas do mesmo ato, fato, contrato ou relação jurídica, e nos processos de execução dos respectivos julgados.

Dessa forma, o juízo competente é aquele que primeiro apreciou recurso relativo a qualquer uma das execuções, ou seja, é a Câmara Suscitante.

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE o presente conflito para reconhecer a competência da suscitante, a 9ª Câmara de Direito Público.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 2059054-38.2015.8.26.0000, da Comarca de São José do Rio Preto, em que são suscitantes VALDOMIRO LOPES DA SILVA JÚNIOR e LUIZ ANTÔNIO TAVOLARO, são suscitados 9ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA e 5ª 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 fixar a competência da C. 9ª Câmara de Direito Público, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 7.625)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores TORRES DE CARVALHO (Presidente), ANTONIO CARLOS MALHEIROS, RICARDO DIP, ERBETTA FILHO, COIMBRA SCHMIDT, DANILO PANIZZA, SIDNEY ROMANO DOS REIS, WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI, VENICIO SALLES, FERMINO MAGNANI FILHO, OSWALDO LUIZ PALU, RUY

ALBERTO LEME CAVALHEIRO, ALVARO PASSOS, LUIZ FELIPE NOGUEIRA, HENRIQUE HARRIS JÚNIOR, LUCIANA BRESCIANI, CRISTINA COTROFE e FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA.

São Paulo, 8 de maio de 2015

PAULO BARCELLOS GATTI, Relator

Ementa: DÚVIDA DE COMPETÊNCIA – AÇÃO POPULAR – PREVENÇÃO – Incidente de dúvida de competência suscitado por réu em ação popular, em virtude de declínio de competência por parte da C. 9ª Câmara de Direito Público, que determinou a remessa dos autos para a 5ª Câmara de Direito Público, considerada competente para o julgamento do feito – descabimento – prevenção da 9ª Câmara de Direito Público, decorrente do julgamento do Agravo de Instrumento nº 0164940-02.2011.8.26.0000, tirado contra decisão interlocutória proferida nos mesmos autos da ação popular – inteligência do art. 105, do RITJSP – julgamento pela 5ª Câmara de Direito Público de recurso de apelação (Processo nº 0027356-71.2012.8.26.0576) interposto em causa conexa (ação de improbidade administrativa) que não atrai a competência previamente firmada da 9ª Câmara de Direito Público, tendo em vista a natureza relativa para julgamento da matéria, prevalecendo, pois, a regra da *perpetuatio jurisdicionis* – Conflito julgado procedente, para fixar a competência da 9ª Câmara de Direito Público.

VOTO

Vistos.

Trata-se de incidente de dúvida de competência, suscitado por **VALDOMIRO LOPES DA SILVA JÚNIOR e LUIZ ANTÔNIO TAVOLARO**, nos autos da "ação popular" que é promovida por **AIRTON JORGE SARCHIS**, em decorrência de *representação* efetivada pela C. **9ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO** deste Tribunal de Justiça, declinando de sua competência para o julgamento do feito.

Na inicial do incidente, argumentaram os suscitantes, réus da ação popular, que a *representação* efetivada pela C. 9ª Câmara de Direito Público ao Presidente da respetiva Seção do Tribunal, no sentido de declinar de sua competência para

Acesso ao Sumário

julgamento da **Apelação Cível nº 0028383-26.2011.8.26.0576**, determinando a remessa dos autos à 5ª Câmara de Direito Público, não poderia prevalecer. Isso porque, de acordo com as informações coligidas, a 9ª Câmara de Direito Público já tivera sua competência para o julgamento da referida apelação firmada por **prevenção**, decorrente do anterior julgamento proferido no **Agravo de Instrumento (Processo nº 0164940-02.2011.8.26.0000)**, tirado contra decisão interlocutória exarada pelo Juízo singular nos mesmos autos da ação popular (*e*-fls. 17/63).

Destarte, não obstante a 5ª Câmara de Direito Público tenha, de fato, conhecido posteriormente de causa conexa, quando do julgamento da **Apelação Cível nº 0027356-71.2012.8.26.0576** (*Ação de Improbidade Administrativa* – *e*-fls. 104/163), para os recursos interpostos na *ação popular* (Processo nº **0028383-26.2011.8.26.0576**) já havia sido fixada a competência da 9ª Câmara de Direito Público.

Requereu, nesta linha, o acolhimento da dúvida de competência, para o fim de se fixar a competência da 9ª Câmara de Direito Público para o julgamento da apelação cível interposta nos autos da ação popular - Processo nº **0028383-26.2011.8.26.0576** (*e*- fls. 01/10).

Dispensadas a requisição de informações ao Juízo suscitado, o incidente comporta julgamento direto.

Este é, em síntese, o relatório.

VOTO

Ab initio, cumpre fazer uma breve digressão sobre o contexto fático que envolve o presente incidente, a fim de se melhor esclarecer a origem da controvérsia aqui estabelecida.

I – Ação Civil de Improbidade Administrativa – Processo nº 0047459-36.2011.8.26.0576.

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, valendo-se de suas atribuições (art. 5º, I, da Lei 7.347/85 e art. 17, *caput*, da Lei 8.429/92), ajuizou ação civil pública por ato de improbidade administrativa contra *EDSON EDINHO COELHO ARAÚJO e VALDOMIRO LOPES DA SILVA JÚNIOR*, aduzindo que, os corréus, na qualidade de sucessor e sucedido no cargo de Prefeito Municipal de São José do Rio Preto, encaminharam à Câmara Municipal um projeto de lei (convertido na **LCM nº 211/2005**), objetivando a criação de cargos comissionados, sem que, para tanto, tenham observado as necessárias qualidades de *assessoria, chefia e direção* inerentes aos cargos de confiança. Se não bastasse, afirmou o *parquet* que esta postura dos Alcaides teria sido tomado mesmo após a declaração de inconstitucionalidade de lei anterior que tinha por escopo esta mesma finalidade fraudatória da constituição. Sendo assim, requereu a condenação dos corréus nas penas previstas na Lei de Improbidade, inclusive

Acesso ao Sumário

com o ressarcimento do Erário (e-fls. 65/77).

Esta ação foi julgada improcedente pelo Juízo singular (e-fls. 78/84), cujos fundamentos jurídicos foram confirmados por decisão proferida pela **3ª Câmara de Direito Público deste Tribunal de Justiça** (*e*-fls. 85/103), a quem foi atribuída, livremente, **aos 26.08.2013**, a competência para o julgamento do recurso de apelação interposto pelo Ministério Público.

II – Ação Civil de Improbidade Administrativa – Processo nº 0027356-71.2012.8.26.0576.

Um ano após o julgamento daquela primeira *ação de improbidade administrativa*, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, **novamente**, ajuizou outra ação civil de improbidade administrativa, contra o mesmo *VALDOMIRO LOPES DA SILVA JÚNIOR* e outros corréus, em razão do primeiro ter encaminhado à Casa dos Edis novo projeto de lei (convertido na **LCM nº 346/2011**), tendo por objeto a mesma finalidade de criar cargos em comissão sem externalizar a qualidade de chefia, assessoramento ou direção dos mesmos (fls. 107/134).

Esta segunda ação também foi julgada improcedente em primeiro grau de jurisdição (fls. 135/146), porém o resultado do *decisum* monocrático foi revertido por este Tribunal "ad quem", quando do julgamento da **apelação cível** – Processo nº 0027356-71.2012.8.26.0576, interposta pelo *parquet*, distribuída livremente, **aos 24.02.2014**, à C. 5ª Câmara de Direito Público (*e*-fls. 147/156 e 157/163).

III – Ação Popular – Processo nº 0028383-26.2011.8.26.0576.

Antes mesmo do ajuizamento destas ações de improbidade, os ora suscitantes, um na qualidade de ex-Prefeito do Município de São José do Rio Preto (VALDOMIRO LOPES DA SILVA JÚNIOR) e o outro na qualidade de assessor jurídico do Alcaide (LUIZ ANTÔNIO TAVOLARO), já haviam sido incluídos como corréus em **ação popular**, ajuizada por AIRTON JORGE SARCHIS, em razão de, segundo consta, terem concorrido para a aprovação de leis manifestamente inconstitucionais e lesivas ao Erário.

De acordo com o autor do instrumento processual de iniciativa popular, os Alcaides teriam encaminhado para a Câmara Municipal um projeto de lei (nº 14/2009), voltado à criação de *cargos em comissão*, sem que, para tanto, haja as respectivas qualidades de *assessoramento, chefia ou direção*. Por isso, ingressou em Juízo, pugnando pela condenação de todos os envolvidos ao ressarcimento do prejuízo gerado ao Erário, bem como às penas pelos atos de improbidade que entende terem praticados (*e*-fls. 17/23).

Naquela oportunidade, a petição inicial foi parcialmente indeferida pelo Juízo monocrático, sob o fundamento de ser o autor popular **parte ilegítima para requerer a condenação dos réus às penas por ato de improbidade**.

Acesso ao Sumário

Contra esta decisão fora interposto o **Agravo de Instrumento nº 0164940-02.2011.8.26.0000**, distribuído aos **21.07.2011**, livremente, à **9ª Câmara de Direito Público**, sob a relatoria do eminente Des. ANTÔNIO RULLI, o qual houve por bem manter o *decisum* terminativo (*e*-fls. 48/54).

Prosseguido o procedimento com relação ao pedido de ressarcimento do Erário, sobreveio sentença, na qual se reconheceu a inépcia da petição inicial (*e*- fls. 55/63). E, contra esta nova decisão fora interposto recurso de apelação, distribuído aos **08.09.2014**, por **prevenção**, à mesma **9ª Câmara de Direito Público**, agora sob a relatoria do eminente Des. MOREIRA DE CARVALHO.

Ocorre que, este último relator entendeu que a competência para o julgamento do feito seria da **5ª Câmara de Direito Público**, que, conforme antecipado, conheceu de causa conexa à presente ação popular, quando do julgamento da Apelação Cível no Processo nº 0027326-71.2012.8.26.0576, objeto do item II deste voto.

Pois bem.

IV – Fixação da Competência para a Apelação Cível interposta na Ação Popular – Processo nº 0028383-26.2011.8.26.0576.

Esclarecidas as circunstâncias que deram origem ao presente incidente, deve-se anotar, desde logo, que dentre as Câmaras integrantes da **Seção de Direito Público**, a competência é distribuída de forma **preferencial**, isto é, não absoluta, já que entre os órgãos fracionários há competência de natureza **relativa** para o julgamento das causas arroladas no **art. 3º, inciso I, da Resolução TJSP nº 623/2013.**

Destarte, tratando-se de órgãos de mesma competência funcional, a dirimição de eventual conflito de atribuição jurisdicional entre eles existente deve se dar pela regra da **prevenção**, conforme disposição do art. 106, do CPC, e do **art. 105, do RITJSP**. Confira-se a literalidade deste último dispositivo legal:

> **Art. 105**. A Câmara ou Grupo que primeiro conhecer de uma causa, ainda que não apreciado o mérito, ou de qualquer incidente, terá a competência preventa para os feitos originários conexos e para todos os recursos, na causa principal, cautelar ou acessória, incidente, oriunda de outro, conexa ou continente, derivadas do mesmo ato, fato, contrato ou relação jurídica, e nos processos de execução dos respectivos julgados.

Na hipótese em testilha, o recurso de apelação, do qual se extraiu o presente incidente de *dúvida de competência*, fora interposto na **ação popular – Processo nº 0028383-26.2011.8.26.0576**, causa principal esta que já havia dado origem ao **Agravo de Instrumento nº 0164940-02.2011.8.26.0000**, conhecido pela **C. 9ª Câmara de Direito Público**.

Neste diapasão, certo é que a 9ª Câmara de Direito Público, por força do

disposto no retrotranscrito art. 105, do RITJSP, já tivera, desde o julgamento do Agravo de Instrumento, sua competência previamente firmada para conhecer de recursos posteriores interpostos na mesma causa principal, tendo em vista que se perfez o fenômeno processual denominado *perpetuatio jurisdicionis.*

De fato, não se descuida que o objeto dos Processos nº 0047459-36.2011.8.26.0576 e nº 0027256-71.2012.8.26.0576, conhecidos, respectivamente, pelas C. 3ª e 5ª Câmaras de Direito Público, possuem **conexão** com o objeto da ação popular. Todavia, conforme visto, além da singela conexão não ensejar competência de natureza absoluta entre as Câmaras integrantes da Seção de Direito Público, o eventual conflito de competência exsurgido entre os órgãos jurisdicionais deve ser resolvido à luz da **prevenção**, que para a ação popular foi firmada pela 9ª Câmara de Direito Público.

Ressalte-se que esta conclusão não é elidida pelo fato do Desembargador ANTONIO RULLI, responsável pela relatoria do Agravo de Instrumento nº 0164940-02.2011.8.26.0000, não mais integrar a Câmara julgadora. Nesta hipótese, aplica-se o disposto no art. 105, §1º, do RITJSP, cuja redação dispõe que:

> **Art. 105.** (...)
>
> § 1º O afastamento dos juízes que participaram do julgamento anterior não rompe a prevenção, sendo o novo processo distribuído a quem os substituir ou assumir a cadeira vaga.

Advirta-se, por fim, que esta conclusão não implicará risco de julgamentos conflitantes dentre os órgãos fracionários da Seção de Direito Público, já que a causa de pedir e pedidos referentes a cada um dos processos mencionados não são coincidentes, mas apenas se tangenciam por um fio circunstancial-temporal.

Em suma, cuidando-se de causa principal em que já firmada a **prevenção** da 9ª Câmara de Direito Público, a competência para apreciar os recursos posteriores nela interpostos cabe ao mesmo órgão fracionário da Seção de Direito Público.

Ante o exposto, **JULGA-SE PROCEDENTE** o conflito de competência, para declarar competente a Colenda 9ª Câmara de Direito Público.

Embargos de Declaração

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração

Acesso ao Sumário

nº 1016043-79.2013.8.26.0053/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é embargado NOEL PEREIRA E OUTROS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Rejeitaram os embargos. V.U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.894)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores XAVIER DE AQUINO (Presidente sem voto), LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ e ALIENDE RIBEIRO.

São Paulo, 6 de abril de 2015.

DANILO PANIZZA, Relator

Ementa: EMBARGOS DECLARATÓRIOS – PRETENSÃO DE OMISSÃO – INOCORRÊNCIA.

A alegação de ocorrência do defeito de omissão/ contradição, não confirmado no texto não propicia efeito modificativo.

Recurso apresentado com única finalidade de caracterizar omissão da matéria ventilada para fins de acesso aos Tribunais Superiores.

Ausência do defeito mencionado e de previsão legal a amparar a pretensão (art. 535 do CPC).

Recurso rejeitado.

VOTO

Vistos.

Fazenda do Estado de São Paulo apresentou embargos declaratórios a partir de fls. 01, alegando a ocorrência do defeito de omissão, uma vez que o v. aresto não examinou as alegações de apelação apresentadas pela ré, no sentido de que o pedido dos autores encontra resistência nos artigos 25, 37 *caput*, incisos X e XIII, e artigo 61, inciso II, alínea "a", da Constituição Federal, além de sustentar a necessidade de aplicação da Lei nº 11.960/09, sob pena de ofensa ao arts. 102, I, "a" e 97 da CF. Prequestiona a matéria, pedindo acolhimento do recurso.

É o relatório.

Em que pese o argumento expandido pela embargante, o certo é que a pretensão não pode ser acolhida, visto não encontrar amparo legal a justificar seu inconformismo, em razão de o art. 535 do CPC não trazer em seu bojo

qualquer indicação a socorrer tal postulação.

Por outro lado, o defeito mencionado inocorre, considerando que o v. aresto trouxe a fundamentação necessária para manter a r. sentença de primeiro grau, bastando a leitura atenta dos termos de fls. 383/386, dando atendimento ao disposto no inc. IX do art. 93 da CF.

Neste sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (Agravo Regimental nº 627816-MG, j. em 3.2.2005):

"Não se vislumbra ofensa aos artigos 458, II, e 535, II, do CPC, porquanto não há omissão nem ausência de fundamentação na apreciação das questões suscitadas. Com efeito, o órgão julgador não está obrigado a se manifestar sobre todos os argumentos colacionados pelas partes para expressar o seu convencimento, bastando, para tanto, pronunciar-se de forma geral sobre as questões pertinentes para a formação de sua convicção."

Destarte, a argumentação da recorrente a respeito da ausência de decisão que ampara a pretensão dos embargados, vale transcrever parte do voto do eminente Des. Manoel Ribeiro, nos Embargos de Declaração nº 0391174-08.2009.8.26.0000/50000, j. em 9 de abril de 2014:

"... Desta feita, incorporados os fundamentos acima expostos, a garantia da reposição da distorção aritmética causada pela conversão dos salários da época em URV, para as classes 601 a 609, 701 a 715 e 801 a 814, deve ser repassada aos servidores inativos e pensionistas, pois se trata de direito reconhecido em Dissídio Coletivo para correção de conversão dos salários em URV, em março de 2004.

Saliente-se que ao contrário do que afirma a apelante, o Tribunal Superior do Trabalho reconheceu a ocorrência de equívoco na conversão da URV em real nos salários e proventos dos servidores da FEPASA, pautando-se em laudo de apuração contábil, elaborado pela Assessoria Econômica, que consignou a ocorrência da redução alegada, enumerando, taxativamente, as classes prejudicadas, reconhecendo o prejuízo salarial, por decisão transitada em julgado.

E nem se alegue que a extinção do Dissídio Coletivo nº 157/94, sem julgamento de mérito, pelo Tribunal Superior do Trabalho (processo TST - RO - DC -143054/94;4), tem o condão de modificar o julgado.

Aquele pleito recursal não foi analisado pelo TST, por inviabilidade procedimental, uma vez que a natureza jurídica do Dissídio Coletivo não comportava o julgamento de direitos individuais.

Contudo, o relevante para a procedência daquela ação, e que interessa no presente julgado, era o cálculo incorreto do salário, e isso foi constatado pela assessoria econômica do TRT, para as classes indicadas, ficando demonstrado o prejuízo sofrido pelos autores."

Acesso ao Sumário

Por fim, a irresignação quanto à não aplicabilidade da Lei nº 11.960/09 também não merece guarida, considerando que o posicionamento desta Câmara se coaduna com o entendimento firmado pela douta Magistrada de primeiro grau. Confira-se em Apelação Cível nº 0059640-52.2012.8.26.0053, Des. Luís Francisco Aguilar Cortez.

Destarte, o pedido de declaração de inconstitucionalidade pelo Órgão Especial deste Tribunal de Justiça (cláusula de reserva de plenário) não vinga, considerando que a Lei nº 11.960/09 já fora declarada parcialmente inconstitucional, razão pela qual desnecessária nova declaração neste sentido, até porque se trata de matéria já decidida em última instância pela Suprema Corte, restando pendente apenas de publicação dos termos do v. aresto respectivo.

Importante deixar consignado que os embargos declaratórios não se mostram via adequada para rediscutir a matéria já analisada e julgada, devendo a recorrente valer-se dos meios próprios para tanto, até porque "*não se admitem embargos de declaração infringentes, isto é, que, a pretexto de esclarecer ou completar o julgado anterior, na realidade buscam alterá-lo*" (RTJ 90/659; no mesmo sentido: RSTJ 109/365; RT 527/240; RSTJ 114/351, dentre outros).

Portanto, a irresignação trazida pela recorrente não encontra guarida, visto que os embargos declaratórios não se prestam para fins de prequestionamento, ante a ausência de disposição legal a albergar o presente pedido (art. 535 do CPC), admitido, no entanto, de acordo com os termos da Súmula nº 98 do STJ.

Com isto, **rejeita-se** o presente 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 7004586-61.2014.8.26.0198, da Comarca de Franco da Rocha, em que é agravante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado JOMAR RICARDO MENEZES.

ACORDAM, em 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, nos termos do v. acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 8835)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME DE SOUZA NUCCI (Presidente), OSNI PEREIRA e BORGES PEREIRA.

São Paulo, 10 de março de 2015.

GUILHERME DE SOUZA NUCCI, Relator

Ementa: Agravo em Execução. Pedido de reforma da decisão que reconheceu a extinção da punibilidade de prestação pecuniária adimplida pela metade. Viabilidade. Diferentemente da pena de multa, a prestação pecuniária não é dívida de valor e, sendo substitutiva, em caso de inadimplemento, comporta reconversão em reprimenda privativa de liberdade. Provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de **Agravo em Execução**, interposto pelo Ministério Público em face de decisão proferida em 21 de agosto p.p. (fl. 33), pelo MM. Juiz de Direito, Dr. Rafael Carvalho de Sá Roriz, da Vara das Execuções Criminais da Comarca de Franco da Rocha, que reconheceu a extinção da punibilidade em favor de JOMAR RICARDO MENEZES, mesmo sem ter adimplido todas as parcelas estabelecidas.

Irresignado, sustenta o agravante, resumidamente, ser imperiosa a

reforma da referida decisão, porquanto a prestação pecuniária não é dívida de valor e, portanto, comporta reconversão em reprimenda privativa, distinta da prisão civil.

O agravado, em sua contraminuta, bateu-se pelo acerto do *decisum*, entendendo certeira a analogia conferida pelo juiz *a quo* entre a multa e a prestação pecuniária.

A douta Procuradoria Geral de Justiça apresentou parecer endossando a razões ministeriais, opinando pelo provimento do agravo.

Consoante os ponderáveis fundamentos expostos nas doutas razões recursais, merece reparo a r. decisão agravada.

De plano, imperioso observar equivocado o entendimento esposado pelo magistrado *a quo*, segundo o qual (fl. 33) *aplica-se, pois, o art. 51 do Código Penal, de modo que, uma vez preclusa a decisão que impôs a prestação pecuniária, extingue-se automaticamente a punibilidade, convertendo-se a pena em dívida de valor, ou seja, em crédito em favor de quem fixada.*

Muito embora ambas consistam no adimplemento de determinado valor monetário, pelo condenado, ensejam efeitos distintos em caso de insolvência.

A pena de multa é sanção adimplida em favor do Estado, consistente no pagamento de determinada quantia ao fundo penitenciário e, não obstante seja considerada *dívida de valor* – nos moldes do art. 51 do Código Penal, inclusive reforçados pela Lei nº. 9.268/1996 –, sendo defeso convertê-la em privativa de liberdade, tal vedação, *de per si*, não a torna sanção civil. Ao revés, a natureza jurídica de pena de multa permanece imutavelmente penal.

Um fator ilustrativo deste entendimento é a impossibilidade de estender a pena de multa aos herdeiros de condenado falecido, conforme dispõe a Constituição Federal, em seu art. 5º, XLV, conquanto as sanções penais não passam da pessoa do sentenciado.

Ao seu turno, a prestação pecuniária é espécie pertencente ao gênero das penas restritivas de direitos, substitutiva e autônoma a reprimenda privativa de liberdade, consistente no adimplemento monetário em favor da vítima (ou seus dependentes) ou entidade social.

Diferentemente da pena de multa, a prestação pecuniária tem caráter alternativo ao cárcere, posto *derivar de permuta que se faz após a aplicação, na sentença condenatória, da pena privativa de liberdade*[1].

Por tal razão, em caso de descumprimento pelo condenado, o benefício deve ser afastado, reconvertendo-se a pena restritiva em privativa de liberdade, conforme preceituado pelo § 4º, do art. 44, do Código Penal.

Com efeito, resta evidente a distinção de tratamento conferida pelo legislador no tocante aos efeitos decorrentes da insolvência da pena de multa

Acesso ao Sumário

1 NUCCI, Guilherme de Souza, *Código Penal Comentado*, Forense, 14ª ed., art. 43, nota 66.

(art. 51 do Código Penal) em face do descumprimento da prestação pecuniária (art. 44, § 4º, do Código Penal).

Em semelhante prisma já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

CRIMINAL. HC. PENA DE MULTA E DE PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. NATUREZAS JURÍDICAS DIVERSAS. RECONVERSÃO DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS EM PRIVATIVA DE LIBERDADE. POSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

A pena de multa e a prestação pecuniária – espécie de pena restritiva de direitos – possuem naturezas jurídicas diversas.

O art. 44, § 4º, do Código Penal autoriza a reconversão da pena de prestação pecuniária, não cumprida, em privativa de liberdade. Precedentes. Ordem denegada. (HC 21.638/MG, 5ª Turma, rel. Gilson Dipp, 12/08/2003, v.u.)

Na mesma esteira, oportuno colacionar recente julgado proferido por este E. Tribunal, perfeitamente amoldável ao presente caso, *in litteris*:

Agravo em execução penal – Unificação de penas – Decisão que converteu a pena restritiva de direitos em privativa de liberdade e fixou ao reeducando o regime fechado para o desconto da reprimenda – Recurso defensivo – Restabelecimento da restritiva de direitos – Improcedência – O cumprimento da sanção restritiva se torna incompatível com o da privativa de liberdade – Inviabilidade de cumprimento da pena restritiva de direitos concomitantemente com a sanção corporal – Incidência do artigo 181, § 1º, alínea 'e', da LEP – Conversão de rigor. Fixação do regime fechado – Somatória das penas resultantes das três execuções em andamento superior a 08 (oito) anos de reclusão – Alegação de impossibilidade de reconversão frente ao não pagamento da prestação pecuniária, já que esta seria considerada dívida de valor – Improcedência – Nos termos do art. 44, § 4º, do Código Penal, o descumprimento injustificado da sanção substitutiva acarreta a reconversão em pena privativa de liberdade – Prestação pecuniária, modalidade de restritiva de direitos, que não se confunde com a pena de multa – Decisão confirmada – Recurso defensivo improvido. (Agravo 0060611-31.2014.8.26.0000, 11ª Câm. Criminal, rel. Salles Abreu, 03/12/2014, v.u.)

In concreto, o agravado foi condenado à reprimenda corporal de 1 ano e 4 meses, substituída por multa, no montante de 10 dias-multa, e prestação pecuniária, no importe de R$ 2.400,00, dos quais adimpliu somente metade (R$ 1.200,00), ensejando a possibilidade de reconversão em privativa de liberdade, em vista do inequívoco descumprimento.

De tal sorte, inviável a extinção de punibilidade de reprimenda não solvida, devendo o juiz decidir sobre sua reconversão, inclusive no tocante ao saldo remanescente.

Ante o exposto, meu voto é pelo **provimento** ao presente agravo

Acesso ao Sumário

ministerial, afastando-se a extinção da punibilidade, em favor de JOMAR RICARDO MENEZES, reconhecida pelo magistrado *a quo*.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0088986-42.2014.8.26.0000, da Comarca de Sorocaba, em que é agravante MÁRCIO VIANA DE SOUZA, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.957)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GRASSI NETO (Presidente) e LOURI BARBIERO.

São Paulo, 9 de abril de 2015.

MARCO ANTÔNIO COGAN, Relator

Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO – ALEGAÇÃO DE QUE O CÁLCULO DOS DIAS REMIDOS DEVE RECAIR SOBRE O TEMPO MÁXIMO DE PENA PREVISTO NO ART. 75, DO CP, JÁ QUE PENA REMIDA EQUIVALE A PENA CUMPRIDA.

CASO EM QUE O TEMPO TOTAL DA PENA UNIFICADA É QUE DEVE SER CONSIDERADA PARA CÁLCULO DE BENEFÍCIOS, INCLUSIVE A REMIÇÃO, NOS TERMOS DO VERBETE Nº 715, DA SÚMULA DO STF, QUE NÃO SE CONFUNDE COM O TEMPO MÁXIMO DE ENCARCERAMENTO PREVISTO NO ART. 75, DO CP.

Recurso desprovido.

VOTO

1 – Trata-se de agravo em execução ajuizado em favor de Márcio Viana (ou Vianna) de Souza, contra a decisão da MMª Juíza de Direito da Vara das Execuções Criminais da Comarca de Sorocaba, pela qual foi indeferido pleito de retificação de cálculo de penas do condenado (fls. 42/43).

Acesso ao Sumário

Aduz a Defensoria que a decisão monocrática deve ser reformada, vez que a nova redação do artigo 128, da Lei de Execução Penal, contida na Lei nº 12.433/2011, conferiu aos dias remidos natureza jurídica de pena cumprida, assim sendo, deve ser observado o limite de 30 anos imposto pelo artigo 75, do Código Penal, descontando-se os dias remidos do "término real de penas do condenado, qual seja, o que tem por fulcro o artigo 75 do CP e não do TCP fictício" (fl. 48/51).

O doutor Promotor de Justiça ofertou contraminuta ao agravo, pretendendo o não provimento do recurso interposto, argumentando que o limite temporal de cumprimento de penas fixado pelo legislador, de 30 anos, não pode ser aplicado para a concessão de benefícios (fls. 53/55).

A r. decisão monocrática foi mantida (fl. 58).

E a douta Procuradoria de Justiça, em r. parecer da lavra do doutor José Eduardo Fernandes Casarini, pronunciou-se pelo desprovimento do agravo, e pela mantença da decisão agravada (fls. 81/82).

Este, em síntese, é o relatório.

2 – No caso vertente, o presente recurso não pode prosperar.

É certo que o artigo 75, do Código Penal, estabelece o limite de 30 anos para o encarceramento de condenados, em atendimento à vedação de prisão perpétua na sistemática penal pátria.

In verbis: "**O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos.**

§ 1º Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 30 (trinta) anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo."

Ocorre que tal limite refere-se a tempo máximo de cumprimento de pena corporal, e não se estende aos benefícios a serem concedidos quando do desconto dessa, mormente a declaração da remição, que não faz coisa julgada, já que se sujeita ao não cometimento de infração disciplinar de natureza grave pelo condenado e, para tanto, há que ser considerado o total da pena imposta, como bem determinado no Juízo de Primeiro Grau.

E tal entendimento decorre do texto do verbete nº 715, da Súmula do Supremo Tribunal Federal, não existindo dúvida quanto à não extensão do limite fixado no artigo 75, do Código Penal, aos benefícios concedidos, para os quais não há que se considerar a pena unificada.

Nesse sentido já se posicionou essa Corte: – "**AGRAVO EM EXECUÇÃO – REMIÇÃO – PEDIDO DE RETIFICAÇÃO DOS CÁLCULOS DE PENAS A FIM DE QUE AS ATUAIS E FUTURAS REMIÇÕES SEJAM DESCONTADAS DO TÉRMINO REAL DE PENAS DO SENTENCIADO, CONSIDERANDO-SE O LIMITE DO ART. 75 DO CP – INCABÍVEL – LIMITE DE 30 ANOS PREVISTO**

Acesso ao Sumário

SOMENTE DIZ RESPEITO AO REAL CUMPRIMENTO DA PENA, NÃO SENDO APLICÁVEL NA ANÁLISE DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS EM SEDE DE EXECUÇÃO CRIMINAL. TAL TESE É ACOLHIDA PELA SÚMULA 715 DO STF, ALÉM DE VASTO ACERVO JURISPRUDENCIAL. – NEGADO PROVIMENTO AO AGRAVO" (Quinta Câmara Criminal, Rel. Sérgio Ribas, Agravo em Execução nº 0066386-27.2014.8.26.0000).

Em assim sendo, não há como se acolher o pedido defensivo.

Isto posto, nega-se provimento ao agravo interposto em favor de Márcio Viana (ou Vianna) de Souza, mantendo-se a r. decisão monocrática, por seus fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0007590-09.2015.8.26.0000, da Comarca de Araraquara, em que é agravante JHONY WESLEY LIBERATO, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 2ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.121)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALEX ZILENOVSKI (Presidente sem voto), FRANCISCO ORLANDO e BANDEIRA LINS.

São Paulo, 13 de abril de 2015.

J. MARTINS, Relator

Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO – SUPERVENIÊNCIA DE NOVA CONDENAÇÃO NO CURSO DA EXECUÇÃO – REINÍCIO DA CONTAGEM DE PRAZOS PARA OBTENÇÃO DE BENEFÍCIOS – Necessidade: Segundo previsto no art. 111 da LEP, o cumprimento da pena é determinado pela unificação das penas, tendo como marco para a contagem de benefícios, a data da última condenação. Agravo não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

JHONY WESLEY LIBERATO interpõe o presente Agravo em Execução, objetivando a reforma da r. decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da Vara das Execuções Criminais da Comarca de Araraquara que, depois da condenação no decorrer do cumprimento de pena, determinou a unificação das execuções e o reinício da contagem dos prazos para fins de obtenção de benefícios (fls. 02/23).

Pleiteia o agravante a reforma da decisão argumentando que o crime pelo qual foi condenado, foi praticado antes do início da execução e, assim, não pode ser equiparado a falta grave, que permitiria o reinício da contagem de prazos (fls. 25/35).

Ofertada a contraminuta (fls. 51/58), a decisão agravada foi mantida (fls. 61), sendo o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça pelo improvimento do agravo (fls. 65/70).

É O RELATÓRIO.

Durante o cumprimento das penas, sobreveio nova condenação, desta feita em regimes diferentes, tendo o magistrado ***a quo*** determinado realização de novos cálculos para fins de obtenção de benefícios.

A alegação de que tal condenação decorre de conduta praticada antes de iniciada a execução não merece acolhimento, pois agiu com acerto o douto Juiz.

Nesse sentido, confira-se o escólio de Júlio Mirabete ao comentar o artigo 111 da LEP: "*(...) No caso de superveniência de nova condenação, por crime praticado antes ou durante a execução, terá direito o condenado à progressão quando preenchidos os requisitos legais, entre eles o de cumprimento de um sexto da pena. Não fixa expressamente a progressão a regime mais brando. Por uma interpretação lógica deve-se entender o seguinte: se não é modificado o regime com a adição da nova pena, deve cumprir um sexto da soma do restante da pena em cumprimento com a nova sanção; se operar a regressão, conta-se um sexto a partir da transferência, tendo como base para o cálculo o que resta da soma das penas a serem cumpridas (...). A soma das penas também servirá de base para a concessão de livramento condicional, da conversão para pena restritiva de direitos (artigo 180), saídas temporárias (artigo 124) etc.*" (***in*** Execução Penal, 11ª ed., São Paulo, Editora Atlas, 2004, p. 382).

Neste sentido, ainda:

"**HABEAS CORPUS**. *EXECUÇÃO PENAL. REEDUCANDO. EXECUÇÃO EM ABERTO. NOVA CONDENAÇÃO. UNIFICAÇÃO DE PENAS. REGRESSÃO DE REGIME. APLICAÇÃO DO ART. 111, PARÁGRAFO ÚNICO C.C. ART. 118 DA LEI Nº 7.210/84. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA.*

1. A execução da pena privativa de liberdade, a teor do disposto no art. 118 e inciso II, c.c. o art. 111, parágrafo único, ambos da Lei nº 7.210/84, ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência do

Acesso ao Sumário

reeducando para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime.

2. Ordem denegada" *(STJ, HABEAS CORPUS Nº 46.912 RS (2005/0135211-0), Rel. Ministra Laurita Vaz, j. 08/11/2005).*

A superveniência de nova condenação, no curso da execução, além da regressão a regime mais grave, causa, ainda, a interrupção da contagem de prazos para a concessão de benefícios.

Independentemente do quanto já tenha cumprido das penas anteriores, com a unificação surge nova base de cálculo que passa a correr a partir da data do trânsito em julgado da última condenação.

Neste sentido caminha a jurisprudência:

"*1. Sobrevindo nova condenação ao apenado no curso da execução da pena, a contagem do prazo para concessão de benefícios é interrompida, devendo ser feito novo cálculo, com base no somatório das penas (...) 3. Ordem denegada*" (STJ, HC 210.637/MA, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 19.03.12).

"*1. Havendo nova condenação por crime cometido após o início do cumprimento da reprimenda, para fins de observância do limite trintenário, realizar-se-á outra unificação das penas, desprezando-se, neste cálculo, o período já cumprido. 2. Consoante o disposto no art. 75, § 2º, do Código Penal, c.c. o art. 111, parágrafo único, da Lei de Execuções Penais, o termo a quo para contagem do período aquisitivo dos benefícios da execução é o trânsito em julgado da última sentença condenatória. 3. Habeas corpus parcialmente concedido para fixar a data do trânsito em julgado da última sentença condenatória como marco temporal para concessão de eventuais benefícios da execução ao Paciente*" (STJ, HC 163.322/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 23/05/12).

Diante do exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao presente agravo, mantendo-se intacta a r. decisão recorrida.

Acesso ao Sumário

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0019732-71.2011.8.26.0554, da Comarca de Santo André, em que são apelantes R.B.S. e R.S.F., é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "negaram provimento aos recursos. V.U. Sustentaram oralmente os advogados Dr. Celso Machado Vendramini e Dr. Leonardo Augusto Barbosa de Camargo e usou da palavra o Exmo. Sr. Procurador de Justiça Dr. Edson Spina Fertonani.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.094)**

O julgamento deve a participação dos Exmo. Desembargadores RICARDO TUCUNDUVA (Presidente) e MARCOS ANTONIO CORREA DA SILVA.

São Paulo, 26 de março de 2015

MARCO ANTONIO MARQUES DA SILVA, Relator

Ementa: JÚRI – NULIDADE – DECISÃO CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS – INOCORRÊNCIA – MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS – ADOÇÃO PELOS JURADOS DE UMA DAS VERTENTES POSSÍVEIS – SOBERANIA DAS DECISÕES DO TRIBUNAL DO JÚRI – ART. 5º, XXXVIII, ALÍNEA "C", DA CF – CONDENAÇÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

VOTO

R.S.F. e R.B.S., qualificados nos autos, foram processados e pronunciados como incursos no artigo 121, § 2º, incisos I e IV, por três vezes, bem como no artigo 121, § 2º, incisos I e V, c.c. artigo 69, todos do Código Penal.

Submetidos a julgamento pelo Tribunal do Júri da cidade e comarca de Santo André – SP, foram condenados à pena de 48 (quarenta e oito) anos de reclusão, ambos em regime inicial fechado.

Inconformados, pleiteiam a nulidade do julgamento, entendendo-o contrário à prova dos autos. Subsidiariamente, requerem a redução das reprimendas, com o afastamento do concurso material e reconhecimento da continuidade delitiva.

Processados e contra-arrazoados os recursos, manifestou-se a Procuradoria Geral de Justiça pelo improvimento.

É o relatório.

Os apelantes foram pronunciados e condenados por quatro homicídios qualificados, porque, segundo a denúncia, no dia 22 de abril de 2011, por volta das 03:00 horas, na Rua 14 de Junho, esquina com Rua 1º de Dezembro,

Acesso ao Sumário

Jardim Santo André, cidade e comarca de Santo André–SP, juntamente com C.C.L., agindo com intenção de matar, por motivo torpe e mediante recurso que dificultou a defesa dos ofendidos, efetuaram disparos de arma de fogo contra F.B. R.C., L.F.S.E. e R.W.R., causando-lhe lesões corporais que foram a causa efetiva de suas mortes, bem como mediante recurso que dificultou a defesa da vítima e para assegurar a impunidade de tais crimes, também mataram F.D.R.S..

Consta que os acusados, conhecidos como "F." e "B.", policiais militares, acompanhados do corréu C.C., foram ao local e colocaram os ofendidos F., L.F. e R. em posição de revista, ou seja, de frente para uma parede, sacaram suas armas de fogo e efetuaram disparos contra eles, ceifando-lhes a vida. Em seguida, a vítima F., que caminhava pelo local, foi alvejada, a fim de evitar o reconhecimento pessoal dos réus.

Agiram os acusados mediante recurso que dificultou a defesa dos ofendidos, valendo- se "F." e "B." de suas condições de policiais militares, e C. de amigo deles, de quem não se espera execução em plena via pública.

Agiram, ainda, quanto a F., L.F. e R., por motivo torpe, que é de eliminar vidas mediante julgamento próprio, instituindo e institucionalizando verdadeira pena de morte.

Por fim, em relação à vítima F., agiram para assegurar a impunidade das mortes de F., L.F. e R., eis que morto para evitar eventual e futuro reconhecimento pessoal.

Observo que o processo foi desmembrado em relação ao corréu C.C. e a Defesa de R. juntou petição noticiando a absolvição desse corréu (fls. 1919/1923).

Submetidos R. e R. a julgamento, o Conselho de Sentença reconheceu a materialidade e autoria dos delitos, sendo então condenados pelos quatro homicídios duplamente qualificados.

Com efeito, trata-se de decisão do Tribunal Popular, em relação ao qual o artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea "c", da Constituição Federal vigente consagra a soberania de suas decisões.

E nessa linha de orientação, o Código de Processo Penal, em seu artigo 593, inciso III, alínea "d", estabelece que somente se anula decisão do Tribunal do Júri quando se apurar que ela foi manifestamente contrária à prova dos autos.

No caso em análise, longe de afrontar as provas coligidas, o julgamento efetivado nelas encontrou suficiente suporte.

Analisando-se os autos, verifica-se que a r. sentença de 1º Grau apresenta-se suficientemente motivada. O Conselho de Sentença examinou detidamente os elementos acostados aos autos e todas as teses suscitadas, acolhendo uma das vertentes apresentadas, de acordo com o conjunto probatório produzido. Assim, seus fundamentos são ratificados e acolhidos como parte integrante

deste Acórdão, nos termos do artigo 252[1], do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

A materialidade está demonstrada pelo Boletim de Ocorrência (fls. 03/10), auto de exibição e apreensão (fls. 12/17), laudos de exame necroscópico (fls. 60/70), laudo pericial do local e encontro dos cadáveres (fls. 532/566) e demais elementos acostados aos autos.

A autoria também é incontroversa.

Anoto que, em Plenário, os depoimentos e interrogatórios foram colhidos por meio de sistema audiovisual (fls. 1757), nos termos do artigo 405, § 2º, do Código de Processo Penal (redação dada pela Lei nº 11.709/08).

Na polícia, R. disse que era policial militar havia 05 anos e negou a prática delitiva. Não se recordava onde estava na madrugada do dia 22 de abril de 2011, mas provavelmente em sua casa, pois teria que trabalhar às 07:00 horas. Possuía duas armas ".40", sendo uma da corporação e outra particular, a qual perdeu justamente quando recebeu um telefonema informando que a Corregedoria estava em sua casa aguardando o cumprimento de mandado de busca e apreensão. Conhece o corréu B. que também é miliciano da sua turma, através de quem conheceu C.C.. Soube, por este último, da prisão de B., acusado da chacina. Cientificado de que a operadora de telefonia celular informou que, na data do crime, por volta das 02:40 da manhã recebera dois telefonemas, um na Travessa da Queiroz Filho e outra na Rua Cruz de Malta, reservou-se no direito de permanecer calado (fls. 301/303 e 827/828).

Em juízo, R. continuou negando o crime, mas alterou parte da narrativa. Na noite dos fatos, foi a um bar, onde encontrou os corréus R. e C.C., mas só os cumprimentou. Por volta das 02:00 horas, foi para casa porque trabalharia às 07:00 horas no dia seguinte. Trabalha em serviço interno na corporação e possuía duas armas, uma da corporação, e a outra particular, sendo que esta última perdeu na rua. Não conhecia as vítimas e só soube do ocorrido no dia seguinte. Também não sabia que um policial tinha sido morto naquela noite (fls. 1427/1438).

Perante o Conselho de Sentença, R. disse que, após tomar conhecimentos dos fatos através da denúncia, recordou-se que, no dia mencionado, saiu de sua residência por volta das 23:00 horas e foi para um bar, onde chegou por volta da meia-noite; permaneceu até aproximadamente às 02:00 horas e retornou para sua casa, levando cerca de 40 minutos no trajeto. Encontrou C. no local, conversaram um pouco, mas como o grupo de amigos era diferente, não ficaram juntos. Não se recordava de ter recebido ligação de C. naquela noite. Soube dos homicídios de um policial e das vítimas destes autos somente no dia seguinte.

1 RITJSP - Art. 252. Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la.

Acesso ao Sumário

Indagado sobre o extravio de sua arma de fogo, alegou que estava em férias e tinha saído para fazer um exame de sangue e levar sua moto para o conserto, na cidade de São Paulo. Na pressa, saiu sem colocar a arma do coldre e a perdeu no caminho, o que só percebeu após receber dois telefonemas de um oficial da polícia indagando onde estava e se demoraria, e um da síndica do condomínio onde morava, informando que agentes policiais queriam revistar sua casa. Não cometeu o crime e acreditava estar sendo incriminado somente por morar sozinho e perto do local dos fatos.

Na fase investigatória, o corréu R.B. negou o envolvimento nos delitos. É policial militar e fazia trabalho interno, sendo responsável pelo setor de armas. Na noite dos fatos estava de folga e foi a um bar, onde encontrou alguns amigos, dentre ele C.. Permaneceu nesse local até por volta das 03:00 horas, retornando a sua casa depois disso. Nada sabia sobre a chacina. Está detido na Corregedoria da Polícia para apuração do sumiço de uma arma ".40" (fls. 329/331)

Em juízo, esse acusado manteve a negativa. Na data dos fatos, foi até o bar, onde estava C., mas não ficaram na mesma "roda". Por volta das 02:00 horas deixou o local e foi para sua casa. Não recordava se R. também estava lá. Não se conformava de estar sendo acusado em razão de uma "denúncia anônima" e por terem sido apreendidos cartuchos deflagrados de calibre "380 e .40" em sua residência (fls. 1415/1426).

Em Plenário, R. disse que conhecia R. da escola de formação de soldados e, eventualmente, se encontravam em barzinhos que frequentavam; C. é seu amigo de escola. No dia dos fatos, estava no "P.B.", onde permaneceu até por volta das 02:00 horas. Encontrou com C. e não se lembrava de ter visto R. naquele lugar. Com relação aos projéteis de arma de fogo deflagrados apreendidos em sua casa, alegou que os recolheu nos treinos de tiros, para recarregá-los e usá-los novamente. Não sabe o motivo de estar sendo incriminado.

C.C., em declarações na polícia, negou a prática dos delitos. Questionado onde estava na madrugada do dia 22 de abril de 2011, disse, a princípio, que não se recordava. No entanto, informou que, na noite anterior ao seu depoimento, o policial B. esteve em sua casa e "o lembrou" que estiveram juntos num bar, onde permaneceram até às 03:00 horas e, depois, foi para sua residência. Soube das mortes no dia seguinte, pela televisão. Não conhecia as vítimas e acreditava estar sendo acusado apenas por sua amizade com B. (fls. 439/440). Posteriormente, quanto interrogado, alegou que não estava junto com B. no bar, mas com outros amigos, e que B. estava acompanhado de R. (fls. 850/851).

Em juízo, informou que na noite dos fatos, saiu da faculdade e foi para o bar, onde encontrou os corréus, mas não tinha intimidade para ficar junto a eles; no entanto, confirmou ter ligado para os dois naquela noite. Lá não tinha nenhum outro conhecido. Deixou o local por volta das 02:30 e foi a um bar, num posto,

Acesso ao Sumário

na Vila Luzita. Não sabe o motivo de estar sendo acusado (fls. 1439/1446).

A testemunha protegida "Alfa" disse que havia discutido com a esposa e saiu para "esfriar a cabeça". Caminhava pela rua, quando viu três rapazes ajoelhados e outros quatros em pé, com armas em punho. Imaginou que fosse um assalto e entrou na primeira rua antes de cruzar com eles. Logo em seguida, viu uma viatura da polícia seguindo naquela direção. Pouco depois, escutou vários disparos de arma de fogo e imaginou que fosse troca de tiros. Voltou para casa e não saiu mais (fls. 570/572).

O Delegado de Polícia Antonio Vital Barbosa presidiu parte das investigações e narrou ter chegado aos réus não só através de informações anônimas, mas também cruzando os demais elementos acostados aos autos, como dados das operadoras de telefonia, depoimentos e reconhecimentos. Quando surgiu a suspeita em relação ao acusado R., notificou a Corregedoria e obteve mandado de busca para a casa dele. Após avisar esse corréu sobre o cumprimento do mandado, ele foi até uma Delegacia de Polícia e registrou o extravio de sua arma de fogo. Na residência de R., foram apreendidas cápsulas de munição "380 e .40", cujo lote tinha sido destinado ao Batalhão em que ele trabalhava. Também foi feito o confronto dos projéteis apreendidos no local dos fatos e aqueles apreendidos com o corréu B., restando positivo. Tomou conhecimento de que, na época dos fatos, uma arma de fogo da corporação em que B. trabalhava havia sumido e ele estaria envolvido. Esclareceu que, inicialmente, outros dois policiais militares tinham sido acusados do crime.

Contudo, contra eles havia apenas um reconhecimento e conseguiram comprovar que estavam em serviço naquele dia, sendo que um deles até prestou apoio à ocorrência, preservando o local. (fls. 1230/1250).

O policial militar Dirceu Nascimento da Silva, lotado na Corregedoria da Polícia, participou do procedimento investigatório, instaurado em razão da notícia de eventual envolvimento de milicianos na chacina. Inicialmente receberam "denúncia anônima" relatando a participação de policiais no crime sem, contudo, individualizá-los. Posteriormente, testemunhas informaram o nome dos policiais envolvidos. Através de rastreamento, apuraram que uma arma de fogo, que havia sumido do quartel, foi utilizada na chacina. Participou do cumprimento de mandado de busca e apreensão na casa do acusado R., onde foram apreendidos um boné e uma jaqueta, reconhecidos pelas testemunhas, como as vestimentas de um dos atiradores, além de uma "cápsula de 380", que depois soube que seria conexa ao crime (fls. 1278/1300).

A testemunha protegida "Ômega" narrou que seu filho, policial militar, participou do atendimento da ocorrência, preservando o local. No entanto, acabou sendo acusado do crime. Após conversar com ele e, certa de sua inocência, desesperada, procurou o Batalhão em que ele prestava serviço e pediu

Acesso ao Sumário

aos colegas que se soubessem de alguma coisa, informassem através do "disque-denúncia", recebendo apoio de todos. Para sua surpresa, dois dias depois, na madrugada, recebeu uma ligação a cobrar em seu celular, de um homem que não se identificou, dizendo que tinha informações muito importantes para ela, mandando que anotasse. Disse que a chacina tinha sido praticada por dois policiais militares, fornecendo o nome completo dos réus, e por um civil, que sabia apenas de chamar C.; eles usaram os próprios carros, ou seja, um "Palio" e um "Gol" prata; a arma usada pertencia a R. e foi ele quem tinha denunciado anonimamente o filho da depoente, porque se parecia fisicamente com R.. Orientou-a, ainda, a procurar imediatamente o Capitão Araújo na Corregedoria da Polícia e passar todos esses dados para eles. Dirigiu-se ao local indicado, mas o Capitão não estava e foi orientada a se dirigir à Corregedoria. Após isso, conversou com um amigo que era policial aposentado, sendo alertada do perigo e a acompanhou até a Delegacia de Homicídios. Soube que a Corregedoria também recebeu essa mesma informação anônima.

No mais, ressalto que atendendo ao princípio da celeridade processual, e também pelo respeito à soberania das decisões do Tribunal do Júri, é desnecessária a transcrição, ainda que em apertada síntese, de todos os outros depoimentos, bem como dos interrogatórios, colhidos nos 09 (nove) volumes do processo.

Os apelantes apresentaram narrativas contraditórias e sem qualquer comprovação.

Afigura-se de todo estranho que R. tenha perdido sua arma de fogo no exato momento em que é cientificado que sua casa seria objeto de cumprimento de mandado e apreensão. Da mesma forma, surpreende a ocorrência de extravio de arma de fogo do pelotão em que B. trabalhava, na mesma época em que a chacina foi praticada.

Lembrando que na casa de ambos foram apreendidas munições deflagradas que coincidiam pericialmente com projéteis encontrados na cena do crime, indicando que partiram dos mesmos armamentos.

Dessa forma, o conjunto probatório figura harmonioso, já que as declarações das testemunhas encontram-se em sintonia com as demais provas colhidas, tornando inconteste a responsabilidade de R. e R. pelos crimes de homicídios qualificados consumados.

É de se salientar que os réus já haviam sido incriminados desde a fase inquisitorial, o que foi confirmado sob o crivo do contraditório. Assim sendo, a condenação era a medida que se impunha.

Dessa forma, o contexto das provas evidenciou o ato descrito na denúncia, quanto à autoria dos homicídios, materialmente comprovados, o que foi corroborado pelas declarações colhidas durante todo o processo, além da

prova pericial, não logrando a Defesa afastar a responsabilidade dos acusados.

Assim, no caso em análise, o julgamento efetivado encontrou suficiente suporte no conjunto probatório coligido, optando os Senhores Jurados por uma das versões apresentadas e com fundamento na prova produzida.

JÚRI - Decisão contrária à prova dos autos - Inocorrência - Decisão condenatória estribada em suficientes elementos de convicção - Veredicto que somente comporta Juízo de reforma quando atentatória à verdade apurada no processo - Recurso não provido. (Apelação Criminal n. 154.662-3 - São Paulo - Relator: Devienne Ferraz - 2ª Câmara Criminal - V.U. - 14.08.95).

Restou suficientemente provado que os apelantes, juntamente com o outro comparsa, estavam previamente ajustados para a prática dos homicídios, demonstrando que um emprestava apoio ao outro no cometimento dos delitos.

Os questionamentos trazidos pela Defesa envolvem valoração das provas, o que invadiria a competência constitucional do Tribunal do Júri.

O fato de os Senhores Jurados terem adotado uma das vertentes possíveis no processo (no caso, a condenação), não é motivo suficiente para se anular o julgamento.

As teses defensivas foram expostas em plenário e não acolhidas pelo Júri.

Não conseguiu a Defesa, de forma incontestável, demonstrar que a decisão foi contrária à prova dos autos.

Observo, ainda, que o fato de o corréu C.C. ter sido absolvido pelo Conselho de Sentença ao qual foi submetido, não implica na alteração do que foi decidido em relação aos apelantes, posto que, além da autonomia das condutas, o conjunto probatório em relação à prática delitiva por estes é substancial e conclusiva, justificando a condenação.

Comprovadas, igualmente, as qualificadoras do recurso que dificultou a defesa dos ofendidos, valendo-se da condição de policiais militares para subjugá-los e executá-los, bem como, em relação à vítima F., para assegurar a impunidade dos homicídios anteriores.

JÚRI - Homicídio qualificado - Apelação (Código de Processo Penal, artigo 593, III, d) Decisão dos jurados manifestamente contrária a prova dos autos - Inocorrência - Acolhimento pelo Conselho de Sentença da tese acusatória demonstrada por elementos de convicção - Qualificadoras do motivo fútil e do recurso que impossibilitou a defesa da vítima bem reconhecidas - Condenação mantida - Recurso não provido. (Apelação Criminal n. 289.858-3 - Santa Bárbara D'Oeste - 4ª Câmara Criminal - Relator: Passos de Freitas - 08.02.00 - V.U.).

Acesso ao Sumário

A deterioração moral em destacados seguimentos da sociedade brasileira já alcançou níveis insuportáveis, a ponto de afetar a tranquilidade social e a própria ordem pública. As práticas criminosas se tornaram condutas corriqueiras, de execução fácil e exercidas descaradamente, numa verdadeira inversão de valores.

Por essa razão, o que na verdade compensa analisar, é se a personalidade do indivíduo é ou não perigosa em razão simplesmente dos fatores apontados ou pela maior ou menor gravidade e as circunstâncias e consequências do ilícito praticado.

A prática de todo crime grave, seja pela sua própria natureza ou em razão dos meios de execução empregados e da extensão danosa das sequelas que causa, deixa clara a periculosidade do seu autor, independente de seus bons antecedentes, de possuir residência fixa e cuja condição econômica, funcional, social ou familiar no distrito da culpa faça pressupor um vínculo pessoal e psicológico a ele, capaz de evitar sua fuga ou a possibilidade de prosseguir na senda do crime.

Isto porque o ato antijurídico executado nessas condições, demonstra a exteriorização do instinto criminoso latente do agente, até então guardado em seu inconsciente ("id") e inibido pelo consciente ("superego"), este formado pelas informações recebidas pelo indivíduo do meio social em que vive.

Uma vez rompido ou viciado o mecanismo inibidor, o instinto criminoso se manifesta e se exterioriza em atos. E se o fator inibidor já está deformado pela introjeção de conceitos e práticas antijurídicas, nada conterá a reiteração de condutas criminosas por parte do indivíduo. Assim, ainda que pratique um só delito, o agente pode ser considerado perigoso, possuidor de potencialidade para prosseguir na vida de crimes e, por essa razão, deve ser segregado e apenado com uma sanção que seja a medida necessária e suficiente para a prevenção e reprovação do crime.

Configurado, igualmente, o concurso material, não sendo caso de afastá-lo.

Acesso ao Sumário

Como demonstrado e acolhido pelo Conselho de Sentença claro o desígnio autônomo dos réus em relação a cada uma das vítimas.

Indubitável o ***animus necandi*** dos réus em relação a cada uma das vítimas. R. e R. não buscavam matar um ou outro ofendido, mas todos, evidenciando a autonomia da vontade em relação a cada um. Portanto, não há dúvida que os propósitos foram distintos, como reconhecido, inclusive, pelos Jurados.

Ademais, incabível o reconhecimento da continuidade delitiva, nos termos da Súmula 605, do Supremo Tribunal Federal: *Não se admite continuidade delitiva nos crimes contra a vida.*

As penas foram corretamente fixadas, seguindo as diretrizes do artigo 59,

do Código Penal, considerando a primariedade e bons antecedentes dos réus, as circunstâncias do crime e o concurso material, não comportando alteração.

Adequado o regime inicial fechado, nos termos dos §§ 2º e 3º, do artigo 33, do Código Penal.

Por fim, a condenação de R.S.F. e R.B.S. nos termos da decisão objeto desta apelação, foi a solução lógica e judiciosa, nada havendo a alterar.

Pelo exposto, nega-se provimento aos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001293-78.2012.8.26.0165, da Comarca de Dois Córregos, em que é apelante RICARDO VICENTE BATISTA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 6ª Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.411)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SOUZA NERY (Presidente) e ROBERTO SOLIMENE.

São Paulo, 27 de março de 2015.

ENCINAS MANFRÉ, Relator

Ementa:

Fuga do local do acidente de trânsito (artigo 305 da Lei 9.503/1997). Atipicidade da conduta. Dispositivo que fora declarado inconstitucional pelo egrégio Órgão Especial deste Tribunal. Absolvição que se impõe. Recurso provido, portanto.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelação por ***Ricardo Vicente Batista*** (folhas 152 e 153) à respeitável sentença (folhas 140 a 143) pela qual condenado a cumprir pena de seis (6) meses de detenção, regime inicial aberto, substituída esta por restritiva de direito consistente em prestação de serviços à comunidade por igual período, e proibição tendente a obter permissão para dirigir veículo pelo prazo de seis (6) meses, dado infringir o artigo 305 do Código de Trânsito Brasileiro. Por outro

lado, fora ele absolvido em relação à imputação de prática do crime previsto no artigo 302, parágrafo único, I, desse diploma, nos termos do artigo 386, VII, do Código de Processo Penal.

Esse apelante, com efeito, alegou, em suma, o seguinte: a) somente saíra do local do acidente, pois ficara assustado e nervoso; b) consideração à fala do depoente ***Márcio***; c) assim, que seja absolvido nos termos do artigo 386, III, do Código de Processo Penal.

O Ministério Público respondeu (folhas 158 e 159) sustentando, em resumo, não proceder o alegado por esse recorrente e, portanto, dever ser negado provimento à apelação com consequente manutenção da sentença.

A douta Procuradoria de Justiça apresentou parecer no sentido do improvimento (folhas 164 a 167).

É o **relatório**, preservado, no mais, o dessa sentença.

Impõe-se dar provimento ao recurso.

A propósito, consoante a denúncia (folhas 1D a 3D), em 28 de março de 2012, por volta das 14h20, na Rodovia SP 304, km 270 + 900 metros, no município de Dois Córregos, ***Ricardo Vicente Batista*** praticara homicídio culposo na direção de veículo contra a vítima Biazo Malagoni e, após, afastara-se do local do acidente para fugir à responsabilidade penal ou civil.

Com efeito, segundo depôs o policial rodoviário Cláudio Celso Prado Júnior (***mídia digital***, folhas 114), comparecera no local do evento e constatara pessoa falecida. Verificara não estivesse esse recorrente no lugar.

Aduzira tivessem milicianos outros encontrado-o e, indagado, esse sentenciado dissera- lhes que se evadira do local, pois ficara assustado.

Ademais, o policial militar Marcelo Otávio Rabanhani Firetti (***mídia eletrônica***, folhas 125) revelou fosse informado acerca de atropelamento e, efetuadas diligências próprias, abordara esse réu em local distante do acidente.

Acrescentou tivesse ele admitido-lhe atropelasse a vítima e que não ficara no local por medo.

Acesso ao Sumário

Além disso, a testemunha Márcio Aparecido Menezes (*mídia digital*, folhas 125) relatou que ao chegar ao local verificara estivesse o ofendido falecido. Informou tivesse esse acusado assustado-se e, por isso, fugira.

Por sua vez, interrogado sob o crivo do contraditório (***mídia eletrônica***, folhas 125), esse recorrente confessou praticasse atropelamento, bem como tivesse evadido-se.

Sem embargo dessas realidades, é presente que o delito de fuga do local do acidente de trânsito a fim de não ser penal ou civilmente responsabilizado contraria o princípio *nemo tenetur se detegere* (ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo).

Assim, verifica-se que o sobredito crime afronta o previsto no artigo 5º, LXII, da Constituição da República e, por essa razão, foi declarado inconstitucional pelo egrégio Órgão Especial deste Tribunal.

Por sinal, desse julgado constou que, *"(...) face à extensão dada ao princípio da vedação de auto-incriminação, princípio, aliás, que não poderia ter interpretação restritiva reduzindo o seu alcance, que o delito de fuga do local de acidente, pelo condutor do veículo, previsto no art. 305 do Código de Trânsito Brasileiro, é flagrantemente inconstitucional.*

Obrigar o causador do acidente a permanecer no local para ser identificado e responsabilizado penal ou civilmente, é obrigá-lo a se auto-incriminar, comportamento inexigível para qualquer outro crime, ainda que mais grave, não importando que, com isto, haja maior dificuldade na identificação de quem provocou o acidente.

Daí porque, com a devida vênia do relator sorteado, meu voto acolhe o incidente para reconhecer a inconstitucionalidade do art. 305 do Código de Trânsito Brasileiro."[2]

Presente essa fundamentação, não pode subsistir a condenação imposta a esse sentenciado pela prática do delito estabelecido nesse dispositivo (o qual, como assinalado, declarado inconstitucional).[3]

Portanto, conquanto por outros fundamentos, acolhe-se o alegado por esse apelante (motivo de descrição resumida no relatório deste voto) para, assim, absolvê-lo a propósito da conduta tipificada no artigo 305 do Código de Trânsito Brasileiro.

À vista do exposto, dá-se provimento ao recurso.

É como voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0011199-83.2011.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado FRANCISCO CHARLES DE SOUSA.

Acesso ao Sumário

2 Trecho de aresto referente à arguição de inconstitucionalidade 990.10.159020-4, relator o desembargador Boris Kauffmann, julgamento em 14 de julho de 2010.

3 Nesse sentido ainda é de destaque, *mutatis mutandis*, aresto desta Corte assim ementado: "*Apelação. Fuga do local do acidente de trânsito. Atipicidade da conduta. Procedência. 'Nemo tenetur se detegere'. Órgão Especial desta Corte que declarou a inconstitucionalidade do art. 305, 'caput' do C.T.B. Absolvição que se impõe. Recurso provido.*" - apelação 0003898-76.2011.8.26.0344, relator o desembargador Salles Abreu, julgado em 20 de agosto de 2014.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PROVIMENTO ao apelo ministerial para determinar o recebimento da ação penal ofertada, com supedâneo no artigo 184, § 2º do Código Penal, prosseguindo-se o feito. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 1805)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GRASSI NETO (Presidente sem voto), MARCO ANTÔNIO COGAN e LOURI BARBIERO.

São Paulo, 9 de abril de 2015.

ALCIDES MALOSSI JUNIOR, Relator

Ementa: APELAÇÃO. Crime Contra a Propriedade Intelectual (artigo 184, § 2º, do Código Penal). Apelo ministerial. Desclassificação do delito para o *caput*, do mesmo artigo legal, por ocasião do recebimento da denúncia. Absolvição sumária. Impossibilidade. Não é lícito ao Juiz, quando se faz apenas juízo de admissibilidade da acusação, alterar a capitulação jurídica da inicial, embasado em interpretação subjetiva, sem sequer aguardar a instrução processual para verificar as provas produzidas. Caso concreto que não se enquadra nos incisos contidos no artigo 415, do Código de Processo Penal. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Recurso a que se dá provimento.

VOTO

VISTOS.

Ao relatório da respeitável sentença (fls. 101/102), que ora se adota, acrescento que o réu **FRANCISCO CHARLES DE SOUSA** foi absolvido sumariamente da imputação descrita no artigo 184, § 2º, do Código Penal, com fundamento no artigo 397, inciso IV, do Código de Processo Penal e extinta a punibilidade assentada no artigo 107, inciso IV do Código Penal (sentença publicada em 06 de junho de 2012, fls. 105).

Apela o **MINISTÉRIO PÚBLICO** pleiteando a reforma da sentença e consequente recebimento da denúncia, alegando que o Juiz monocrático não poderia promover a desclassificação de ofício da capitulação original constante na inicial acusatória (artigo 184, § 2º, do Código Penal) para a infração contida no *caput*, do mesmo artigo legal e, ainda, julgar extinta a punibilidade do agente

Acesso ao Sumário

pela decadência da ação, em ofensa ao artigo 396-A do Código de Processo Penal e pede o recebimento da denúncia nos termos da inicial (fls. 110/112).

Recurso devidamente processado (contrarrazões às fls. 125/134), com manifestação da douta Procuradoria de Justiça pelo provimento do recurso (fls. 139/144).

É o relatório.

O recurso deve ser provido.

É dos autos que **FRANCISCO CHARLES DE SOUSA** foi denunciado pela prática do delito previsto no artigo 184, § 2º do Código Penal porque, em 10 de junho de 2010, por volta das 15h, na rua Tagipuru, nº 733, na cidade e comarca de São Paulo, com intuito de lucro direto, expunha cópia de obra intelectual reproduzida com violação do direito do autor, sem expressa autorização dos titulares dos direitos ou de quem os represente, consistente em 480 (quatrocentos e oitenta) unidades de DVDs e CDs de músicas evangélicas/gospel, falsificados.

Segundo apurado na denúncia, guardas civis metropolitanos, em patrulhamento de rotina, avistaram o acusado Francisco atrás de 01 (uma) barraca erguida sobre a via pública, abordaram-no e o conduziram à delegacia, onde foi lavrado o boletim de ocorrência (fls. 01/05).

Ocorre que, o Juízo de primeira instância, ao receber a denúncia, sem aguardar a instrução processual para verificar as provas produzidas, inclusive sobre a intenção ou não de lucro do apelado, desclassificou a imputação para o artigo 184, *caput*, do Código Penal sob o fundamento: "***ao pretender vender, distribuir, alugar, introduzir no país, adquirir, ocultar e ter em depósito, como camelô, DVDs reproduzidos com violação ao direito autoral, tivesse o deliberado intuito de lucro, o que se infere, sobretudo em virtude de sua condição econômica e social***" (fls. 101) e, com a mudança da capitulação original, julgou extinta a punibilidade do agente, em virtude da decadência do direito de ação, eis que o titular do direito autoral não ajuizou a queixa-crime nos 180 dias contados do conhecimento da autoria, tratando-se de ação penal privada, já que alterada a imputação para o *caput* do citado artigo legal para, em seguida, absolver o acusado sumariamente.

Com razão o apelo ministerial, haja vista que o exame perfunctório dos fatos permite o recebimento integral da denúncia, a fim de ser produzida prova judicial e, a partir daí, examinar-se se houve intenção ou não de lucro ou a violação de direitos autorais e não a mera desclassificação da capitulação jurídica da inicial, por interpretação subjetiva, não embasada na lei.

O Magistrado que promoveu a absolvição partiu de premissa pessoal, nitidamente distante dos fatos, sequer permitindo a produção de provas, sob o crivo do contraditório. Certo é que eventual desclassificação da capitulação do delito só será possível após a produção de todas as provas em direito admitidas,

Acesso ao Sumário

motivo pelo qual deve ser cassada a sentença proferida.

E, repisa-se, tal impossibilidade deve-se aos contornos do princípio da legalidade no direito penal, de interpretação extensiva ou analogia para incluir objeto material não contido expressamente no tipo penal.

Forçoso consignar ainda que, o artigo 415 do Código de Processo Penal prevê as hipóteses legais para a absolvição sumária, não se enquadrando o caso em tela em nenhum dos incisos ali descritos.

Nesta senda, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, "*Não é lícito ao Juiz, no ato de recebimento da denúncia, quando faz apenas juízo de admissibilidade da acusação, conferir definição jurídica aos fatos narrados na peça acusatória. Poderá fazê-lo adequadamente no momento da prolação da sentença, ocasião em que poderá haver a* ***emendatio libelli*** *ou a* ***mutatio libelli****, se a instrução criminal assim o indicar*" (HC 87.324/SP, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, DJ 18/5/07).

Por todo exposto, por meu voto, **DOU PROVIMENTO** ao apelo ministerial para determinar o recebimento da ação penal ofertada, com supedâneo no artigo 184, § 2º do Código Penal, prosseguindo-se o feito.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0063748-36.2012.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes/apelados J.L.F.S. e A.O.A., é apelado/apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 2299)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores AMARO THOMÉ (Presidente), FERNANDO SIMÃO e IVANA DAVID.

São Paulo, 26 de março de 2015.

AMARO THOMÉ, Relator

Ementa: EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO, QUADRILHA ARMADA E EXTORSÃO MAJORADA – JUÍZO *A QUO* ABSOLVEU OS RÉUS PELA PRÁTICA DO CRIME DE EXTORSÃO E OS CONDENOU COMO INCURSO NOS DELITOS

DE EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO QUALIFICADA E QUADRILHA ARMADA – RECURSOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DAS DEFESAS DOS ACUSADOS – ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS – NÃO ACOLHIMENTO – MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVA DOS FATOS IMPUTADOS NA INICIAL ACUSATÓRIA RESTARAM BEM DELINEADAS – IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO MINISTERIAL DE CONDENAÇÃO DOS RÉUS PELO CRIME DE EXTORSÃO – CRIME ÚNICO – CONDUTAS COMETIDAS NO MESMO CONTEXTO FÁTICO – ACOLHIMENTO DO PLEITO DEFENSIVO DE ABSOLVIÇÃO EM RELAÇÃO AO CRIME DE QUADRILHA – ABSORÇÃO DO CRIME EM TELA PELA QUALIFICADORA DO ART. 159, § 1º, DO CP – DOSIMETRIA – EXASPERAÇÃO DAS PENAS APLICADAS AOS ACUSADOS, EM RAZÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS E DO GRAU DE REPROVABILIDADE DA CONDUTA CRIMINOSA – A. É REINCIDENTE – RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS.

VOTO

Cuida-se de apelações interpostas por **A.O.A.**, **J.L.F.S.** e pelo **Ministério Público** contra a r. sentença de fls. 393/413, que julgou parcialmente procedente a ação penal para:

a) condenar A.O. ao cumprimento das penas de **16 anos e 04 meses de reclusão**, em regime inicial fechado, pela prática dos crimes previstos nos artigos 159, § 1º, e 288, parágrafo único, na forma do art. 69, todos do Código Penal;

b) condenar J.L. ao cumprimento das penas de **14 anos de reclusão**, em regime inicial fechado, pela prática dos crimes previstos nos artigos 159, § 1º, e 288, parágrafo único, na forma do art. 69, todos do Código Penal; e

c) absolver os acusados pela prática do crime previsto no art. 158, § 1º, do Código Penal, com base no artigo 386, inc. III, do Código de Processo Penal.

Em suas razões, a ilustre representante do Ministério Público postula a reforma da r. sentença, para que os acusados sejam condenados também pela prática do crime previsto no art. 158, § 1º, do Código Penal; bem como para que a pena aplicada ao crime de quadrilha seja aquela prevista no art. 8º, *caput*,

Acesso ao Sumário

da Lei nº 8.072/90. No tocante à dosimetria, requer a exasperação das penas aplicadas aos réus em razão das circunstâncias do caso concreto, bem como do reconhecimento da reincidência do acusado A. (fls. 441/457).

A defesa de A. recorre buscando sua absolvição, argumentando com a insuficiência de provas. No tocante ao crime de quadrilha, requer também sua absolvição com base no reconhecimento do princípio da consunção, pois haveria indevido *bin in idem* em punir o réu pela prática do delito em tela e de extorsão qualificada pela quadrilha. Subsidiariamente, postula a redução das penas impostas (fls. 465/525).

Por sua vez, J. interpôs recurso de apelação, visando sua absolvição por insuficiência de provas. Subsidiariamente, requer a fixação da pena no patamar mínimo, bem como o reconhecimento de circunstâncias atenuantes (fls. 587/591).

Os recursos foram contrarrazoados (fls. 526/585, 592/596 e 598/619).

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento das apelações defensivas e pelo provimento do recurso ministerial (fls. 639/654).

É o relatório.

Os recursos interpostos comportam parcial provimento.

Os réus foram denunciados (fls. 01d/06d), porque, em (...), por volta das (...), na Rua (...), nº (...), bairro (...), nesta Capital, agindo em concurso e associados em quadrilha armada com o fim de cometerem crimes com indivíduo identificado apenas como *M.* e outros três agentes não identificados, sequestraram, por mais de 24 horas, *L.C.C.*, com o fim de obter, para si ou para outrem, vantagem econômica no valor de R$ 2.000.000,00, como condição ou preço de resgate.

Também, porque, no dia (...), em horário e local indeterminados, nesta Capital, agindo em concurso e associados em quadrilha armada com o fim de cometer crimes com indivíduo identificado apenas como *M.* e outros três agentes não identificados, constrangeram *L.C.C.*, mediante violência, sequestro e grave ameaça de sofrer mal injusto, com o intuito de obter para eles indevida vantagem econômica.

Conforme já exposto, ao proferir a r. sentença, o Juízo *a quo* absolveu os acusados pela prática do crime de extorsão, condenando-os pela prática de extorsão mediante sequestro e quadrilha armada.

Da Materialidade

A materialidade dos delitos está consubstanciada pela portaria (fl. 02), boletim de ocorrência (fls. 03/04), auto de reconhecimento de voz (fl. 46), auto de reconhecimento pessoal (fl. 48), auto de reconhecimento pessoal de voz (fl. 51), mídia de fl. 258 contendo gravação do ofendido durante o período do

Acesso ao Sumário

sequestro, assim como pela prova oral produzida.

Da autoria

A autoria delitiva também restou evidenciada.

Em sede administrativa, o réu **J.L.F.S.** optou por permanecer em silêncio (fls. 59/60).

Já **A.O.A.** negou ter praticado os crimes imputados na inicial acusatória (fls. 73/74).

Em Juízo, J. negou seu envolvimento com os delitos, alegando ter sido agredido por agentes policiais na data de sua prisão, quando sequer sabia o motivo pelo qual fora preso. Não conhece a vítima e nem os policiais responsáveis pelas diligências (mídia de fl. 247).

A. também negou ter praticado os crimes descritos na denúncia. Afirmou ter sido torturado por policiais. Disse ter sido preso e acusado injustamente, pois o Delegado queria "*fazer nome*" (mídia de fl. 247).

As versões negatórias apresentadas pelos acusados restaram isoladas quando confrontadas com o restante do conjunto probatório.

O ofendido **L.C.C.**, em Juízo, relatou que na véspera dos fatos uma pessoa havia lhe telefonado, marcando um encontro para ver um dos imóveis que estava vendendo. Na data do delito, foi encontrar a pessoa em questão e, quando estavam se despedindo, abriu o portão de seu escritório e, imediatamente, dois agentes o abordaram. O indivíduo que supostamente estava interessado em seu imóvel, na verdade, agia em conluio com os outros sequestradores. Após informar que não havia dinheiro no escritório, foi amordaçado, vendado e sequestrado em seu próprio automóvel.

Após trocar de carro, foi informado por um quarto agente que ele teria que lhes pagar 03 milhões de reais. Levaram-no para um motel e, posteriormente, para um galpão abandonado, onde era constantemente ameaçado. Quando os agentes descobriram que sua esposa havia conseguido juntar apenas R$ 18.500,00, três deles passaram a agredi-lo, causando diversas lesões. Após os sequestradores não terem se apoderado do valor disponibilizado, afirmou ter feito um acordo com eles. Foi libertado, mas recebeu um *chip* de telefone celular, para que posteriormente pagasse aos criminosos R$ 500.000,00. Disse que as ameaças continuaram sendo feitas, mesmo após a prisão dos acusados.

No mais, declarou que os sequestradores roubaram pertences pessoais seus, como celulares e a chave de seu veículo. No tocante aos acusados, confirmou tê-los reconhecido na fase inquisitorial, assim como o fez novamente em Juízo. Disse que eles entravam e saíam frequentemente do cativeiro, bem como o agrediram, mas não foram os responsáveis pela abordagem inicial (mídia de fl. 234).

Acesso ao Sumário

L.R.D., esposa de L.C., narrou os fatos em conformidade com o relato de seu marido e acrescentou ter negociado com dois sequestradores diferentes através do telefone. Reconheceu a voz do acusado J., como sendo a de uma das pessoas que negociava com ela (mídia de fl. 234).

Em relação ao valor da palavra das vítimas, não se pode olvidar que, especialmente em casos de delitos patrimoniais, revestem-se de irrecusável valia, mormente porque tais pessoas, por não conhecerem os criminosos e terem sofrido a ação delituosa, buscam tão somente descrever os fatos e apontar os seus verdadeiros protagonistas, não tendo interesse em acusar falsamente inocentes.

Nesse sentido é o entendimento jurisprudencial:

"*Inicialmente, não parece razoável que a vítima fosse incriminar inocente, escolhido aleatoriamente, imputando-lhe o grave delito, sem qualquer razão pessoal para o ato. Assim, se o réu não era conhecido da vítima e se não havia qualquer fundamento para que fosse falsamente acusá-lo, não se atina para o motivo que a levasse a agir nesse sentido. Ademais, como é cediço nesse tipo de delito, a palavra da vítima assume papel de indiscutível importância, mormente quando sem interesse em prejudicar o réu. Aliás, a vítima deve ser merecedora de total credibilidade, pois não há evidência de que fosse pessoa de comportamento mendaz e não merecesse fé por essa situação. Saliente-se que a vítima, salvo hipóteses excepcionais, não mente para prejudicar um desconhecido.*" (TJ/SP, Apelação nº 0062857-78.2013.8.26.0050, 1ª Câmara de Direito Criminal, Relator Figueiredo Gonçalves, 14/07/2014).

Com efeito, além de o ofendido e sua esposa terem narrado os fatos de forma coerente com o disposto na inicial acusatória, não há nos autos elementos que apontem motivo para acusarem injustamente pessoas inocentes pela prática de graves ações criminosas.

No mais, ressalto que, em Juízo, o ofendido reconheceu os apelantes como sendo dois dos agentes que ficavam no cativeiro onde permaneceu durante o sequestro, bem como que o agrediram.

O reconhecimento em tela está em conformidade com o realizado anteriormente em sede administrativa (fl. 48), assim como com os efetuados por sua esposa, em relação à voz do recorrente J. – como sendo uma das pessoas que negociou o valor do resgate com ela (fl. 46, 51 e mídia de fl. 247).

Ressalto, neste ponto, que todos estes reconhecimentos, além de reforçar a certeza quanto à autoria delitiva, atestam estar superado o reconhecimento fotográfico negativo realizado inicialmente pelo ofendido L.C. (fl. 45).

Ainda que as versões narradas e os reconhecimentos realizados por L.C. e L. sejam suficientes para formar a certeza probatória, da análise dos autos depreende-se que estão em conformidade com as versões narradas pelos policiais responsáveis pelas diligências.

Acesso ao Sumário

O delegado **F.N.F.** afirmou que L., esposa de L.C., informou o sequestro de seu marido, sendo que os criminosos exigiam 2 milhões de reais como resgate. A polícia ajudou a família na negociação e, em paralelo, realizava investigações. Em determinado dia, os agentes aceitaram receber R$ 18.500,00 e mandaram que a quantia fosse entregue em determinado local do bairro (...). Contudo, não buscaram o dinheiro, temendo a atuação da polícia. Posteriormente, o ofendido foi libertado sem que fosse paga qualquer quantia em resgate, mas prosseguiu sendo extorquido, pois os criminosos lhe entregaram um telefone celular através do qual continuaram as comunicações.

Conseguiram identificar três celulares que estiveram nas mesmas regiões por onde passaram os sequestradores. Dois desses aparelhos foram interceptados, sendo um pertencente ao réu J., vulgo *G.*, e outro era usado por A.. Os apelantes foram reconhecidos pelo ofendido como os agentes que estiveram no cativeiro, fazendo a gravação de um *DVD* no qual constava cena de L.C. pedindo o dinheiro do resgate para sua família. A esposa da vítima reconheceu a voz de J. como sendo a do sujeito que negociava com ela o preço do resgate. No mais, disse que os acusados confessaram informalmente a autoria delitiva (mídia de fl. 234).

R.R., um dos policiais civis responsáveis pelas diligências, declarou ter participado das negociações junto com a família do ofendido no tocante ao valor pedido pelos sequestradores para libertá-lo. Os criminosos pediram uma quantia elevada para a esposa da vítima, mas ela conseguiu reduzir o valor para aproximadamente R$ 18.000,00, que seriam inicialmente entregues aos agentes. O dinheiro foi deixado em um local combinado, mas os sequestradores abortaram a retirada dos valores. As negociações prosseguiram, mas o ofendido foi libertado, alguns dias depois, sem pagamento.

Prosseguiu dizendo que conseguiram identificar os acusados como sendo alguns dos autores do delito, bem como que ambos estavam, com certeza, no cativeiro. A esposa da vítima reconheceu a voz de J. como a de uma das pessoas que negociava com ela os termos do sequestro. No mais, contou que a esposa de L. disse acreditar que o sequestro fora planejado por credores do ofendido (mídia de fl. 235).

O policial civil **G.M.** asseverou ter participado da prisão de J.. Acrescentou que os acusados, ao confessarem informalmente a prática dos crimes, contaram acreditar que não estavam praticando um sequestro, mas cobrando dívidas a mando de pessoa apelidada *M.*. Receberiam R$ 20.000,00 por seu envolvimento com as condutas criminosas (mídia de fl. 234).

A policial **C.R.J.L.** narrou que estava presente na prisão de A.. Disse que os acusados confessaram seu envolvimento com os crimes. No tocante às escutas, relatou terem identificado que havia um mandante apelidado *M.*, que

Acesso ao Sumário

continuou extorquindo o ofendido após ele ser liberado do cativeiro. Por isso, as investigações do caso ainda não foram encerradas (mídia de fl. 247).

Por sua vez, o policial civil **M.R.** afirmou não ter participado da fase da investigação envolvendo as interceptações telefônicas. Quando de sua prisão, A. teria admitido sua participação no sequestro. Após a prisão dos apelantes, o ofendido continuou sendo extorquido (mídia de fl. 247).

No tocante à idoneidade das palavras de policiais, mister ressaltar que, na condição de servidores públicos, agindo no estrito cumprimento do dever funcional, com a observância aos preceitos legais, são merecedores de toda confiança, como de resto, qualquer pessoa há de merecer, até a prova em contrário, inexistente nos autos.

Nesse sentido:

"*O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais – especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório – reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal. O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor, quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstra – tal como ocorre com as demais testemunhas – que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos*" (STF, 1ª Turma, *Habeas Corpus* 74.608-0/SP, Rel. Min. Celso de Mello).

"*Os depoimentos seguros e firmes prestados pelos policiais responsáveis pela prisão em flagrante da recorrente devem ser admitidos sem reservas, mormente se concatenados aos demais elementos de convicção colhidos nos autos.*" (TJ/MG, Processo nº 1.0024.06.058312-7/001, Relator Eduardo Brum, 27/03/2007).

Com efeito, as narrativas do delegado de polícia e dos agentes envolvidos com as negociações e com as investigações relacionadas ao sequestro de L.C. confirmaram a narrativa do ofendido e, ainda, explicaram o modo pelo qual, através de interceptações telefônicas (autos em apenso), lograram identificar os recorrentes como sendo alguns dos agentes que praticaram o delito.

Acesso ao Sumário

Conforme já exposto, inexiste nos autos elemento que indique eventual motivo para todos os agentes policiais ouvidos em Juízo, o ofendido e sua esposa imputassem falsamente a prática dos crimes aos acusados, o que atesta a completa ausência de amparo probatório às negativas dos réus.

Ressalto, ainda, que a testemunha **F.P.S.** em nada colaborou para a elucidação dos delitos (mídia de fl. 247).

Não há dúvida, portanto, de que os apelantes, agindo em concurso entre si e em conluio com outros agentes não identificados, praticaram o crime de

extorsão mediante sequestro em face do ofendido.

Não assiste razão ao Ministério Público ao postular a reforma da r. sentença, buscando a condenação dos acusados também pelo crime de extorsão.

Isso porque, conforme bem exposto pelo Juízo *a quo*, ainda que após a libertação do ofendido os sequestradores tenham efetuado ligações exigindo que ele lhes entregasse determinada quantia em dinheiro, ameaçando matá-lo; tal conduta configura, no caso concreto, apenas o desdobramento do delito de extorsão mediante sequestro anteriormente praticado.

Com efeito, conforme depreende-se da própria narrativa do ofendido, ele apenas foi libertado sem o pagamento de resgate, pois entrou em acordo com os criminosos, combinando que iria lhes pagar após ser colocado em liberdade.

Deste modo, como as condutas se deram no mesmo contexto fático, deve-se reconhecer que os fatos imputados aos apelantes constituem crime único qualificado como extorsão mediante sequestro.

No tocante ao delito de quadrilha armada, acolho o pleito defensivo, para absolver os acusados.

Restou comprovado que os sequestradores formaram quadrilha com a intenção de praticar crimes.

Contudo, considerando que o art. 159, do Código Penal, prevê, em seu parágrafo 1º, como qualificadora do delito o fato de este ser "*cometido por bando ou quadrilha*", a condenação dos acusados como incursos nos crimes de quadrilha e extorsão mediante sequestro qualificada importaria, no caso concreto, indevido *bis in idem* e, assim, a infração do art. 288, do CP, resta absorvida pelo delito mais grave.

Nesse sentido o entendimento doutrinário: "*Muito embora seja o crime organizado um câncer social que justifica tratamento mais severo, é inadmissível a dupla incidência, isto é, da qualificadora e do concurso com o crime de quadrilha ou bando em razão do mesmo fato, pois, o reconhecimento de ambos num só contexto importa em inaceitável bis in idem*" (PIERANGELI, José Henrique. Código Penal: comentado artigo por artigo. 1ª edição. São Paulo: Verbatim, 2013. Fl. 504).

É irrelevante o fato de os fatos imputados importarem também na qualificadora de o sequestro ter durado "*mais de 24 (vinte e quatro) horas*", pois a incidência de duas qualificadoras não altera a qualificação jurídica da conduta, mas apenas influi na pena imposta aos acusados.

Afastada a condenação dos acusados pela prática do crime de quadrilha, mantenho a condenação de ambos como incurso apenas no crime previsto no art. 159, § 1º, do Código Penal, uma vez que o delito foi cometido por quadrilha e durou mais de 24 horas.

Passo, então, à fixação das penas.

Acesso ao Sumário

I – Primeira Fase: O Juízo *a quo* exasperou a pena-base do acusado A. em 1/6, em razão dos maus antecedentes ostentados; e fixou a de J. no patamar mínimo, considerando ausentes circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Contudo, assiste razão ao Ministério Público ao postular a exasperação das penas-base, pois, conforme já exposto, incidiram no caso concreto duas qualificadoras, sendo que uma delas deve ser considerada como circunstância judicial desfavorável.

No mais, a prova dos autos comprova o elevado grau de reprovabilidade na conduta dos agentes, uma vez que o ofendido foi espancado no cativeiro, passou períodos consideráveis recebendo apenas com água e continuou sendo extorquido mesmo após libertado.

Deste modo, exaspero a pena-base de J. no patamar de 1/5, resultando em **14 anos, 04 meses e 24 dias de reclusão**; e a de A. na fração de 1/4, em razão das circunstâncias acima mencionadas e de seus antecedentes (certidão de fl. 20 do apenso), sendo fixada em 15 anos de reclusão.

II – Segunda Fase: A pena do acusado J. não sofre modificações, uma vez que inexistentes agravantes ou atenuantes.

Já em relação a A., acolho o pleito ministerial, e, considerando sua condição de reincidente (conforme certidões de fl. 13 e 16 do apenso), majoro sua reprimenda em 1/6, resultando em **17 anos e 06 meses de reclusão**.

III – Terceira Fase: À mingua de causas de aumento e de diminuição, as reprimendas permanecem inalteradas.

Do Regime Inicial

O regime inicial fechado deve ser mantido, pois, além do *quantum* das penas aplicadas – superior a 08 anos para os dois acusados –, as circunstâncias judiciais são desfavoráveis, conforme já exposto no momento de fixação das penas.

No mais, em relação ao réu A., a reincidência reforça a necessidade de fixação do regime inicial mais gravoso.

Ante o exposto, **dou parcial provimento** aos recursos interpostos pelo **Ministério Público** e pelas defesas, para, absolvendo os réus **J.L.F.S.** e **A.O.A.** pela prática do crime previsto no artigo 288, parágrafo único, do Código Penal, com base no art. 386, inc. III, do Código de Processo Penal; e exasperando a reprimenda a eles imposta em razão da prática do delito tipificado no art. 159, § 1º, do Código Penal, condená-los ao cumprimento das penas de **14 anos, 04 meses e 24 dias de reclusão**, em regime inicial fechado (J.); e de **17 anos e 06 meses de reclusão**, em regime inicial fechado (A.).

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0009558-25.2010.8.26.0073, da Comarca de (...), em que é apelante (...), é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 14ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitada a matéria preliminar, deram parcial provimento ao recurso defensivo para absolver (...) da prática do delito do artigo 3º, *i* da Lei 4.898/65, com fundamento no artigo 386, inciso VII do CPP; pelos delitos remanescentes, reduziram sua pena para 1 ano e 2 meses de detenção, em regime inicial aberto, substituída a pena privativa de liberdade por prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária de um salário mínimo em favor de entidade pública ou privada com destinação social, bem como obstar a perda do cargo exercido pelo apelante por não ser compatível com o artigo 92 do Código Penal. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.532)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores WALTER DA SILVA (Presidente) e MARCO DE LORENZI.

São Paulo, 9 de abril de 2015.

HERMANN HERSCHANDER, Relator

Ementa: Nulidade. Alegação de vício da sentença por não apreciação de tese. Omissão que se limita ao relatório, tendo sido a questão enfrentada na fundamentação. Preliminar rejeitada.

Abuso de autoridade não configurado. Mero "trato grosseiro" e agressões "não especificadas" não se prestam à configuração desse grave delito.

Assédio sexual. Credibilidade das narrativas seguras e coerentes de duas vítimas, subordinadas ao apelante. Ausência de demonstração de concerto para incriminar falsamente o acusado. Condenação mantida. Reconhecimento, contudo, de apenas dois delitos, já que duas as vítimas. Reiteração de condutas constrangedoras é ínsita ao tipo penal. Preliminar rejeitada e recurso parcialmente provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Insurge-se o apelante contra a r. sentença prolatada pela MMa. Juíza de

Direito, Dra. ROBERTA DE OLIVEIRA FERREIRA LIMA, cujo relatório ora se adota, que o condenou como incurso no artigo 216-A do Código Penal c.c. o artigo 71 *caput* do mesmo estatuto, assim como no artigo 3º, *i* da Lei 4.898/68, todos c.c. o artigo 69 do Código Penal, às penas de 3 anos de detenção, em regime inicial semiaberto, perda do cargo público e inabilitação para o exercício de função pública por 3 anos, substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Sustentam as razões recursais, em síntese, que a sentença não apreciou todas as teses das partes. No mérito, pugna por absolvição, quanto ao delito de abuso de autoridade, em razão de o Ministério Público não ter postulado a condenação e por ausência de provas; quanto aos crimes de assédio sexual, pede o *non liquet* por falta de provas, tudo se restringindo às palavras das supostas vítimas, concertadas para prejudicá-lo, as quais foram contrariadas pelas testemunhas da Defesa.

Devidamente contra-arrazoado o recurso pelo Ministério Público e pelos assistentes de acusação, sobreveio parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, de lavra do Dr. FRANCISCO JOSÉ TADDEI CEMBRANELLI , voltado ao seu improvimento.

É o relatório.

2. Embora não tenha merecido destaque nas razões recursais, a afirmativa de que a sentença não apreciou as teses das partes tem natureza preliminar, e como tal foi analisada pelas contrarrazões e pelo parecer da douta Procuradoria.

Sem nenhum propósito a arguição, lastreada apenas no fato de o relatório da sentença ter omitido o pleito absolutório do Ministério Público quanto ao crime de abuso de autoridade.

A omissão, na verdade, é de todo irrelevante, quando se constata que a sentença fundamentou a condenação quanto àquele delito, o que é obviamente incompatível com o acolhimento da pretensão absolutória.

No mais, quanto à tese – *data venia*, descabida – de que a manifestação ministerial em prol da absolvição vincula o juiz, esta restará prejudicada pelo desfecho a ser dado ao presente recurso.

Rejeita-se, pois, a matéria preliminar.

3. Diz a denúncia, em síntese, que o acusado, por diversas vezes, na condição de superior hierárquico das vítimas, pois Secretário da (...), assediou sexualmente as funcionárias D. e C., abraçando-as e beijando-as de forma apertada e insinuante e tentando beijá-las na boca; quanto a D., ele igualmente tentou passar a mão em sua perna. Ademais, ele praticou abuso de autoridade contra M., atentando contra sua incolumidade física, sem causar lesões corporais.

Respeitado o esforço da Defesa, a prova dá sustentação à condenação por dois crimes de assédio sexual, conforme superiormente demonstrou a r.

Acesso ao Sumário

sentença, cuja minuciosa análise da prova e cujos argumentos, neste passo, são adotados.

Trata-se de crime obviamente praticado às escondidas. Logo, não se poderia esperar houvesse testemunhas presenciais do fato.

Tanto na polícia como em Juízo as vítimas D. e C., não sem constrangimento, relataram as investidas do acusado, exatamente como descritas na denúncia. Esses relatos se apresentam seguros e essencialmente coerentes entre si; eles incriminam o acusado sem traírem, em momento algum, algum exagero tendente a prejudicar o réu indevidamente.

Inviável negar crédito a tão sólidos relatos das ofendidas, notadamente porque escorados solidamente pelos relatos das testemunhas da acusação. É fato que estas – como é natural nesses casos – reportaram-se a narrativas que as próprias ofendidas, muitas vezes em prantos, lhes fizeram; contudo, avulta que as testemunhas afirmaram ter ouvido histórias em tudo consentâneas com aquilo que foi trazido pelas ofendidas a estes autos, tanto na fase inquisitorial como em Juízo.

Quisessem incriminar gratuitamente o acusado, arquitetariam as vítimas, decerto, acusações menos constrangedoras.

Nesse quadro, mostra-se despida de força a assertiva – de todo gratuita – de que vítimas e testemunhas de acusação se uniram para engendrar pérfidas acusações contra o réu. Fosse assim, os relatos não escapariam a inseguranças, contradições e exageros.

O que, repita-se, não se verifica.

Inafastável, pois, a condenação por assédio sexual.

Contudo, é preciso desde já destacar que, sendo duas as vítimas, apenas dois foram os crimes de assédio praticados, já que a reiteração de atos constrangedores, numa mesma relação de trabalho e contra a mesma vítima, é própria dessa figura típica, não desbordando de um só crime de assédio.

4. De outra banda, respeitada a convicção da MMa. Juíza sentenciante, que contou com o prestigioso respaldo do ínclito Procurador de Justiça oficiante, a improcedência da imputação de abuso de autoridade já estava delineada na própria denúncia, e confirmou-se no decorrer da instrução criminal.

De fato, a exordial, ao descrever o referido delito, fala em "trato grosseiro" e agressão "de maneira não especificada nos autos".

Tudo o que M. referiu em Juízo, a propósito, foi pegá-la no braço e empurrar, o que, à evidência, não basta para configurar o grave delito previsto na Lei do Abuso de Autoridade, que consiste em atentado à incolumidade física.

Imperativa, quanto a esse delito, a absolvição.

5. Passo à análise das penas dos crimes de assédio sexual.

Acesso ao Sumário

Verifico que, em primeira fase a MMa. Juíza valeu-se, para justificar o estabelecimento da pena de partida acima do piso, de circunstâncias que são inerentes ao próprio tipo. Fixo-a, pois, em 1 ano de detenção.

Na segunda fase, não há agravantes.

Na terceira etapa, por conta da continuidade delitiva, sendo dois os crimes, majoro a pena em 1/6, obtendo 1 ano e 2 meses de detenção.

Presentes os requisitos legais, mantenho a substituição da pena privativa de liberdade por prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária de um salário mínimo em favor de entidade pública ou privada com destinação social.

Para a hipótese de reconversão, favoráveis as circunstâncias judiciais, estabeleço o regime inicial aberto.

A pena ora imposta e a natureza do crime cuja condenação foi mantida não admitem a decretação da perda do cargo público, que ora fica afastada.

5. **Isto posto, pelo meu voto, rejeitada a matéria preliminar, dou parcial provimento ao recurso defensivo para absolver (...) da prática do delito do artigo 3º, *i* da Lei 4.898/65, com fundamento no artigo 386, inciso VII do CPP; pelos delitos remanescentes, reduzo sua pena para 1 ano e 2 meses de detenção, em regime inicial aberto, substituída a pena privativa de liberdade por prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária de um salário mínimo em favor de entidade pública ou privada com destinação social, afastada a decretação da perda do cargo público.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0021521-53.2012.8.26.0269, da Comarca de Itapetininga, em que são apelantes O.P.S., R.A.S.L., J.P.P. e V.O., é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "rejeitadas as preliminares relativas às prisões em flagrante, à determinação de monitoramento das ligações telefônicas e à inépcia da denúncia, deram provimento aos recursos para anular o processo a partir de fl. 190, prejudicada a apreciação das demais nulidades suscitadas. Expeçam-se alvarás de soltura clausulados em favor dos apelantes. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.804)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VICO MAÑAS (Presidente), JOÃO MORENGHI e ANGÉLICA DE ALMEIDA.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 15 de abril de 2015.
VICO MAÑAS, Relator

Ementa: Interceptação telefônica – Permissivo legal – Decisão Fundamentada

Inépcia da denúncia – Descrição suficiente dos fatos e condutas imputadas – Não ocorrência

Cerceamento de defesa – Juntada extemporânea de degravações – Configuração

VOTO

O.P.S., V.O., J.P.P. e R.A.S.L. foram condenados pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Itapetininga a 13 (treze) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e ao pagamento de 2.166 (dois mil cento e sessenta e seis) dias-multa, no valor mínimo unitário, o primeiro, a 12 (doze) anos, 05 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão e multa de 1.865 (mil oitocentos e sessenta e cinco) diárias, no piso, o segundo, e a 08 (oito) anos de reclusão e pagamento de 1.200 (mil e duzentos) dias-multa, também no menor patamar, os demais, como incursos nos arts. 33, "caput", e 35, "caput", ambos da Lei 11.343/06, impondo-se ainda à última as penas de 01 (um) ano de detenção e multa de 10 (dez) diárias, no valor mais baixo, por infração ao art. 12 da Lei 10.826/03, fixado para todos o regime inicial fechado.

Inconformados, recorreram.

J. busca a absolvição quanto ao delito de associação, sustentando fragilidade probatória, e o reconhecimento do privilégio do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, no tocante ao tráfico.

V., em preliminar, alega nulidade da sentença em virtude da não apreciação de teses defensivas e, no mérito, falta de provas para a condenação. Subsidiariamente, pleiteia a redução das penas.

Preliminarmente, O. e R. suscitam vícios na prisão em flagrante e na determinação de interceptação de suas comunicações telefônicas, bem como inépcia da denúncia e cerceamento de defesa pela tardia juntada da degravação das conversas captadas. No mérito, pretendem a absolvição por insuficiência probatória.

Oferecidas as contrarrazões (fls. 509/520), a D. Procuradoria da Justiça opina pelo não provimento dos recursos.

É o relatório.

1. Em outubro de 2014, por ocasião do julgamento do Habeas Corpus nº (...), impetrado por O., esta C. Câmara entendeu incabível discutir ilegalidade

Acesso ao Sumário

da prisão em flagrante, uma vez que, proferida sentença condenatória que vetou o apelo em liberdade, a segregação com base naquele título não mais conserva sua força.

2. Dispõe o art. 2º da Lei 9.296/96 que não se admitirá a interceptação de comunicações telefônicas quando inexistentes indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal ou se a prova puder ser feita por outros meios disponíveis.

No caso, as diligências que precederam a medida impugnada revelaram possível envolvimento de O. com o tráfico de drogas. Tudo indicava que não agia sozinho, em especial por ser costumeiramente visto na companhia de V., conhecido nos meios policiais como traficante. Em decorrência, os investigadores representaram pelo monitoramento da linha de telefonia móvel do primeiro.

Efetivada a interceptação, confirmou-se a participação de V. e de outras pessoas no comércio espúrio, dentre elas R. e J..

Requisitada a captação de comunicações realizadas por intermédio de outros números de telefone, constatou-se a formação de grupo criminoso que, buscando evitar exposição das atividades ilícitas, frequentemente alternava o lugar de depósito das drogas. Além disso, os integrantes da associação mantinham contatos por meio de diferentes linhas telefônicas, também com o escopo de dificultar a ação policial.

Lastreada as interceptações em fortes indícios de que O. e V. cometiam infração penal, não há que se cogitar de ilegalidade.

O quadro exposto igualmente demonstra que o monitoramento era mesmo a medida mais adequada para a colheita da prova. A maneira de atuação dos suspeitos impunha a obtenção dos diálogos de modo a permitir que a polícia se antecipasse às ações do grupo, sob pena de não obter êxito na apuração dos crimes investigados.

A situação permitia, portanto, a adoção da ferramenta prevista na Lei 9.296/96.

3. Não se constata inépcia da denúncia.

Ao longo de seis folhas, a peça descreve satisfatoriamente as condutas dos réus, inclusive historiando as diligências que conduziram à prisão dos acusados e à apreensão de drogas e munição.

Mencionou ainda que os apelantes, associados para a prática reiterada do crime de tráfico, mantinham em depósito 14,2g de maconha e 947g de cocaína, com suposto fim comercial.

Investigação promovida pela polícia civil de Itapetininga apurou que grupo criminoso liderado por O. e V. promovia a venda de entorpecentes e, visando ocultar tal atividade, alterava com frequência o ponto de armazenamento

Acesso ao Sumário

dos narcóticos.

Identificados os suspeitos e os diversos números de telefones por eles utilizados para o exercício das ações criminosas, delegado da DISE solicitou autorização judicial para interceptar as respectivas comunicações telefônicas. Concedida, descobriu-se, após trinta dias de monitoramento, que a todos os denunciados competia a aquisição de tóxicos e sua preparação para a venda, bem como o fornecimento de local para a armazenagem e a mercancia ilícita.

Assim, em (...), durante cumprimento a mandados de busca e apreensão, os investigadores encontraram as substâncias mencionadas na casa de J., vulgo "L.". Ele revelou que as guardava por determinação do tio, V.. No imóvel deste, apreendidos dois veículos empregados no comércio espúrio.

Na residência do casal O. e R., por sua vez, havia cartuchos de calibre 38, dinheiro proveniente do tráfico e automóvel que também servia a propósitos lícitos.

Tudo, pois, bastante claro e coerente, permitindo o perfeito conhecimento da acusação e, por conseguinte, o pleno exercício do direito de defesa.

4. Por outro lado, é de se reconhecer a ocorrência de cerceamento de defesa em razão da juntada tardia das transcrições das conversas captadas.

Quando da apresentação das defesas preliminares de V. e J., o advogado destes réus solicitou o encaminhamento dos CDs à perícia "para fins de transcrição das conversas supostamente gravadas, possibilitando assim que todos tenham conhecimento do conteúdo dos mesmos e se evite especulação de conversas não existentes" (fls. 135 e 148).

Não analisado, o pedido foi repetido às fls. 176/177.

Em (...), o MM. Juiz determinou que se oficiasse a autoridade policial requisitando o laudo de degravação das interceptações (fl. 178).

No mês de (...) do mesmo ano, realizada audiência para oitiva de duas testemunhas arroladas pela acusação, seis pelas defesas de J., O. e V. e interrogatórios de O. e R.. Deprecada a oitiva dos coacusados (fls. 190/197).

Anexados aos autos resumos das conversas e as correspondentes mídias em que armazenadas (fls. 212/227 e 230/236) em maio, o defensor de O. e de R. peticionou protestando por sua desconsideração ou pelo início de nova instrução processual. Alegou que, além de não intimado sobre a referida juntada, o acréscimo de tais documentos comprometeu "todo o andamento processual". Já realizada a audiência de instrução em que ouvidas testemunhas arroladas pela acusação e defesas, o advogado não pôde questioná-las sobre o conteúdo das escutas, nem arrolar pessoas citadas nos diálogos. Ademais, interrogado o casal sem conhecer o teor "desse material que em tese é probatório". Teria havido, dessa forma, nulidade por afronta aos princípios do contraditório e da ampla defesa (fls. 239/241).

Acesso ao Sumário

A Magistrada indeferiu o pleito de exclusão do material dos autos porquanto "juntadas apenas as resenhas das conversas". Na sequência, determinou ao Instituto de Criminalística o envio dos laudos de degravações das linhas interceptadas e observou que "os defensores terão oportunidade de manifestação sobre todas as provas dos autos na fase de alegações finais" (fl. 244).

Fornecido o quanto solicitado (fls. 248/270), seguiram-se os interrogatórios de J. e de V. (fls. 292 e 300), encerrando-se a instrução.

Suscitada novamente a tese na manifestação final defensiva, restou consignado na sentença que "a circunstância de terem sido juntadas as degravações aos autos após o início da fase instrutória em nada compromete a defesa dos réus, uma vez que, além de encartadas na fase própria, qual seja, da dilação probatória, os doutos advogados dela tiveram ciência e poderiam ter requerido a produção de outras provas, cuja necessidade somente tivesse surgido após a apresentação do laudo. Ao contrário, sem qualquer justificativa, requerem um retrocesso desnecessário, contrário à marcha processual, sem qualquer prejuízo a ampla defesa" (fl. 367).

Evidente, contudo, o prejuízo gerado aos recorrentes, sobretudo porque a prova discutida foi mencionada pelos investigadores, amparando o decreto condenatório.

É certo que o art. 8º da Lei 9.296/96, ao tratar do apensamento dos autos da interceptação de comunicação telefônica aos do inquérito ou do processo criminal, permite concluir que o procedimento pode ser feito antes da elaboração do relatório policial ou até a prolação da sentença, o que equivaleria a qualquer tempo no decorrer da instrução criminal.

Também não se ignora o entendimento jurisprudencial no sentido de que desnecessária a degravação integral do material colhido, bastando a transcrição dos trechos que fundamentaram o oferecimento da denúncia e a possibilidade de acesso pela defesa às mídias correspondentes para afastar alegações de nulidade. O posicionamento, aliás, já foi adotado por este relator (Apelação nº 0002804-68.2011.8.26.0320, j. 07.08.2013).

Todavia, juntados os laudos e CDs apenas depois da audiência de instrução, não se assegurou o efetivo exercício do contraditório em relação à prova produzida.

Com efeito, o defensor logo impugnou a juntada do material após a realização do importante ato processual. Diversamente do consignado na sentença, de pronto postulou a renovação do ato. A providência solicitada objetivava a apuração da verdade real, escopo maior do processo penal.

O princípio constitucional da ampla defesa, como é sabido, desdobra-se em duas garantias: autodefesa e defesa técnica, ambas violadas no caso.

Acesso ao Sumário

Inquiridos O. e R. sem conhecimento do teor das gravações, não puderam tomar posição sobre o material produzido, nem contribuir para a função defensiva. Não por outra razão a Lei 11.690/08, que deu nova redação ao art. 400 do Código de Processo Penal, passou a prever o interrogatório como último ato da instrução.

Nem de longe a repetição dos atos representaria "retrocesso desnecessário", até porque o art. 196 do estatuto processual confere ao juiz o poder de proceder, "a todo tempo", a novo interrogatório de ofício ou a *pedido fundamentado* de qualquer das partes, como na hipótese dos autos.

A defesa técnica, a seu turno, como não dispunha do material ao tempo da audiência, perdeu a oportunidade de formular aos investigadores e demais testemunhas perguntas relacionadas ao objeto dos diálogos. Vale lembrar que os primeiros tiveram ciência do conteúdo das gravações antes da audiência, dispensando-se tratamento absolutamente desigual às partes.

Como se vê, insuficiente o debate sobre o monitoramento dos telefonemas tão somente em alegações finais, concretizado significativo obstáculo ao exercício da garantia constitucional da ampla defesa.

Além de não prejudicar o bom andamento do processo, o aludido princípio aconselhava repetição da audiência levada a efeito antes da juntada dos CDs e dos laudos de degravação das interceptações telefônicas realizadas no curso das investigações.

Em conclusão, impõe-se a anulação do feito desde o referido momento.

Analisando episódio semelhante, essa a solução adotada pela Sexta Turma do C. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do *Habeas Corpus* nº 92.397/SP, em fevereiro de 2010.

Cabe citar trecho do voto vencedor, proferido pelo Ministro Nilson Naves:

"A meu ver, no entanto, e com todo o respeito, o caso não é de deficiência – quando se pressupõe a prova do prejuízo –, mas caso que se equipara ao de falta de defesa – quando não se exige que se prove o prejuízo. A presunção, e toda ela, a meu ver, em benefício do réu, é no sentido de que aqui a defesa se viu tolhida, daí a violação do princípio que assegura a ampla defesa, já que não se conheceu o resultado da interceptação nem quando do interrogatório, nem quando da audiência das testemunhas de acusação. Isso se me afigura suficiente a fim de ter aqui por inquestionavelmente prejudicada a defesa – trata-se de coisa que fala por si mesma (*in re ipsa*). A violabilidade do sigilo das comunicações telefônicas é exceção, a inviolabilidade é que é a regra ('são invioláveis o sigilo...', conforme o inciso XII do art. 5º). Por isso é que haveremos de ter todo cuidado com a interceptação, e haveremos porque isso tem a ver com a dignidade da pessoa humana. A ninguém mais e a ninguém menos do que ao interceptado assiste, é bem verdade, o direito – líquido e certo, acrescentaria – de amplo conhecimento do resultado da interceptação

Acesso ao Sumário

a fim de que, obviamente, possa desenvolver a sua defesa, certamente que ampla, e a plenitude de defesa acontece, se não antes mesmo, acontece já no início da ação penal, e não, não mesmo, depois, e depois, e depois, por exemplo, já quando da audiência das testemunhas da defesa, como aqui teria acontecido. Com a vênia do ilustre Relator, concedo a ordem, de sorte que anulo o processo desde e inclusive o interrogatório".

5. Frente ao exposto, rejeitadas as preliminares relativas às prisões em flagrante, à determinação de monitoramento das ligações telefônicas e à inépcia da denúncia, dá-se provimento aos recursos para anular o processo a partir de fl. 190, prejudicada a apreciação das demais nulidades suscitadas. Expeçam-se alvarás de soltura clausulados em favor dos apelantes.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0039013-70.2011.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante WELLINGTON SOUZA SILVA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 5ª Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Anularam o processo, a partir da citação (excluída esta), e, de ofício, julgaram extinta a punibilidade, com fundamento no art. 109, V, c.c. os arts. 155 e 110, *caput*, todos do Código Penal. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.116)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CARLOS BUENO (Presidente) e NUEVO CAMPOS.

São Paulo, 17 de abril de 2015.

FRANCISCO BRUNO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Apelação. Receptação simples. Réu que foi processado e condenado sem haver sido citado e apresentou a defesa preliminar (que não foi analisada) na própria audiência em que foi condenado, em sentença aliás sem relatório. Nulidade do processo reconhecida a partir da denúncia, excluída esta, e, em seguida, extinção da punibilidade reconhecida de ofício.

VOTO

Ao relatório da r. sentença (fls. 147 e ss.), acrescento que Wellington Souza Silva foi condenado a um ano de reclusão, regime aberto, e dez dias-multa, no mínimo, por infração do art. 180, *caput*, do Código Penal; a pena privativa de liberdade foi substituída por igual período de prestação de serviços à comunidade.

Apelou (fls. 158 e ss.), alegando ter adquirido o bem de boa-fé; respondido o recurso (fls. 162 e ss.), a douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo não provimento (fls. 172 e ss.).

É o relatório.

Lamentavelmente, creio ser de rigor a anulação do processo, a partir da denúncia (excluída esta) e, consequentemente, reconhecer a prescrição da pretensão punitiva.

O processo é bastante estranho. De início, a meu ver a "dispensa do relatório" (fls. 147) já implicaria nulidade absoluta: em não se tratando de Juizado Especial, é ele formalidade essencial do ato. E não é para menos; este processo é exemplo de sua utilidade.

Eis, portanto, um relatório completo: oferecida a denúncia, foi ela recebida (fls. 113); no mesmo ato, a digna Juíza de Direito designou data para início de instrução e determinou a citação do réu e sua notificação para apresentar defesa preliminar.

O oficial de justiça não conseguiu localizá-lo, por haver mudado de endereço (fls. 123); porém, o fato só veio ao conhecimento do Juízo na audiência (fls. 127); a digna Magistrada, então, determinou várias providências (requisição de testemunhas faltosas, expedição de ofícios etc.); só não fez o essencial: determinar a citação por edital. Nem por isso, porém, deixou de designar desde logo nova audiência.

Na data designada, o acusado compareceu espontaneamente e a audiência realizou-se, tendo a digna Juíza de Direito "levantado a revelia"; consta que teve oportunidade de conversar com o defensor que lhe foi nomeado (cf. fls. 144). Porém, ele nem sequer podia ser considerado revel, já que **jamais fora citado**. A defesa preliminar, aliás, foi juntada **no dia da audiência**; tanto assim que, curiosamente, ela e o recurso estão juntados uma em seguida do outro (fls. 155/157 e 158/159).

É dizer: o apelante não teve sequer a possibilidade de uma absolvição sumária. Ademais, obviamente a citação é, mais que o relatório da sentença, ato essencial, sem o qual a nulidade ocorre *juris et de jure*.

De tal sorte, ainda que se considerasse válida uma defesa preliminar realizada **simultaneamente** à citação (isto se se considerar que a presença do acusado representa citação implícita); ainda que assim se considerasse, eu dizia,

Acesso ao Sumário

restaria a inexistência da decisão que confirma o recebimento da denúncia. De tal sorte, o único ato válido no processo é o recebimento desta.

Ocorre que a pena limite para o processo passou a ser a fixada na r. sentença, um ano, razão por que a prescrição ocorre em quatro. Ora, o apelante era, na época do fato, menor de vinte e um, razão por que o prazo cai pela metade.

Portanto, como a denúncia foi recebida em 16 de janeiro de 2013 (fls. 113), a prescrição da pretensão punitiva ocorreu em 16 de janeiro último.

Ante o exposto, meu voto **anula o processo**, a partir da citação (excluída esta), e, de ofício, **julga extinta** a punibilidade, com fundamento no art. 109, V, c.c. os arts. 155 e 110, *caput*, todos do Código Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0086419-19.2013.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado FELIPE MELO DE SOUZA.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.773)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores EDISON BRANDÃO (Presidente), LUIS SOARES DE MELLO e EUVALDO CHAIB.

São Paulo, 14 de abril de 2015.

EDISON BRANDÃO, Relator

Ementa: APELAÇÃO – CORRUPÇÃO DE MENORES – Crime de perigo abstrato, bastando a exposição a risco do bem juridicamente tutelado – Autoria e materialidade delitivas devidamente comprovadas – Depoimentos de testemunhas – Valoração – Condenação de rigor – Recurso ministerial provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO** contra a r. sentença (fls. 77/81) que condenou o réu como incurso

no artigo 180, caput, do Código Penal, à pena de 01 ano de reclusão em regime inicial aberto e ao pagamento de 10 dias-multa, substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direito, consistente em prestação de serviços à comunidade. Consta na mesma sentença que o acusado foi absolvido da imputação prevista no artigo 244-B do ECA, nos termos do artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

O Ministério Público apela, pleiteando a reforma da r. sentença para que o réu também seja condenado pelo crime de corrupção de menores (fls. 117/122).

O recurso foi contrarrazoado às fls. 124/132, tendo a Douta Procuradoria Geral de Justiça se manifestado pelo provimento do apelo ministerial (fls. 137/142).

Relatei.

O recurso ministerial merece provimento.

Consta dos autos que, no dia 29 de setembro de 2013, por volta das 20h, na Rua Harry Dannenberg, nº 436, nesta Capital, o réu, conduzia, em proveito próprio, coisa que sabia ser produto de crime, qual seja, um veículo Honda/Fit, de placas (...), pertencente à vítima Barbara Cristina Rodrigues Carvalho.

Consta, ainda, que nas mesmas condições de tempo e espaço, o réu, corrompeu os adolescentes F.M.S., J.H.M.C. e G.R.S., todos menores de 18 anos, com eles praticando infração penal, consistente na receptação supracitada.

No final da instrução criminal, a douta Magistrada condenou o réu pela prática do crime de receptação, à pena de 01 ano de reclusão em regime inicial aberto e ao pagamento de 10 dias- multa, substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direito, consistente em prestação de serviços à comunidade e o absolveu da imputação prevista no artigo 244-B do ECA, nos termos do artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, sob argumento de que não há provas de que os menores os quais o réu praticara o crime de receptação já fossem corrompidos anteriormente.

Inicialmente, a condenação do réu pela prática do crime de receptação, nos moldes em que foi lançada em primeiro grau era medida de rigor, eis que ficou comprovada a autoria e materialidade, sendo que a própria defesa se conformou, tendo em vista que não recorreu da r. decisão.

Por sua vez, respeitado o entendimento da MMª. Juíza a quo, o apelo do Ministério Público merece ser provido, eis que o réu deve também ser condenado pelo crime de corrupção de menores, pois ficou demonstrado nos autos o cometimento de tal delito.

O entendimento do julgador em primeira instância foi no sentido de que não há provas que os menores foram corrompidos ou induzidos pelo acusado à prática do crime, o que é indispensável, tratando-se de crime material, razão pela qual ele foi absolvido do crime de corrupção de menores.

Acesso ao Sumário

No entanto, como bem aponta o Parquet, o delito de corrupção de menores é considerado crime meramente formal, não sendo necessário que se prove que os inimputáveis tenham de fato sido corrompidos. Basta a exposição a perigo do bem jurídico aqui tutelado: a inocência e integridade moral do adolescente. Nesse sentido se firmou a jurisprudência do STJ:

> "O Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão no sentido de que o crime de corrupção de menores é de natureza formal, bastando a participação do menor de 18 (dezoito) anos para que se verifique a subsunção da conduta do réu imputável ao tipo descrito no art. 1º da Lei nº 2.252/54. Precedentes." (HC 157380/DF, rel. Min. OG FERNANDES, j. 23/03/2010, DJe 19/04/2010).
>
> "1. É firme a orientação do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o crime tipificado no art. 1º da Lei 2.252/54 é formal, ou seja, a sua caracterização independe de prova da efetiva e posterior corrupção do menor, sendo suficiente a comprovação da participação do inimputável em prática delituosa na companhia de maior de 18 anos. 2. O art. 1º da Lei 2.252/54, que tem como objetivo primário a proteção do menor, não pode, atualmente, ser interpretado de forma isolada, tendo em vista os supervenientes direitos e garantias menoristas inseridos na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente. 3. O fim a que se destina a tipificação do delito de corrupção de menores é impedir o estímulo tanto do ingresso como da permanência do menor no universo criminoso. O bem jurídico tutelado pela citada norma incriminadora não se restringe à inocência moral do menor, mas abrange a formação moral da criança e do adolescente, no que se refere à necessidade de abstenção da prática de infrações penais. 4. Considerar inexistente o crime de corrupção de menores pelo simples fato de ter o adolescente ingressado na seara infracional equivale a qualificar como irrecuperável o caráter do inimputável – pois não pode ser mais corrompido – em virtude da prática de atos infracionais." (REsp 1160429/MG, rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, j. 02/03/2010, DJe 29/03/2010).
>
> "I - O crime previsto no art. 1º da Lei nº 2.252/54 é de perigo, sendo despicienda a demonstração de efetiva e posterior corrupção penal do menor. II - No entanto, a anterior inocência moral do menor se presume iuris tantum como pressuposto fático do tipo. Quem já foi corrompido não pode ser vítima do delito sob exame (Precedentes). III - In casu, não há elementos suficientes nos autos capazes de demonstrar a alegação de que o menor, participante da conduta delituosa, já era corrompido na época dos fatos." (HC 140312/DF, rel. Min. FELIX FISCHER, j. 19/11/2009, DJe 01/02/2010).

Acesso ao Sumário

Independe de provas de que o menor tinha 'uma vida íntegra e regrada'. O crime visa punir aquele que se vale da ingenuidade e da pouca experiência do incapaz para práticas criminais, muitas vezes "jogando" toda a responsabilidade penal no inimputável, visando se isentar da responsabilização.

No presente caso, o réu foi preso em flagrante na posse de um veículo roubado e tinha conhecimento de tal fato e ainda estava acompanhado dos adolescentes quando foi preso.

Em Juízo, negou os fatos imputados a ele, aduzindo que os menores apareceram em poder do carro roubado, não tendo conhecimento da origem ilícita deste (CD ROM de fls. 82).

Entretanto, sua negativa restou isolada nos autos.

Os policiais militares que participaram de sua prisão declararam que, quando ele foi abordado estava na companhia dos menores e não apresentou nenhuma justificativa plausível tampouco o documento do carro (fls. CD ROM de fls. 82).

Por sua vez, na receptação, como se sabe, a apreensão da coisa subtraída em poder do agente gera a presunção de sua responsabilidade, invertendo-se o ônus da prova. Nesse contexto:

> "Na receptação, a apreensão da coisa subtraída em poder do agente gera presunção de sua responsabilidade, invertendo-se o ônus da prova, impondo-se justificativa inequívoca, assim, se esta for dúbia e inverossímil, transmuda-se a presunção em certeza, autorizando, assim, a condenação." (TACRIM- SP - RT 746/629).

Assim, como asseverou o douto Procurador de Justiça em seu Parecer: ''no caso em tela, o fato de o apelado haver recebido o veículo referido na denúncia na mesma data em que ele fora roubado por pessoa não identificada, reforça o convencimento de que era conhecer de sua procedência criminosa'' (fls. 140).

Portanto, sua condenação pelo crime de receptação era medida de rigor.

Por sua vez, o mesmo ocorrendo com o crime de corrupção de menores, pois o réu, ao conduzir menores em um veículo que sabia ser produto de crime, corrompeu os tais menores, ou pelo menos facilitou a corrupção deles, sendo o necessário para configurar tal crime.

Anote-se que a conduta social daquele que leva o adolescente à prática criminosa deve ser fortemente reprimida, quantas vezes assim o fizer, pois cada vez mais contribui com a degradação da personalidade do adolescente, a qual ainda está em formação.

Portanto, tratando-se o crime de corrupção de menores, basta para sua caracterização a prática do fato que ameace lesionar o bem jurídico em tela, situação esta, plenamente comprovada nos autos, que no caso, é a moralidade do menor.

Desta maneira, diante da desnecessidade da prova da efetiva corrupção do menor tem-se demonstrada a prática do crime de corrupção de menores por parte do apelado.

Acesso ao Sumário

Assim, razão assiste ao órgão acusatório, pois há prova nos autos de que os adolescentes concorreram para a prática do delito, portanto, a condenação pelo crime previsto no artigo 244-B era medida que se impõe.

Resolvidas as questões de mérito, passo às penas.

A douta Magistrada atenta às circunstâncias do artigo 59 do Código Penal fixou as penas-base do crime de receptação em seu mínimo legal, ou seja, em 01 ano de reclusão e 10 dias-multa, a desmerecer, pois, qualquer alteração.

Em face do provimento do recurso ministerial ao condenar o acusado também pelo crime de corrupção de menores e obedecendo aos mesmos critérios da douta Sentenciante fixo a pena- base no mínimo legal, ou seja, em 01 ano de reclusão.

Para o cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 33, § 2º, alínea 'c', do Código Penal, fixa-se o regime aberto, mediante condições a serem fixadas pelo juízo da execução.

Posto isto, **DOU PROVIMENTO** ao apelo acusatório para condenar o réu também pela conduta tipificada no art. 244-B da Lei nº 8.069/90, à pena de 01 ano de reclusão em regime inicial aberto e ao pagamento de 10 dias-multa, mantida, no mais, a r. sentença tal qual lançada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0017099-23.2007.8.26.0362, da Comarca de Mogi-Guaçu, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado CLODOVIL CUSTÓDIO.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "POR MAIORIA DE VOTOS NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO O E. REVISOR, EXMO. DES. GRASSI NETO, QUE DAVA PROVIMENTO", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.278)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GRASSI NETO (Presidente) e ALCIDES MALOSSI JUNIOR.

São Paulo, 16 de abril de 2015.

MOREIRA DA SILVA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Apelação criminal – Violação de direitos autorais – Sentença absolutória – Recurso ministerial visando à condenação, nos termos da denúncia –

Inadmissibilidade – Processo penal que não observou o princípio do devido processo legal – Denúncia que não descreve os objetos da alegada violação de direito autoral e não aponta/identifica os respectivos titulares do suposto direito violado – Ausência de efetiva comprovação da materialidade, na medida em que não examinado o conteúdo dos CDs e DVDs apreendidos – Análise apenas externa, em torno de mera aparência. Recurso improvido.

VOTO

1. Trata-se de Apelação Criminal interposta pelo Ministério Público contra a r. sentença monocrática de fls. 81/83 da lavra do MM. Juiz de Direito Dr. Claudio Juliano Filho, que absolveu **Clodovil Custódio**, da imputação contida na denúncia, de violação da norma de proibição inscrita no artigo 184, parágrafo 2º, do Código Penal.

Inconformado, recorre (fls. 89/98). Alegando provadas a materialidade e a autoria delitiva atribuída ao apelado, bem como estar demonstrada também a ilicitude do fato, pugna pela condenação nos termos da denúncia, observando-se, na fixação da pena, a reincidência específica para o fim de majoração da reprimenda e eleição do regime inicial mais gravoso.

Processado e contra-arrazoado o recurso, opina a d. Procuradoria Geral de Justiça pelo provimento do apelo (fls. 112/116).

É o relatório.

2. O recurso não comporta provimento.

Assevera a denúncia que "*no dia 27 de setembro de 2007, por volta das 09:00 horas, na feira da Avenida Ponta Grossa, no Bairro do Ypê II, nesta cidade e comarca, Clodovil Custódio, qualificado em declarações a fl. 15, expunha à venda, com o intuito de lucro, 220 (duzentos e vinte) CDs e 143 (cento e quarenta e três) DVDs falsos, conforme auto de exibição e apreensão a fls. 04, produzidos com violação de direito autoral*".

Importa considerar, antes do mais, que a inicial acusatória não identifica nem descreve, a contento, as obras intelectuais reproduzidas com violação de direito autoral, apresentando-se omissa também no que diz com os titulares de tal direito, porquanto eles não foram ouvidos sobre suposto fato delituoso, o que, já por si, torna duvidosa a legitimidade da instauração da ação penal, máxime frente ao princípio constitucional do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF).

Nada obstante, permitiu-se o livre exercício da jurisdição (art. 5º, XXXV, CF), de sorte que o processo penal teve tramitação normal e, ao final, o MM. Juiz de Direito proclamou o provimento absolutório.

Acesso ao Sumário

Como preleciona o preclaro Professor Cezar Roberto Bitencourt, ao dissertar acerca do crime apurado nesta ação penal, o **"*Sujeito passivo somente pode ser o titular do direito autoral, isto é, o criador de obra intelectual, que pode ser literária, científica ou artística, ou, na ausência do criador, seus herdeiros ou sucessores*"**.[1]

Oportuno, ainda, o ensinamento do eminente Professor César Dario Mariano da Silva, ao explicitar que o **"*sujeito passivo será o autor ou terceiro que tenha titularidade sobre a obra intelectual, bem como o possuidor de direitos conexos*"**.[2]

Conquanto possa parecer destituída de relevância, a identificação dos autores das obras intelectuais reproduzidas supostamente de forma ilícita afigura-se de todo imprescindível, não se tratando, a exigência, de mera filigrana jurídica, mormente em se considerando que se faz mister deles ouvir se deram ou não autorização ao apelado para exposição à venda dos CDs e DVDs apreendidos.

A prova técnica produzida, embora ateste a falsificação do material apreendido, não relaciona nem identifica, segura e inequivocamente, os titulares dos direitos autorais violados pela conduta do apelado. A vítima não é a sociedade, mas, sim, o(s) autor(es) das obras supostamente copiadas. E não há crime, neste panorama, sem vítima.

Válido trazer a lume, a propósito, pronunciamento desta Colenda Corte de Justiça:

***"Convém relembrar precedente jurisprudencial desta Egrégia Corte: 'Não se pode perder de vista que a violação de direito autoral vem tipificada como crime contra a propriedade intelectual (título III, capítulo I), e não como crime contra a fé pública, nos quais prescinde-se, via de regra, da identificação do sujeito passivo, no delito de violação de direito autoral essa identificação é imprescindível, porquanto não há como apurar se o autor intelectual forneceu ou não autorização para a comercialização do produto sem que ele se manifeste, por si ou por interposta pessoa'* (Apelação Criminal nº 993.08.046347-6/1, 2ª Câmara, Relator FRANCISCO ORLANDO)."**[3]

Contudo, não foram apurados os autores das obras (artistas, gravadoras, produtoras, distribuidoras etc.), ou seja, não foi identificado o sujeito passivo. Sendo assim, não restou confirmado que tais direitos autorais eram, de fato, protegidos por lei (não se sabendo se existia algum tipo de autorização para reproduções outras que não as originais, pelo menos na forma como encontradas nos produtos apreendidos).

Acesso ao Sumário

1 - Tratado de Direito Penal, São Paulo, Ed. Saraiva, 3ª edição, 2006, vol. 3, p. 423.

2 - Manual de Direito Penal, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 3ª edição, 2006, vol. II, p. 237.

3 - Cit. in Apelação nº 990.10.020635-4, Comarca de Tambaú, Colenda Décima Câmara de Direito Criminal, j. em 24 de junho de 2010, Rel. Des. Otávio Henrique.

O crime não se caracteriza por simples falsificação, isto é, não basta verificar que se trata de material dito 'pirata'. É imprescindível a verificação de que tais reproduções se deram em desrespeito a direito autoral de vítima certa e determinada.[4]

Os produtores, cantores, compositores, artistas, e os representantes dos CDs e DVDs originais não foram identificados e nem foram inquiridos em juízo para confirmarem que seus direitos autorais foram violados.

Assim, no caso em tela, era imprescindível para a caracterização da infração penal que fossem identificados os titulares desse direito ou quem os represente".[5]

De mais a mais, não se sabe se os CDs e DVDs apreendidos e aqueles submetidos a exame são os mesmos, a cujo respeito há que se ter a necessária certeza. Sim, porque o auto de exibição e apreensão (fl. 04) não descreve os supostos objetos materiais do crime. Assim também o é com relação ao respectivo laudo, que nem sequer revelou o conteúdo dos fonogramas ou videogramas (CDs ou DVDs), limitando-se os expertos ao exame externo dos CDs e DVDs para concluir: "*Ausência do selo holográfico; Ausência de inscrições e/ou figuras identificadoras das empresas gravadoras e distribuidoras sobre as mídias; baixa qualidade de impressão e nitidez dos encartes presentes nos recipientes plásticos dos DVS(s) e DVD(s); Presença de inscrições manuscritas sobre as mídias; ausência de códigos IFPI*" (fls. 12/13).

Ademais, importa considerar que existe até mesmo a possibilidade de as *mídias* apreendidas não possuírem qualquer gravação ("virgens"), mas o laudo não trata do conteúdo delas, o que se apresenta sobremodo grave, mormente porque o crime de que se trata é daqueles que deixam vestígios, a exigir a elaboração de prova técnica eficiente, a teor do artigo 158 do Código de Processo Penal.

Cabe enfatizar que, malgrado os fatos supostamente tidos como criminosos mencionados na denúncia sejam daqueles que deixam vestígios, a exigirem a elaboração de prova técnica, a teor do artigo 158 do Código de Processo Penal, o certo é que não houve prévia preocupação do órgão encarregado da persecução penal em trazer aos autos prova desse jaez acerca da materialidade – conteúdo de cada mídia –, máxime em se considerando que os CDs e DVDs, tidos supostamente como 'piratas', poderiam perfeitamente, na verdade, estar em branco, ou seja, 'virgens'.

Isso enseja a compreensão de que a Polícia Judiciária e o Ministério Público não cuidaram de fazer carrear aos autos prova efetiva da materialidade

Acesso ao Sumário

4 - Cf. Apelação nº 990.08.052704-5, Comarca de Tupã, Colenda Sétima Câmara de Direito Criminal, j. em 08 de julho de 2010, maioria de votos, Rel. Des. Fernando Miranda.

5 - Cf. Apelação nº 993.07.037509-4, Comarca de Monte Alto, Colenda Quarta Câmara de Direito Criminal, j. em 08 de junho de 2010, maioria de votos, Rel. Des. Paulo Rossi.

dos fatos descritos na inicial acusatória e tidos açodadamente como delituosos, o que não pode ser suprido mesmo pela confissão do réu (art. 158, *caput*, CPP).

Nesse sentido o entendimento desta Colenda Corte de Justiça:

"DIREITO AUTORAL – Artigo 184, § 2º, CP – Violação – CD'S e DVD's – Autoria evidenciada – Condenação imposta – Ausência do elemento normativo do tipo penal – Não identificação das obras contrafeitas – Conduta criminal não configurada – Absolvição decretada – Recurso provido para esse fim."[6]

"Apelação Criminal – VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL – Materialidade comprometida ante o laudo pericial inconclusivo acerca do conteúdo das mídias e dos autores dos direitos autorais violados – APELO PROVIDO."[7]

E mais, a não especificação das obras objeto de direitos autorais impede a verificação da certeza de que não tenham caído no 'domínio público' (art. 41, Lei nº 9.610/98), sabido como é que, se se faz presente este fenômeno jurídico, não se poderá cogitar da ocorrência, na espécie, de condutas violadoras da norma jurídico-penal protetora dos direitos autorais.

Logo se vê que a investigação criminal operou-se de maneira insuficiente, ao não identificar seguramente e ouvir os titulares dos direitos autorais supostamente violados, não tendo o Ministério Público, de resto, buscado adotar providências no sentido de suprir essa deficiência com vistas a descortinar a identidade dos sujeitos passivos do suposto delito contra a propriedade intelectual. De sorte que ao longo do processo penal apurou-se tão-somente que agentes da Polícia Judiciária houveram por bem apreender em poder do apelado os CDs e DVDs referidos perfunctoriamente na denúncia porque inexistente qualquer descrição das cópias e indicação dos respectivos titulares -, sem que ao final o Ministério Público lograsse provar que tais objetos materiais representassem efetivamente a materialidade de uma infração penal, especialmente aquela apontada na preambular acusatória.

Bem por isso, revela-se assaz pertinente a colocação feita pelo culto Desembargador Geraldo Wohlers, na Apelação Criminal nº 993.08.001781-6:

"... em sede de apuração de transgressão a direitos autorais a identificação pormenorizada dos titulares dos direitos malferidos exsurge como medida indispensável à caracterização da tipicidade, inexistindo crime se não distinguido o sujeito passivo. Tanto que a legislação penal adjetiva presume a notificação dos titulares do direito autoral acerca da investigação criminal

Acesso ao Sumário

6 - Apelação nº 0005164- 84.2009.8.26.0048, Relator: Des. Newton Neves, 16ª Câmara de Direito Criminal, Julgado em 18/09/2012.

7 - Apelação nº 0036870- 98.2010.8.26.0000, Relatora: Des. Rachid Vaz de Almeida, 10ª Câmara de Direito Criminal, Julgado em 13/09/2012.

em andamento, pois lhes atribui a incumbência de fiéis depositários dos bens apreendidos, devendo colocá-los à disposição do Juiz quando do ajuizamento da ação (artigo 530- E). Portanto, o fato é atípico pela indeterminação do sujeito passivo".[8]

Destarte, exsurge imperioso o improvimento da apelação para manter a absolvição do apelado.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos nesses autos de Apelação nº 0035698-47.2012.8.26.0196, da Comarca de Franca, em que é apelante MARCOS ANTONIO RIBEIRO, 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 de relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.132)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EDISON BRANDÃO (Presidente sem voto), EUVALDO CHAIB e IVAN SARTORI.

São Paulo, 28 de abril de 2015.

LUIS SOARES DE MELLO, Relator

Ementa: Falso testemunho em processo penal (art. 342, § 1º, do Cód. Penal). Provas seguras de autoria e materialidade. Contradições entre os depoimentos do acusado em Polícia e em Juízo. Versão exculpatória inverossímil. Lesividade da conduta comprovada. Crime formal, que independe de resultado para sua caracterização. Responsabilização inevitável. Condenação imperiosa. Apenamento adequado, de redução impossibilitada. Apelo improvido.

VOTO

Visto.

Ao relatório da sentença douta, que se acolhe e adota, acrescenta-se que **Marcos Antônio Ribeiro** saiu condenado às penas de 1 ano e 2 meses

8 - Julgamento realizado em 03.08.2010.

Acesso ao Sumário

de reclusão (*regime aberto*), mais pagamento de 11 dias-multa, mínimo valor unitário, pela prática da infração penal capitulada no art. 342, § 1º, do Código Penal *(falso testemunho em processo penal) – substituída a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e em prestação pecuniária.*

O apelo do acusado – *f. 177/182* – pretende, essencialmente, a modificação do julgado em sua parte meritória e conclusiva, buscando a improcedência da demanda e consequente inversão do resultado, com absolvição, por atipicidade da conduta, com a incidência do princípio da insignificância.

Subsidiariamente, busca afastar a prestação pecuniária imposta em substituição à pena privativa de liberdade.

Anotam-se contrarrazões ministeriais – *f. 184/186* – que defendem a mantença do decisório de origem.

Autos distribuídos *(f. 192)*, foram imediatamente encaminhados à douta Procuradoria de Justiça que, após vista regular, conclui, em parecer respeitável, pelo improvimento do recurso defensivo – *f. 193/194* –, chegando o feito ao Gabinete do Relator, finalmente, aos ***14.jan.2015*** – *f. 195.*

É o relatório.

Falso testemunho em processo penal *(art. 342, § 1º, do Cód. Penal).*

Aos ***fatos.***

Acusado, na condição de testemunha arrolada pela acusação, faz afirmação falsa no intuito de beneficiar o réu *Marciano José de Andrade* em ação penal (*Processo n.º 1394/2010, da 2.ª Vara Criminal da Comarca de Franca*), procurando isentá-lo de responsabilidade.

Assim, em seu depoimento judicial *(f. 115/120)*, o acusado contradiz seu próprio depoimento perante a Autoridade Policial *(f. 12)*, procurando influenciar no deslinde da ação penal.

Na Polícia, relatou ter presenciado o acidente que provocou a morte da vítima, descrevendo detalhadamente a dinâmica dos fatos.

Inquirido pelo Juízo de origem, alterou sua versão, afirmando que não presenciou o acidente e que, quando chegou ao local dos fatos, a vítima já estava sendo socorrida por uma equipe do resgate.

Marciano acabou condenado, no Juízo de origem, pela prática de homicídio culposo no trânsito *(f. 52/56).*

Condenação acertada, por aqui também.

Elementos mais que suficientes a garantir autoria e materialidade delitiva.

Materialidade do falso testemunho comprovada na **(i)** cópia das declarações prestadas pelo acusado em Polícia, *f. 12*, e **(ii)** laudo pericial de degravação da mídia com o depoimento em Juízo do acusado, *f. 115/120*.

Acesso ao Sumário

E a ***autoria*** também é certa.

Ouvido em polícia, o acusado ***afirmou ter presenciado*** o acidente em que *Marciano*, conduzindo uma motocicleta, colidiu com a vítima *Juscelino*, que trafegava com uma bicicleta, provocando os ferimentos que foram a causa da sua morte *(f. 12)*.

Esclareceu que ambos trabalhavam na mesma empresa e costumavam se dirigir ao local de trabalho pelo mesmo trajeto e no mesmo horário, e que na data dos fatos a vítima seguia em sua bicicleta pouco à sua frente, sem alterar sua rota para desviar de carros estacionados ou caçambas junto ao meio-fio.

Já em juízo, inexplicavelmente, o acusado alterou substancialmente seu depoimento, dizendo que não presenciou o acidente e que, quando chegou ao local dos fatos, a vítima já estava sendo atendida por uma equipe do resgate - *f. 115/120.*

Instaurada o inquérito policial para apurar a prática do crime de falso testemunho, o acusado novamente retratou-se da versão apresentada em sede policial durante a investigação daquele crime de trânsito, afirmando que naquela época estava emocionalmente abalado e que não presenciou os fatos - *f. 86.*

Em Juízo, mais uma vez o acusado sustentou que não presenciou o acidente, reiterando que estava *"abalado*" emocionalmente quando depôs perante a Autoridade Policial, naquela ocasião - f. *146, CD.*

Mas suas alegações, verdadeiramente, não convencem, porque, como demonstrou o i. representante do Ministério Público de origem, nos autos do Processo n.º 1394/2010, o acusado foi ouvido em Polícia aos ***15.fev.2011*** *(f. 12)*, aproximadamente seis meses após o acidente, que ocorreu em ***30.jul.2010*** *(f. 9 e ss.)*.

O que torna inverossímil sua afirmação de que estava "*emocionalmente abalado*" devido ao acidente, quando prestou seu depoimento em Polícia.

"*Data venia*", então.

Nesses termos, portanto, aceitar a versão do acusado 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.

Na defesa plena da sociedade e de todos os homens de bem, que querem

Acesso ao Sumário

ver a Polícia e o Judiciário atuando no combate ao crime.

Quanto à suposta ***ausência de lesividade*** da conduta da apelante, não assiste melhor sorte à defesa.

O acusado alega que a declaração falsa por ele ofertada não teria gerado prejuízo qualquer, dês que, apesar de seu conteúdo, *Marciano* não foi beneficiado, pois saiu condenado no feito.

Ora.

O suscitar mal intencionado de dúvidas é, só por si, de estremecer o bem jurídico tutelado, isto é, a Administração Pública, mais especificamente, da Justiça.

Demais disso, e isto o que verdadeiramente importa, o falso testemunho é **delito formal** e consuma-se independentemente de prejuízo ou de resultado.

Daí que não merece acolhida a alegação do acusado, mormente no que diz à incidência do chamado "*princípio da insignificância*".

Dês que de delito patrimonial não se trata, sendo a administração da Justiça o bem jurídico tutelado.

Assim, a ação do acusado atinge um bem intangível, qual seja, a credibilidade da administração da Justiça, e suas consequências não podem, portanto, ser consideradas insignificantes.

Condenação inevitável, portanto.

"*Quantum satis*".

Apenamento.

Pena-base fixada em no ***mínimo legal*** (*art. 59 do Cód. Penal*), com posterior **majoração** em ***1/6***, pela qualificadora relativa à finalidade de obtenção de prova em processo criminal, finalizando em ***1 ano e 2 meses de reclusão***, além de ***11 dias-multa***, no piso.

Preenchidos os requisitos legais, oportuna substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos (*prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária*), nos termos do art. 44 do Cód. Penal.

E não há que se falar em cancelamento da **pena de prestação pecuniária**, porquanto acertado o entendimento da origem.

A uma porque – *ao contrário do sustentado pela defesa* – o acusado possui, sim, condições de cumprir a pena, já que possui atividade lícita (*auxiliar de limpeza*), f. 146.

A duas porque ainda que não possa cumprir imediatamente a reprimenda, é possível o parcelamento da dívida, junto ao juízo executório.

A três porque fixada dentro dos padrões de razoabilidade e proporcionalidade.

Acesso ao Sumário

Finalmente, fixado o ***regime prisional aberto***, o mais benéfico possível para caso de cumprimento da corporal.

Nada se altera, portanto.

Nega-se provimento ao apelo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0038356-27.1995.8.26.0071, da Comarca de Bauru, em que é apelante/apelado MILTON BORGES, é apelado/apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram a preliminar e, no mérito, negaram provimento aos apelos. V.U. Sustentou oralmente o I. Defensor, Dr. Jose Roberto de Mattos e, usou da palavra, o Exmo. Procurador de Justiça, Dr. Mario de Magalhães Papaterra Limongi.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 7.702)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CESAR MECCHI MORALES (Presidente), GERALDO WOHLERS e LUIZ ANTONIO CARDOSO.

São Paulo, 28 de abril de 2015

CESAR MECCHI MORALES, Relator

Ementa: HOMICÍDIO QUALIFICADO – Apelo do réu – Nulidade decorrente da falta de intimação pessoal do apelante acerca da data do julgamento – Inocorrência – Superveniente alteração legislativa que passou a prever a possibilidade de intimação via edital do réu solto que não for localizado e a realização da sessão plenária na sua ausência (artigos 420 e 457 do CPP, com redação dada pela Lei 11.689/2008) – Norma processual que possui aplicabilidade imediata, nos termos do art. 2º, do CPP – Precedentes do Colendo Superior Tribunal de Justiça – Ausência, ademais, de comprovado prejuízo – Recorrente que tinha plena ciência da época do julgamento, tanto que constituiu defensor para pleitear o adiamento da sessão e defendê-lo em plenário.

Acesso ao Sumário

PRELIMINAR REJEITADA

MÉRITO – Apelo do réu – Pleito de anulação do veredicto, por ser a decisão manifestamente contrária à prova dos autos, rejeitado – Confissão do acusado corroborada pela prova oral e pelos exames periciais – Tese de legítima defesa desprovida de fundamento fático – Pedido de desclassificação para a figura privilegiada acertadamente rechaçado pelo Conselho de Sentença, uma vez demonstrado que o acusado não agiu sob o domínio de violenta emoção – Inexistência de manifesta contrariedade – Condenação mantida – DOSIMETRIA DA PENA – Aplicação da atenuante da confissão espontânea – Impossibilidade – Réu que admitiu apenas em parte a acusação.

Apelo do Ministério Público – Majoração da pena-base – Inviabilidade – Circunstâncias e consequências da conduta criminosa devidamente sopesadas na dosimetria – Meios empregados para a consecução do delito (asfixia e recurso que impossibilitou a defesa da vítima) que já serviram para qualificá-lo – Reprimenda mantida.

RECURSOS DESPROVIDOS

VOTO

1. Ao relatório da r. sentença de fls. 489-493, acrescenta-se que, submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, **Milton Borges** foi condenado ao cumprimento de 16 anos de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso no art. 121, § 2º, incisos III e IV, c.c. art. 61, inciso III, alínea "e", ambos do Código Penal.

Irresignadas, apelam as partes (fls. 497-500).

O Ministério Público requer o aumento da pena-base (razões de fls. 507-516).

Milton, em sede preliminar, aventa nulidade decorrente da falta de intimação pessoal acerca da data do julgamento em plenário. No mérito, sustenta que a decisão dos jurados seria manifestamente contrária à prova dos autos, propugnando o reconhecimento da excludente de ilicitude relativa à legítima defesa ou, ainda, a desclassificação da conduta para sua forma privilegiada. Em linha subsidiária, requer a aplicação da atenuante da confissão espontânea (razões de fls. 584-611).

Os recursos foram respondidos (fls. 537-553 e 613-623).

Acesso ao Sumário

A ilustrada Procuradoria de Justiça Criminal manifestou-se pelo desprovimento de ambos os apelos (fls. 646-649).

Em 11.9.2012, esta Câmara Criminal converteu o julgamento em diligência (v. fl. 656).

Cumprida a determinação, a D. Procuradoria de Justiça Criminal novamente se manifestou, ratificando os termos do parecer anteriormente ofertado (fls. 686-688).

Os autos, então, vieram conclusos a este relator em 7.1.2015.

É a síntese do necessário.

2. A preliminar sustentada pela defesa não comporta acolhimento.

Depois de ser *pessoalmente intimado da sentença de pronúncia* (fls. 336 e 345), **Milton** evadiu-se da Cadeia Pública de Bauru e não mais foi localizado, em que pesem as inúmeras diligências realizadas pelo juízo (fls. 382, 386, 389, 397-verso e 462-463).

O feito permaneceu suspenso por quase nove anos (observada a regra anteriormente vigente), retomando seu andamento somente em novembro de 2008, com o advento da Lei nº 11.689/2008, que passou a prever a possibilidade de intimação editalícia do acusado solto que não for encontrado e de realização do julgamento pelo Júri sem a sua presença (artigos 420 e 457 do CPP).

A propósito:

O artigo 420, parágrafo único, do Código de Processo Penal, alterado com a edição e entrada em vigor da Lei 11.689/2008, que permite a intimação por edital do réu solto que não for encontrado, é norma de natureza processual, motivo pelo qual deve ser aplicada de forma imediata sobre os atos processuais pendentes. Precedentes. Da mesma forma que se admite a intimação por edital da decisão de pronúncia do réu solto que não for encontrado, também é possível que ele seja notificado fictamente acerca da data em que será julgado pelo Tribunal do Júri. Se a finalidade do legislador com a citada reforma processual foi justamente a de permitir a continuidade da ação penal, com o consequente julgamento pela Corte Popular daqueles acusados que, embora cientes do processo, não eram encontrados para serem intimados dos atos processuais, não se pode admitir que aqueles que se furtam da aplicação da lei penal, como os foragidos, devam ser pessoalmente intimados para comparecer à sessão plenária." (STJ, HC 251.000-SP, 5ª T., rel. Min. Jorge Mussi, j. 10.12.2013 - destaquei).

Bem por isso, deliberou o MM. Juiz de primeiro grau (fls. 458):

"A norma processualmente em vigor se aplica imediatamente a todos os processos, não havendo que se discutir sobre retroatividade ou não, pois

ela se aplica para frente, isto é, quanto aos atos ainda não realizados. Nem há prejuízo ao réu por ser julgado à revelia, porque ele pode, a qualquer momento, comparecer e se defender, visto que tem conhecimento da acusação que lhe pesa, tanto que já sabe da data do julgamento, pois pede o adiamento e o direito de continuar foragido até a ocorrência da prescrição."

Não se sustenta a alegação de que o acusado desconhecia a data do julgamento, tampouco que a realização da sessão plenária seria nula, em razão de sua ausência.

Afinal, consoante acertadamente destacado no mencionado despacho, **Milton** acompanhava o andamento dos autos e *tinha plena ciência da data designada* para o seu julgamento, tanto que contratou advogado para pleitear o adiamento da sessão e defendê-lo em plenário.

Nesse contexto, destaca-se a manifestação do ilustre patrono constituído, dando conta de que o réu, sabendo do "*andamento de seu processo*", nomeou-lhe para "*a sua defesa em plenário*" (fls. 449).

Portanto, evidenciado que a intimação certificada às fls. 445-447 alcançou sua finalidade, não há se falar em nulidade, eis que, na linha do entendimento do Excelso Supremo Tribunal Federal: *"(...) a demonstração de prejuízo, de acordo com o art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, eis que "(...) o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades* pas de nullité sans grief *compreende as nulidades absolutas" (HC 85.155/SP, Rel. Min. Ellen Gracie)."* (RHC 122.467-SP, 2ª T., REL. Min. Ricardo Lewandowski, j. 3.6.2014).

Nesse mesmo sentido, cabe lembrar a regra inscrita no art. 244 do Código de Processo Civil – aqui aplicável por analogia, autorizada pelo art. 3º do Código de Processo Penal – segunda a qual a inobservância de forma não leva à declaração de nulidade se o ato alcançou sua finalidade.

Frise-se, ademais, que a nova redação do Código de Processo Penal, cuja aplicabilidade, repita-se, é imediata, dispõe expressamente que: "*O julgamento não será adiado pelo não comparecimento do acusado solto, do assistente ou do advogado do querelante, que tiver sido regularmente intimado*." (artigo 457, com redação dada pela Lei 11.689/2008 - destaquei).

3. No mérito, os apelos não comportam provimento.

4. Narra a denúncia que, em 15 de julho de 1990, na rua Luiz Bassoto, nº 6-49, Jardim Marambá, na cidade de Bauru, **Milton Borges**, com emprego de asfixia e de recurso que impossibilitou a defesa da vítima, matou *Alessandra da Costa Nogueira Borges*, sua esposa.

Consta, ainda, que após a prática do homicídio, Milton Borges ocultou o corpo da ofendida em um poço, situado nas proximidades de sua residência.

Por fim, a inicial da conta de que **Milton Borges** apropriou-se de coisa alheia móvel de que tinha posse, consistente no veículo de marca Ford, modelo Escort GL, placas (...), utilizado para empreender fuga no dia seguinte aos crimes de homicídio e ocultação de cadáver.

5. Inicialmente, cumpre pontuar que, relativamente aos delitos de ocultação de cadáver e apropriação indébita, houve o reconhecimento da extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, nos termos do art. 107, inciso IV, do Código Penal (fl. 432), de sorte que subsistiu contra o acusado somente a imputação concernente ao crime de homicídio qualificado, cuja condenação constitui objeto dos apelos.

6. A materialidade delitiva do crime de homicídio qualificado veio atestada pelos boletins de ocorrência (fls. 15-17 e 25), pelos autos de exibição e apreensão (fls. 11, 67 e 70), pelo exame necroscópico (fls. 36), pelo exame químico toxicológico (fls. 80), pelos laudos de fls. 82-101, 137-139, 158-160 e pelo auto de exumação de cadáver (fls. 108-133).

7. A autoria, igualmente, encontra amparo no robusto acervo de provas coligido.

Tanto na fase inquisitiva como em juízo, **Milton** admitiu em parte a acusação. Disse que, durante uma briga, teria golpeado *Alessandra* com um martelo e depois amarrado sua cabeça com sacos plásticos, a fim de estancar o sangue que defluía do ferimento. Tentando amenizar tal conduta, o acusado alegou que sua intenção era apenas se defender da violência iniciada pela vítima, acrescentando que ela também o teria insultado verbalmente durante o entrevero. Detalhou, por fim, a ocultação do cadáver e sua fuga para a "Ciudad del Este", no Paraguai (fls. 56-60 e 246-247).

Sua escusa, contudo, não se sustenta.

A prova oral demonstrou que réu e vítima vinham passando por sérios problemas conjugais, decorrentes do ciúme excessivo e da personalidade violenta de **Milton** (v. depoimentos de fls. 20-22, 29-32, 33-34, 75-76, 140-verso, 259-260, 262-263 e 469-485).

Nesse particular, merecem destaques alguns testemunhos.

C., vizinha do casal, asseverou que o réu costumava gritar, pois era "*do tipo nervoso, agressivo*", e "*batia na vítima*", que "*tinha muito medo do marido*" (fls. 140-verso).

A., pai da ofendida, confirma tais aspectos, acrescendo que, certa vez, *Alessandra* chegou a dizer que "*qualquer dia iria encontrá-la morta*" (fls. 259-260).

A própria testemunha arrolada pela defesa, ao se referir ao suposto relacionamento extraconjugal da vítima, afirmou: "*Eu sabia que se tivesse sido Milton o autor da morte, ele tinha os motivos dele*" (fls. 303-verso).

Acesso ao Sumário

O comportamento agressivo do réu também foi confirmado pelo boletim de ocorrência de fls. 272, registrado em 21.8.1989 (meses antes do crime em apreço). Na ocasião, *Alessandra* denunciou lesões corporais cometidas pelo acusado, que foram, inclusive, atestadas por laudo pericial (fl. 275), e afirmou que tinha "*muito medo do indiciado*" (fl. 276).

Tais aspectos, aliados à maneira como **Milton** procedeu após a consumação do homicídio, afastam as teses defensivas concernentes à legítima defesa e à figura privilegiada, descrita no art. 121, § 1º, do Código Penal.

Ressalte-se que o corpo de *Alessandra* foi cuidadosamente depositado no poço situado nas proximidades da casa do réu e depois encoberto com uma colcha, tijolos, terra e capim (v. depoimentos de fls. 75-76, 78-79, 142-verso, 261 e laudo de fls. 82-101). **Milton** confessou que tentou eliminar os vestígios da empreitada delinquente, limpando com álcool e cera o local onde se deu o homicídio (fls. 56-60 e 246-247).

Soma-se a isso o depoimento de fls. 262-verso, dando conta de que o acusado foi visto junto ao poço uma semana antes dos fatos, época que pediu emprestado uma enxada a um vizinho, tudo a evidenciar premeditação incompatível com a alegada violenta emoção.

Além do mais, ainda que se acolhesse a descrição fática ofertada pelo réu, seria inviável considerar como moderado o meio empregado, eis que a simples retirada do martelo das mãos da vítima seria suficiente para repelir a suposta injusta agressão.

De todo modo, o exame necroscópico de fls. 36-verso atestou como causa da morte da ofendida "*asfixia mecânica (enforcamento)*", o que arreda, de forma irrefragável, as alegações do acusado.

8. Enfim, inexiste manifesta contrariedade a ensejar a anulação do julgamento.

Ressalte-se que: *"não cabe aos tribunais analisar se os jurados decidiram bem ou mal, mas apenas verificar se a decisão do Tribunal Popular está completamente divorciada da prova dos autos. Isso porque reserva-se ao Júri a faculdade de apreciar os fatos e de, na hipótese de versões e teses porventura discrepantes, optar pela que lhe pareça mais razoável. Assim, ainda que existam duas versões amparadas pelo material probatório produzido nos autos, deve ser preservado o juízo feito pelos jurados no exercício de sua função constitucional"* (STJ – *Habeas Corpus* nº 201812-SP – Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze – j. 7.8.2012).

9. Não obstante o esforço da zelosa Promotoria, o procedimento dosimétrico também não merece reparos.

9.1 A pena, fixada no mínimo legal (12 anos de reclusão), foi em seguida acrescida de 1/3, considerada a segunda qualificadora e a agravante prevista

no art. 61, inciso II, alínea "e", do Código penal (réu era cônjuge da vítima), perfazendo, à míngua de outras causas modificativas, o total de **16 anos de reclusão.**

Consoante acertadamente assinalado no parecer da Douta Procuradoria de Justiça Criminal (fl. 649), as circunstâncias destacadas nas razões do apelo ministerial foram devidamente sopesadas no cálculo da reprimenda, notadamente quanto aos meios empregados para a consecução do delito, que, aliás, serviram para qualificá-lo.

Assim, ausentes outros elementos que pudessem justificar a majoração da pena-base, de rigor sua manutenção no piso legal.

9.2 Inviável, quanto menos, a aplicação da atenuante da confissão espontânea, eis que o réu admitiu apenas em parte a acusação, ensaiando versões voltadas à exclusão de sua responsabilidade penal (legítima defesa) ou à mitigação da conduta (homicídio privilegiado).

Bem por isso, em caso análogo, já decidiu este E. Tribunal de Justiça:

"Ora, a confissão espontânea que alude o art. 65 do Código Penal, como circunstância determinante de alguma redução de pena, é aquela sem ressalvas, sem desculpas para o gesto criminoso. É aquela que corresponde a um gesto de arrependimento, aquela que representa admissão incondicional da prática do delito, que se reconhece identificar um tipo penal preciso. Aqui, a confissão do peticionário não se revestiu dessas características; traduziu admissão da autoria impossível de ser negada, já que ressaltada pela evidência e pelo clamor do flagrante, mas não representou arrependimento, remorso ou penitência, pois venho acompanhada de inverídica versão que procurava indicar que o homicida agira em legítima defesa ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação. Sensata, pois, a resposta dos jurados negando a existência de circunstâncias atenuantes em favor do peticionário (...)" (Revisão Crim. Nº 246.421-3/7, 1º Grupo de C. Criminais, rel. Canguçu de Almeida, j. 15.3.1999).

10. Por fim, o regime inicial fechado era mesmo o único adequado à hipótese dos autos, tanto que inexiste irresignação quanto a esse aspecto.

Além do *quantum* de pena imposta, bem superior a oito anos de reclusão (art. 33, § 2º, alínea "a"), a gravidade concreta da conduta (homicídio qualificado pelo emprego de asfixia e de recurso que impossibilitou a defesa da vítima) e a hediondez do delito (art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, com redação dada pela Lei nº 11.464/2007) evidenciam a necessidade de maior rigor no tratamento penal.

11. Diante do exposto, pelo meu voto **rejeita-se a preliminar** e, no mérito, **nega-se provimento** aos apelos, mantendo-se integralmente a r. sentença de primeiro grau.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0004902-29.2010.8.26.0201, da Comarca de Garça, em que é apelante LUIZ CARLOS RIBEIRO, 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 25.149)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EDISON BRANDÃO (Presidente) e CAMILO LÉLLIS.

São Paulo, 28 de abril de 2015.

IVAN SARTORI, Relator

Ementa: Apelação – Falsidade ideológica, falsificação de documento particular, uso de documento falso e estelionato privilegiado – Os dois primeiros em concurso formal e todos em concurso material – Autoria e materialidade bem comprovadas, com base na própria confissão do increpado – Princípio da consunção – Inviabilidade – Crimes de falsidade ideológica e uso de documento falso que não se esgotaram com a prática do delito de estelionato – Precedentes – Penas e regime mantidos – Recurso não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Ação penal em que incurso o réu nos arts. 299, 298, 304 e 171, § 2º, VI, c.c. art. 69, todos do CP.

A r. sentença é de parcial procedência, lançada a condenação com base nos arts. 299 e 304 c.c. o 70; arts. 171, §§ 1º e 2º, VI, e 298 c.c. o 69, todos do CP, e impostas as penas de 03 anos e 04 meses de reclusão, em regime aberto, e 40 dias multa. A corporal foi substituída por uma restritiva de direito, consistente na prestação de serviço à comunidade por igual período e 10 dias-multa, sem prejuízo da multa originalmente imposta.

Apela a defesa buscando: a) reconhecimento do princípio da consunção; e b) afastamento do concurso material.

Contrarrazões à fl. 359.

A Procuradoria de Justiça é pelo desprovimento (fls. 366/70).

Recurso bem processado.

É o relatório, adotado, no mais, o de primeiro grau.

A condenação era mesmo de rigor a teor do auto flagrancial (fls. 02/09), do b.o. de fls. 16/20, auto de exibição/apreensão de fls. 22/6 e laudo pericial de fls. 95/106, tudo ratificado em juízo, haja vista o depoimento das vítimas e testemunhas, além da confissão do réu (mídia digital acostada à fl. 317).

Tanto assim, que não houve insurgência recursal no particular, limitando-se a defesa aos pedidos acidentais já mencionados.

Mas, não lhe assiste razão ao invocar o princípio da consunção.

É que, conforme apurado, o réu, na praça da Sé, município de São Paulo, adquiriu uma cédula de identidade e outros documentos (faturas da empresa telefônica, da CPFL e holerites) em nome de Marcelo Santos e, com esses documentos, abriu uma conta corrente no município de Garça, agência do Banco Bradesco. Ao depois, na posse dos cheques, referentes à conta bancária fraudulentamente aberta, o denunciado realizou a compra de vários produtos na loja "Kit lar" e emitiu outro cheque para pagamento de produtos da Yakult.

Ato continuo, foi ele abordado por policiais militares, portando os documentos contrafeitos.

E não se aplica o princípio da consunção, na medida em que os delitos de falsidade ideológica e uso de documento falso não se esgotaram com a prática do crime de estelionato.

Aliás, é notória a diversidade de contexto fático dos delitos, bem como o fato de que a razão de ser da falsidade não era apenas abrir a conta corrente, já que o acusado mantinha em seu poder os documentos falsificados para dar veracidade às cártulas.

Assim, a hipótese dos autos não autoriza a incidência da Súmula 17 do STJ.

No respeitante:

"(...) FALSIDADE IDEOLÓGICA, USO DE DOCUMENTO FALSO E ESTELIONATO. INEXISTÊNCIA. CONSUNÇÃO ENTRE OS CRIMES DE FALSO E DE ESTELIONATO. NÃO OCORRÊNCIA. (...). 03. Conforme precedentes desta Corte (HC 263.884/RJ, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 16/05/2014; HC 221.660/DF, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJe 01.03.2012; HC 152.128/SC, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 21/02/2013) e do Supremo Tribunal Federal, 'não há falar em princípio da consunção entre os crimes de falso e de estelionato quando não exaurida a potencialidade

Acesso ao Sumário

lesiva do primeiro após a prática do segundo' (HC 116.979 AgR, Rel. Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 21.11.2013). 04.) (...).'' (HC 270416 SP 2013, Rel. Min. Newton Trisotto, j. 12.11.2014);

"(...). USO DE DOCUMENTO FALSO E ESTELIONADO TENTADO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. INVIABILIDADE. DOCUMENTOS FALSIFICADOS UTILIZADOS EM OUTRAS INFRAÇÕES PENAIS. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO DO DELITO DE RECEPTAÇÃO. ALEGADA AUSÊNCIA DE ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO. VIA ELEITA INADEQUADA. (...).'' (HC 263884 RJ, Rel. Minª Laurita Vaz, j. 06.05.2014).

Inafastável, portanto, a condenação, tal como lançada.

Passa-se às reprimendas.

Para todos os delitos, as bases foram aplicadas no patamar mínimo: a) art. 171, § 2º, VI, do CP (01 ano de reclusão e 10 dias multa); b) art. 298, do CP (01 ano de reclusão e 10 dias multa); c) e arts. 299 e 304, ambos do CP (02 anos de reclusão e 10 dias multa), tendo em vista a pena cominada no art. 297 do CP, diante da regra do 304.

Ao depois, foi desprezada a atenuante da confissão, por força da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça.

Na ultima etapa, pelo estelionato, porque preenchidos os requisitos do § 1º, do art. 171, do CP, foi imposta a pena exclusiva de multa (10 dias multa).

Já para a falsidade ideológica e uso de documento falso, praticou-se o concurso formal e as sanções foram majoradas de 1/6, perfazendo 02 anos e 04 meses de reclusão. Os dias multa foram somados, com base no art. 72 do CP, totalizando 20 dias-multa.

E para o delito do art. 298 do CP, as penas permaneceram no mínimo (01 ano de reclusão e 10 dias multa).

Por fim, conserva-se a regra do art. 69, do CP, somando-se os escarmentos, dadas as ações e delitos praticados.

Penas finais: 03 anos e 04 meses de reclusão e 40 dias multa.

Foi estabelecido regime aberto, com substituição da física por restritiva de direito e multa, sem prejuízo da originalmente imposta, como relatado.

Em suma: mantém-se o r. édito monocrático, encampada sua motivação (art. 252 RITJ).

Nega-se provimento.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0014671-73.2011.8.26.0606, da Comarca de Suzano, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado MARCO ANTONIO GRANDINI IZZO.

ACORDAM, em 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U. Compareceu à sessão de julgamento o Dr. João Vicente Augusto Neves.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 7.246)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ENCINAS MANFRÉ (Presidente sem voto), POÇAS LEITÃO e WILLIAN CAMPOS.

São Paulo, 30 de abril de 2015.

ANTONIO TADEU OTTONI, Relator

Ementa:

DIREITO CRIMINAL – APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – Recusa de fornecimentos de dados técnicos indispensáveis à propositura de ação civil pública (Art. 10 da Lei 7.347/85) – Sigilo profissional do médico – Sentença absolutória mantida – Recurso não provido.

VOTO

Vistos.

1. RELATÓRIO

1.1. Sentença

Trata-se de apelação interposta pelo Ministério Público contra a r. sentença de fls. 95/100, cujo relatório é adotado, que **julgou improcedente a ação penal**, para absolver MARCO ANTONIO GRANDINI IZZO (qualificado às fls. 20), com fundamento no artigo 386, III, do Código de Processo Penal, da imputação prevista no artigo 10 da Lei de Ação Civil Pública.

1.2. Razões de recurso

Em suas razões (fls. 103/107), o Ministério Público sustentou estarem provadas não só a materialidade, como, também, a autoria do crime, em especial pelo ofício no qual foi requisitada a remessa de prontuários médicos e exames de gestantes e crianças atendidas pelo hospital, como também pela manifestação

Acesso ao Sumário

do réu negando o fornecimento de documentos.

Pugnou pela reforma da sentença para julgar procedente a ação.

1.3. Contrarrazões

Contrarrazões da defesa às fls.117/123.

A d. Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo **não provimento** do recurso (fls.127/129).

É o relatório.

2. FUNDAMENTOS

O recurso não comporta provimento.

2.1. Preâmbulo

Os termos da denúncia (fls. 01-D/02-D) dão conta de que o apelado Marco Antônio Grandini Izzo, no dia 22 de julho de 2011, nas dependências da Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de Suzano, situada na avenida Antônio Marques Figueira, 1861, Vila Figueira, na cidade e Comarca de Suzano, recusou-se a fornecer dados técnicos indispensáveis à propositura da Ação Civil Pública, requisitados pelo Ministério Público.

2.2. Fato que não constitui infração penal (art. 386-III-CPP).

Em que pesem as alegações trazidas pelo ilustre Promotor de Justiça, impõe-se manter a r. sentença absolutória, cumprindo ratificar os seus termos, em conformidade com o artigo 252 do Regimento Interno deste e. Tribunal de Justiça, uma vez suficientemente motivada.

Com efeito, o artigo 10 da Lei nº 7.347/85 dispõe que constitui crime, punido com pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, a recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitados pelo Ministério Público.

Por outra, prevê o § 2º do artigo 8º desse mesmo diploma legal que nos casos em que a lei impuser sigilo, poderá ser negada certidão ou informação, hipótese em que a ação poderá ser proposta desacompanhada daqueles documentos, cabendo ao juiz requisitá-los.

In casu, conquanto demonstrada a expedição de ofício requisitório de "*prontuários médicos e exames realizados de gestantes e crianças da Santa Casa de Suzano e do Pronto Socorro de Suzano*", para fins de instrução de ação civil pública (fls.05), a correspondente negativa do réu em fornecê-la está justificada pela excludente prevista no artigo 8º, § 2º, da Lei nº 7.347/85, em consonância com artigo 89 na Resolução nº 1.931/09, do Conselho Federal de Medicina.

Com efeito, na fase extrajudicial, o apelado já havia justificado o não fornecimento (fls.08/12). Em juízo (fls.79), ratificou suas declarações, afirmando ter recusado a entrega de documentos *"...por questão puramente ética. Segundo*

o Conselho Regional de Medicina, o prontuário é de uso exclusivo do médico e dos familiares da criança. Só poderíamos entregar os prontuários à Justiça ou diretamente ao responsável".

Nota-se que a Resolução nº 1.931/09, do C.F.M. determina no artigo 89 ser vedado ao médico liberar cópias de prontuários sob sua guarda, salvo quando autorizado por escrito pelo paciente, para atender ordem judicial ou para a sua própria defesa.

Assim, com a devida vênia do i. representante do *parquet*, deu-se a recusa por motivo justo, ou seja, pelo sigilo imposto ao médico quanto aos documentos em questão, não se vislumbrando, no caso, tipicidade da conduta, em especial, pelo que prevê a própria Lei de Ação Civil Pública, em seu o artigo 8º, § 2º.

Nesses casos, como bem ressaltado pelo i. Procurador de Justiça em seu parecer, *"...tendo em vista que a recusa foi justificada pelo sigilo médico e que caberia ao Juiz da causa, a pedido de Ministério Público, requisitar referidos prontuários médicos, não vislumbro a prática do delito previsto no artigo 10, da Lei 7347/85, devendo tal recurso ser desprovido"* (fls.128).

Assim, impõe-se manter a respeitável sentença que absolveu Marco Antonio Grandini Izzo em relação ao crime previsto no artigo 10 da Lei nº 7.347/85, em conformidade ao artigo 386, III, do Código de Processo Penal.

3. DISPOSITIVO

Ante o exposto, pelo meu voto, nego provimento à apelação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000793-69.2013.8.26.0264, da Comarca de Novo Horizonte, em que é apelante/apelado FERNANDO JANUÁRIO, é apelado/apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso defensivo e deram provimento ao recurso ministerial para condenar o réu Fernando Januário como incurso no artigo 244-B, do Estatuto da Criança e do Adolescente, à pena de 01 (um) ano, 01 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão, mantida, no mais, a r. sentença monocrática, também por seus próprios fundamentos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.913)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente), ROBERTO SOLIMENE e SOUZA NERY.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 30 de abril de 2015.
SÉRGIO COELHO, Relator

Ementa: Apelação. Furto qualificado mediante o concurso de pessoas e Corrupção de Menores (art. 244-B, do ECA). Absolvição do réu quanto ao delito de corrupção de menores em primeiro grau de jurisdição. Recurso Ministerial. Acolhimento. Pretensão defensiva requerendo, tão somente, o afastamento da qualificadora de concurso de pessoas e o reconhecimento da causa de diminuição em virtude da alteração de sua capacidade mental pelo fato de ser dependente químico. Impossibilidade. Recurso defensivo não provido, com acolhimento do ministerial para condenar o réu também como incurso no artigo 244-B, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

VOTO

Pela r. sentença de fls. 148/151, cujo relatório fica adotado, Fernando Januário foi condenado à pena de 02 (dois) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, no mínimo legal, por incurso no artigo 155, § 4º, inciso IV, do Código Penal, bem como foi absolvido do crime do artigo 244-B, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Inconformadas, as partes apelam.

O Ministério Público busca a condenação do réu também pelo delito do art. 244-B, do Estatuto da Criança e do Adolescente (fls. 167/171).

O sentenciado, por sua vez, por meio da digna defesa, pugna pelo afastamento da qualificadora de concurso de pessoas e o reconhecimento da causa de diminuição em virtude da alteração de sua capacidade mental pelo fato de ser dependente químico (fls. 179/184).

Acesso ao Sumário

Os recursos foram regularmente processados, com contrarrazões (fls. 179/181 e 192/193), manifestando-se a douta Procuradoria Geral de Justiça pelo não provimento do apelo defensivo e provimento do apelo ministerial (fls. 201/204).

Este é o relatório.

Não obstante o dedicado esforço da combativa defesa, a r. sentença examinou corretamente a prova e decidiu acertadamente ao reconhecer a

responsabilidade penal do réu pelo crime de furto qualificado pelo concurso de pessoas, como descrito na denúncia, merecendo reparo tão somente para que o réu seja condenado também pelo delito do artigo 244-B, do Estatuto da Criança e do Adolescente, como pleiteado nas razões do i. membro do *Parquet.*

De fato, a lógica dos fatos, corretamente analisados na r. sentença, indica que o acusado Fernando Januário, agindo com unidade de desígnios e identidade de propósitos com o menor W.P.C., previamente determinados, subtraíram, para ambos, coisa alheia móvel, consistente em um motocicleta, da marca/modelo *Honda/CB 300R*, ano/modelo 2009/2010, gasolina, placas (...), Elisiário/SP, cor vermelha, avaliada em R$ 8.500,00 (oito mil e quinhentos reais), pertencente à vítima Ananias Júlio Saraiva.

É da inicial, também, que Fernando corrompeu o adolescente W.P.C., com ele praticando a infração pena acima descrita.

Conforme restou apurado, no dia dos fatos, o acusado e o menor se dirigiram para a cidade de Marapoama pela manhã, já devidamente ajustados e com unidade de propósito em relação ao furto do referido motociclo. De acordo com aludido ajuste, o menor W. subtraiu o motocicleta que estava estacionada em frente ao estabelecimento comercial da vítima e a entregou ao acusado, que estava esperando no trevo de Marapoama para transportá-la até a cidade de Catanduva/SP, ocasião em que este último foi surpreendido e preso em flagrante (fls. 01-d/03-d).

Forçoso mencionar, neste ponto, que o conjunto probatório é sólido e demonstra à saciedade a conduta criminosa do acusado Fernando quanto ao crime de furto, tanto que a defesa não contesta nas razões do recurso a prática do delito, o que torna desnecessário repetir, ou reforçar, os seguros fundamentos da r. sentença a respeito. Insiste, tão somente, no afastamento da qualificadora de concurso de pessoas e no reconhecimento da causa de diminuição em virtude da alteração de sua capacidade mental, pelo fato de ser dependente químico. Portanto, somente em tais aspectos o r. *decisum* será examinado.

O recurso defensivo não merece provimento.

Ora, a qualificadora do concurso de pessoas restou suficientemente comprovada, pois o réu, tanto na delegacia quanto em Juízo (fls. 10 e 135 – CD), disse que praticou o ilícito na companhia do menor W.P.C., esclarecendo que incumbiu ao menor a subtração da motocicleta e a ele levar o bem até a cidade de Catanduva, onde seria trocada por drogas. Além disso, os policiais militares confirmaram que surpreenderam o réu conduzindo a referida motocicleta sem capacete (fls. 04, 07 e 106 – CD) e o menor (nascido em 22/06/1995 – fls. 128), apesar de ter negado a prática do ilícito, o que era de se esperar, disse que teve um desentendimento com o réu (fls. 129 – CD), tudo a corroborar a presença desta qualificadora que não deve ser afastada.

Acesso ao Sumário

Não logra sucesso, também, o pleito defensivo pretendendo o reconhecimento da causa de diminuição em virtude da alteração da capacidade mental do réu, pelo fato de ser dependente químico, uma vez que, consoante resulta da prova, o apelante tinha plena consciência de seu ato e agiu dolosamente, nada existindo nos autos que comprove que não possuía, ao tempo da ação, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Como se sabe, o Juiz só está obrigado a determinar que o réu seja submetido a exame médico, quando houver dúvida sobre a sua efetiva dependência de drogas. Deve existir um mínimo de provas que indiquem sua necessidade. A mera alegação do réu de fazer uso de drogas, ou mesmo de ser viciado, não basta para ensejar a instauração do incidente de dependência toxicológica. Além disso, no caso dos autos, a defesa do acusado sequer requereu alguma perícia neste sentido. Portanto, não merece razão o pleito defensivo também neste ponto.

Por outro lado, merece prosperar o apelo ministerial no que tange à condenação do acusado também por infração ao artigo 244- B, do ECA.

Ora, como é cediço, o delito de corrupção de menores é crime formal, bastando que o agente tenha praticado o crime em conluio com adolescente, como descrito acima, para que a figura delitiva seja reconhecida, o que, efetivamente, ocorreu no caso em tela.

Nesse sentido, veja-se julgado do Colendo Superior Tribunal de Justiça: *"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. CORRUPÇÃO DE MENORES. PROVA DA EFETIVA CORRUPÇÃO DO INIMPUTÁVEL. DESNECESSIDADE. DELITO FORMAL. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. 1. Para a configuração do crime de corrupção de menores, atual art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente, não se faz necessária a prova da efetiva corrupção do menor, uma vez que se trata de delito formal, cujo bem jurídico tutelado pela norma visa, sobretudo, a impedir que o maior imputável induza ou facilite a inserção ou a manutenção do menor na esfera criminal. 2. Agravo regimental a que se nega provimento."* (Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1254739-RS (2011/0119541-2), julgado em 13/03/2012, publicado em DJe 29/03/2012, 5ª Turma, Relator o Ministro Marco Aurélio Bellizze).

Diverso não é o entendimento da Corte Suprema: *"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CORRUPÇÃO DE MENORES. ART. 244-B DA LEI N. 8.069/1990 (ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE). NATUREZA FORMAL. 1. O crime de corrupção de menores é formal, não havendo necessidade de prova efetiva da corrupção ou da idoneidade moral anterior da vítima, bastando indicativos do envolvimento de menor na companhia do agente imputável. Precedentes. 2. Recurso ao qual se nega provimento."* (STF - RHC 109140, 1ª Turma, rel. Min. Cármen Lúcia, julg. 30/08/2011, publ. DJe

14/09/2011).

Portanto, de rigor a condenação do acusado também pelo crime de corrupção de menores.

Passo à análise da aplicação das penas.

Quanto ao delito de furto, a pena-base foi fixada corretamente em 1/3 (um terço) acima do mínimo legal, perfazendo 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão e pagamento de 13 (treze) dias multa, no piso mínimo, pois o réu possui maus antecedentes (conforme consta das certidões de fls. 114/117). Na segunda fase do cálculo, houve a redução de 1/6 (um sexto), tendo em vista o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, resultando na pena definitiva de 02 (dois) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, e pagamento de 10 (dez) dias-multa, no piso legal, ante a ausência de outras circunstâncias modificadoras.

No que tange ao delito do artigo 244-B do ECA, fixo a básica 1/3 (um terço) acima do mínimo legal, por ostentar o réu péssimos antecedentes (conforme certidões de fls. 114/117), ficando a pena- base, assim, estabelecida em 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão.

Na segunda fase do cálculo, reduzo a reprimenda em 1/6 (um sexto), diante da presença da confissão espontânea, perfazendo 01 (um) ano, 01 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão, reprimenda que se torna definitiva ante a ausência de causas de aumento e de diminuição.

Em razão do concurso material somam-se as penas, que totalizam 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa, no piso legal.

O regime inicial semiaberto decorre dos maus antecedentes do acusado, indivíduo que demonstra propensão à atividade criminosa. Realmente, o fato de haver tornado a delinquir, após ser advertido por condenação anterior, deixa claro que a pena anteriormente aplicada de nada serviu no processo de recuperação do acusado, reforçando a necessidade de fixação do regime intermediário. O regime aberto não atenderia ao caráter repressivo e preventivo da pena. Pelas mesmas razões, ou seja, tratando-se de delinquente contumaz, incapaz de se ajustar ao ordenamento jurídico estabelecido, não se mostra socialmente recomendável a substituição da pena corporal por penas alternativas, ausentes os requisitos subjetivos previstos no artigo 44, inciso III, do CP.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso defensivo e dou provimento ao recurso ministerial para condenar o réu Fernando Januário como incurso no artigo 244-B, do Estatuto da Criança e do Adolescente, à pena de 01 (um) ano, 01 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão, mantida, no mais, a r. sentença monocrática, também por seus próprios fundamentos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0006046-58.2005.8.26.0445, da Comarca de Pindamonhangaba, em que é apelante STÊNIO MOREIRA PERINI, é apelada GABRIELA TAMARA TOBAR BORGES.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.529)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente) e ROBERTO SOLIMENE.

São Paulo, 7 de maio de 2015.

OTÁVIO HENRIQUE, Relator

Ementa: APELAÇÃO. ESTELIONATO. MEIO FRAUDULENTO NÃO DEMONSTRADO. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. IMPROVIMENTO DO APELO.

VOTO

Ao relatório da r. sentença de fls. 330/331, proferida pelo Ilustre Magistrado ALEXANDRE LEVY PERRUCCI, acrescenta-se que GABRIELA TAMARA TOBAR BORGES foi absolvida da imputação constante da Denúncia (artigo 171, "**caput**", do Código Penal), com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Inconformado, apelou o Assistente da Acusação, pretendendo, em síntese, a condenação da APELADA nos termos da Denúncia (fls. 342/346).

O recurso foi bem processado, vindo para os autos as contrariedades de fls. 348/350 e 352/355, onde é demonstrada a necessidade da manutenção da r. sentença recorrida.

A Douta **PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA**, no Parecer de fls. 361/363, opinou pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

A r. sentença recorrida deve ser mantida.

No interrogatório judicial, GABRIELA negou o seu envolvimento nos fatos denunciados. Disse que o ofendido autorizou a instalação de uma linha

Acesso ao Sumário

telefônica no escritório e na residência. Eram amigos desde os dezoito anos de idade e tiveram um relacionamento amoroso (fls. 218/219).

Perante o Juízo, a vítima STÊNIO disse que trabalhou com a RECORRIDA num escritório de advocacia. Depois que ela deixou o escritório, recebeu cobrança relativa a três mensalidades de uma linha telefônica que estavam em seu nome, sem seu conhecimento. Descobriu que a linha estava instalada na residência da APELADA e que ela usou cópia de seus documentos para requisitá-la (fls. 214/215).

Diante deste quadro probatório, correta a absolvição editada na r. sentença recorrida.

As provas existentes nos autos não comprovam a violação da norma contida no artigo 171, "**caput**", do Código Penal por parte da APELADA.

Conforme o documento acostado às fls. 86, a linha telefônica fora adquirida em 24.09.2003 e as parcelas não pagas são referentes aos meses de fevereiro de 2004 a abril de 2004, no valor de R$ 380,37.

Não há nos autos prova segura de que o ofendido não sabia da solicitação de linha telefônica em seu nome.

A fraude (ardil, artifício ou meio fraudulento) não restou demonstrada como integrante da conduta desenvolvida pela APELADA, razão pela qual, fica mantida a absolvição editada na r. sentença.

É oportuno mencionar que o inadimplemento de obrigação livremente pactuada, à falta de comprovação de atos fraudulentos na constituição do negócio, configura mero ilícito civil não erigido à proteção penal.

Assim, nega-se provimento ao recurso do APTE., confirmando-se a r. sentença recorrida em todos os seus termos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0092663-61.2013.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante JÚLIO CÉSAR DOS SANTOS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso defensivo, nos termos do v. acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.836)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME DE SOUZA NUCCI (Presidente) e OTÁVIO DE ALMEIDA

Acesso ao Sumário

TOLEDO.

São Paulo, 12 de maio de 2015.

NEWTON NEVES, Relator

Ementa: ROUBO E RESISTÊNCIA – Conformismo defensivo quanto ao mérito da condenação – Somente uma condenação apta a configurar reincidência – Possibilidade de compensação integral desta circunstância com a confissão espontânea – Cabimento do regime intermediário quanto ao delito de roubo – Indenização à vítima fixada *ex officio* que deve ser afastada – Ofensa à ampla defesa e ao contraditório – Recurso provido.

VOTO

A r. sentença de fls. 147/158, com relatório adotado, julgou parcialmente procedente a ação penal para condenar **JÚLIO CÉSAR DOS SANTOS** ao cumprimento da pena corporal de 04 anos e 08 meses de reclusão, no regime inicial fechado, mais 11 dias-multa, no piso legal, por infração ao artigo 157, "caput", do Código Penal, e à pena de 02 meses e 10 dias de detenção, no regime intermediário, como incurso nas sanções do artigo 329, "caput", do mesmo *Codex*, indeferido o apelo em liberdade.

O *decisum* ainda impôs a reparação de danos, no valor de R$ 12.050,00 corrigidos desde os fatos, nos termos do artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal.

Conformado com o mérito da condenação, recorre Júlio pela redução da pena corporal, fixação de regime mais brando em relação ao delito de roubo e afastamento da reparação de danos (fls. 170/175).

Recurso processado e respondido, com parecer da D. Procuradoria Geral de Justiça, às fls. 191/193, por seu parcial provimento.

É o relatório.

O réu foi preso em flagrante e denunciado porque, no dia 18 de outubro de 2.013, por volta das 20h, na Rua Augusta, esquina com a Alameda Jaú, nesta Capital, subtraiu para si, mediante grave ameaça exercida com emprego de simulacro de arma de fogo, um telefone celular Iphone 5, um relógio avaliado em R$ 12.000,00 e a quantia de R$ 50,00 em espécie, pertencentes a José Carlos Etrusco Vieira.

Ainda, nas mesmas circunstâncias de tempo e lugar, opôs-se, mediante violência, à execução de ato legal por Adriano Lopes da Silva e Raquel Barbosa

Amorim, seguranças do Metrô.

Segundo o apurado, o ofendido conduzia seu veículo e, devido ao intenso tráfego da via, estava parado, momento em que foi abordado por Júlio que, utilizando-se de um simulacro de arma de fogo, bateu no vidro do automóvel e exigiu sua abertura, bem como a entrega dos pertences, sendo prontamente atendido.

O acusado evadiu-se na posse da *res furtiva*, mas foi seguido pela vítima, que o avistou ingressando no metrô e avisou dois seguranças, que lograram êxito em abordar o réu. Júlio, então, a fim de resistir à prisão, passou a agir de maneira deveras violenta, chegando a morder a perna de um dos seguranças e a chutar a mão da outra.

A inicial acusatória esclareceu que só foram localizados com o réu o simulacro da arma de fogo e o telefone celular da vítima, que não recuperou os demais bens.

Primeiramente, é de se ver que a materialidade e a autoria delitivas restaram sobejamente demonstradas nos autos, tanto que sequer combatidas nas razões recursais.

Sua integral confissão foi corroborada pela fala do ofendido, que reconheceu Júlio sem sombras de dúvidas como o autor delitivo, e também pelo segurança ouvido sob o crivo do contraditório (mídia digital).

Isto considerado, é de se ver que o reclamo merece ser provido, em sua totalidade.

Fixadas as penas-bases no mínimo legal, foram elas aumentadas em 1/6 na segunda fase, porque "*O acusado **confessou** a autoria do crime, mas é **duplamente reincidente** (certidões de fls. 12/14 e 15 do apenso próprio), razão pela qual, **considerando a circunstância atenuante**, aumentei ainda a pena em um sexto (o aumento pela dupla reincidência seria superior)*" (fls. 153).

Todavia, as certidões acima referidas referem-se ao mesmo feito (processo-crime nº 77287/2007, da 26ª Vara Criminal da Capital), não havendo se falar, portanto, em dupla reincidência.

Dessa forma, possível a compensação integral da reincidência com a confissão espontânea, mantendo-se a pena em 04 anos de reclusão e pagamento de 10 dias-multa pelo delito de roubo e 02 meses de detenção pela resistência.

Tem se entendido pela possibilidade de tal benesse em atenção à decisão do Supremo Tribunal Federal que, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 101.909/MG, rel. Min. Ayres Britto, reconheceu o caráter preponderante da confissão espontânea, nos termos do art. 67 do Código Penal. Isso porque deve ser reconhecida a postura daquele que, de forma espontânea, confessa o crime, não se podendo negar a relevância dessa confissão, que se relaciona à personalidade do agente, sob pena de inaceitável esvaziamento da atenuante

Acesso ao Sumário

que busca beneficiar o réu que colabora com a Justiça na busca da verdade real.

Em seguida, merece reparo o regime imposto para o cumprimento da pena fixada no tocante ao delito do artigo 157, do Código Penal.

É que na fixação do regime, diante das circunstâncias do crime, recomendado se mostra o semiaberto em atenção ao princípio da individualização da pena.

Anota-se, nesse sentido, que o regime inicial para a fixação da pena depende de dois fatores diferentes: 1) a quantidade da pena (art. 33, § 2°, 'a', 'b', e 'c'; 2) as condições pessoais do condenado (art. 33, § 3°, e art. 59, CP).

Se pela pena ora imposta (04 anos de reclusão), prevê a lei o regime aberto (art. 33, § 2°, 'c'), a reincidência que veda essa possibilidade não implica, de forma automática, na imposição do regime fechado, mas sim no regime mais gravoso àquele que ele teria direito, ou seja, o regime semiaberto.

Somente condição especial do condenado (artigo 59), devidamente justificada e apontada nos autos, autoriza fixar regime de modo diferenciado, o que não se verifica na hipótese em debate, na qual, quanto ao crime ora debatido, não se verifica dolo exacerbado na conduta de Júlio.

Por fim, deve ser afastada a indenização fixada porque, além de não ter sido pleiteada pela acusação, não foi submetida ao debate nos autos e sua manutenção implicaria em ofensa ao contraditório e à ampla defesa, razão pela qual deve ser excluída.

Neste sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIMES CONTRA A PESSOA. HOMICÍDIO CONSUMADO. REPARAÇÃO DE DANOS. ART. 387, IV, DO CPP. FIXAÇÃO DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE PEDIDO EXPRESSO E FORMAL. OBEDIÊNCIA AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. No Processo Penal, não cabe ao Juízo fixar o valor mínimo da indenização decorrente da prática de delito, nos termos do art. 387, IV, do CPP, sem pedido expresso da parte no momento processual oportuno. Precedentes.

2. Agravo regimental não provido" (Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1428570/GO – Quinta Turma – Relator I. Ministro Moura Ribeiro – j. 08.04.2014).

Ante todo o exposto, dá-se provimento ao recurso defensivo, nos termos acima esposados.

É como voto.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0064170-50.2008.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado EDLAINE SILVA DOS SANTOS.

ACORDAM, em 5ª Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.004)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores CARLOS BUENO (Presidente) e ALMEIDA SAMPAIO.

São Paulo, 15 de maio de 2015.

NUEVO CAMPOS, Relator

Ementa: APELAÇÃO – FALSO TESTEMUNHO – ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA – ATIPICIDADE DA CONDUTA DA RECORRIDA – RECURSO IMPROVIDO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso interposto pelo D. Representante do Ministério Público em primeiro grau de jurisdição contra a r. decisão monocrática de fl. 157, que absolveu sumariamente Edlaine Silva dos Santos, com fundamento no art. 397, III. Do Cód. de Proc. Penal, da imputação de se achar incursa no art. 342, § 1º, do Cód. Penal.

Pugna a acusação, em suma, pelo prosseguimento do processo (fls. 160/165).

Contra-arrazoado o recurso (fls. 167/169), manifestou-se a D. Procuradoria de Justiça pelo provimento do apelo ministerial (fls. 174/177).

É, em síntese, o relatório.

O apelo não procede.

A r. decisão recorrida não merece qualquer reparo.

Imputa-se à recorrida a prática do crime previsto no art. 342, § 1º, do Cód. Penal, ocorrido em 10/01/2008.

Narra a inicial que a recorrida incidiu na prática de falso testemunho, pois, na condição de testemunha de defesa, fez afirmação falsa e negou a verdade, em

Acesso ao Sumário

processo judicial criminal, com o propósito de beneficiar Adriem Provenciano, réu no Processo Criminal n° 050.07.070796-0, controle n° 1339/2007, que teve curso perante o R. Juízo da 11ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo.

É certo que, em seu desfavor, há os depoimentos de Domingos de Souza Lzardo (fl. 88) e Antonio Rocha da Silva Filho (fls. 98/105).

A acusada, todavia, negou o crime em tela (fls. 99/100).

O recurso ministerial não comporta acolhimento.

Importa anotar, a propósito, que o reconhecimento da caracterização da figura típica do crime de falso testemunho tem como pressuposto o compromisso com a verdade, que se materializa pela tomada de compromisso ao início do depoimento, oportunidade própria para verificação de eventual impedimento ou suspeição.

No entanto, como bem anotado na r. decisão recorrida, pelo que verte dos elementos dos autos, a acusada deveria ter sido advertida de seu direito de não prestar depoimento.

Importa considerar, neste aspecto, que restou suficientemente demonstrado que a acusada era a então companheira de Adriem Provenciano, figura esta equiparada ao marido, conforme o § 3º do art. 226 da Constituição Federal.

Neste sentido, a recorrida não estava obrigada a dizer a verdade, conforme o art. 206, *caput*, e art. 208, *caput*, ambos do Cód. de Proc. Penal.

Há que se considerar, neste aspecto, o depoimento de Antonio Rocha da Silva Filho, bem como o Ofício n° 2956/2013 (fl. 156).

Assim, não há como se reconhecer tipicidade na conduta da acusada.

Portanto, de rigor a manutenção da r. decisão recorrida, mantida a absolvição sumária da acusada.

Face ao exposto, meu voto nega provimento ao apelo.

Acesso ao Sumário

Embargos Infringentes

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0001207-73.2008.8.26.0642/50001, da Comarca de Ubatuba, em que é embargante LEOMAR NASCIMENTO GOMES (REVEL), é embargado 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 maioria de votos, de acordo com a tese esposada pelo digno Desembargador SÉRGIO COELHO e também o acompanharam no mais contido no v. Acórdão, sempre respeitado o douto entendimento esposado no r. voto vencido, vencido o E. Desembargador Otávio Henrique que não declara.", de conformidade com o voto do Relator deste acórdão. **(Voto nº 32.656)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente), SOUZA NERY, OTÁVIO HENRIQUE e ROBERTO SOLIMENE.

São Paulo, 9 de abril de 2015.

ROBERTO MIDOLLA, Relator

Ementa: EMBARGOS INFRINGENTES. VIOLAÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS. APELO MINISTERIAL PROVIDO PARA CASSAR A R. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA E DETERMINAR O PROSSEGUIMENTO DO FEITO. PRETENSÃO DE PREVALÊNCIA DO VOTO MINORITÁRIO (ABSOLVIÇÃO POR NÃO HAVER PROVA DA EXISTÊNCIA DO FATO). IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS REJEITADOS.

VOTO

Cuida-se de Embargos Infringentes opostos contra o v. Acórdão de fls. 224/229, que, por maioria de votos, deu provimento ao recurso ministerial para cassar a r. sentença de fls. 177/179 e determinar o prosseguimento do feito.

Pretende, o embargante, a prevalência do voto vencido do eminente Desembargador OTÁVIO HENRIQUE, que mantinha a absolvição com relação ao delito do art. 184, § 2º, do Código Penal (fls. 230/232 e 236/238).

A d. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela rejeição dos embargos (fls. 241/245).

É o relatório.

Acompanho a declaração de voto vencedor proferida pelo Des. SÉRGIO COELHO, que, ao julgar o apelo ministerial, houve por bem cassar a r. sentença e determinar o prosseguimento do feito.

Isso porque a materialidade delitiva da violação de direitos autorais restou bem demonstrada pelo Boletim de Ocorrência (fls. 03), Auto de Exibição e Apreensão (fls. 04) e Laudo Pericial (fls. 14/16).

Acesso ao Sumário

A autoria também é inconteste.

Com efeito, para a caracterização do crime em testilha basta que o agente tenha em depósito, com intuito de lucro, mercadorias reproduzidas com violação ao direito autoral. Não é necessária a identificação de cada um dos sujeitos passivos, ou seja, dos autores, intérpretes, produtores, entre outros. E, nem mesmo, a comprovação do não recebimento dos direitos autorais pelos autores lesados.

Nesse sentido:

> *VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL – Ausência de indicação dos títulos e dos autores – Irrelevância – Alegação de inocência ante o pouco estudo e idade próxima dos sessenta anos – Inadmissibilidade – Condenação de rigor – Recurso não provido neste aspecto. (*Apelação Criminal n° 990.08.161737-4 – Angatuba – 11ª Câmara de Direito Criminal – Relator NILSON XAVIER DE SOUZA – 10/02/2010 – Votação: Unânime - Voto n°: 13685)

Por oportuno, destaco o ensinamento de ELIANE Y. ABRÃO, em *Direitos de Autor e Direitos Conexos*, Editora do Brasil:

> *"... direitos de autor são um conjunto de prerrogativas de ordem moral e de ordem patrimonial, que se interpenetram quando da disponibilização pública de uma obra literária, artística e/ou científica. São direitos patrimoniais de autor aqueles inerentes aos atos de fruir e de dispor publicamente da obra do modo que convier a seu titular, observados os preceitos de ordem pública. Dentre os direitos patrimoniais do autor, o mais importante é o de reprodução. Por reprodução deve-se entender cópias idênticas de qualquer obra fixada em suporte tal que se lhe permita a extração dos exemplares..."*

A conduta do embargante está devidamente tipificada, uma vez que foi surpreendido quando tinha em depósito produtos "piratas", com o intuito de lucro, nos termos do art. 184, § 2º, do Código Penal. Essa atividade ilícita causa graves prejuízos àqueles que efetivamente têm o direito autoral e dependem dessas vendas para a sua sobrevivência e a de seus familiares.

Acesso ao Sumário

Justamente para proteger esse direito do autor é que existe a legislação específica, uma necessidade social dirigida ao bem comum. O contrafeitor deve ser responsabilizado, pois está obrigado a adequar-se aos ditames legais.

Parece-me oportuno lembrar a seguinte definição de CARRARA, que consta de seu *Programa de Direito Criminal*:

Delito é a infração da lei do Estado, promulgada para proteger a segurança dos cidadãos, resultante de um ato externo do homem, positivo ou negativo, moralmente imputável e politicamente danoso.

Sobre a matéria em questão e o *princípio da intervenção mínima*, já foi decidido:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL – VIOLAÇÃO DO DIREITO AUTORAL – ARTIGO 184, § 2º, DO CPB – EXPOR À VENDA CD'S E FITAS CASSETES PIRATAS – MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS – PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA – INAPLICÁVEL AO CASO – RELEVÂNCIA DO BEM JURÍDICO TUTELADO - LEI 10.695/03 – MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. Responde pelas sanções do artigo 184, § 2º, DO Código Penal, o agente que, com intuito de lucro direto, vende e expõe à venda cópias de CD's e fitas cassetes reproduzidos com violação ao direito do autor, do direito de artista interprete ou executante, ou do direito do produtor de fonograma. ***O princípio da intervenção mínima não tem o condão de afastar a aplicabilidade do disposto no artigo 184, § 2º, do CPB, posto que a significância da conduta de "expor à venda" produtos "piratas", a lesividade para a convivência harmônica da sociedade e a relevância do direito autoral, bem jurídico tutelado constitucionalmente (art. 5º, XXVII), demonstram a necessidade de responsabilização penal dos agentes infratores****. A desconsideração da referida conduta típica para pessoas materialmente menos favorecidas ao contrário de se tornar uma solução para problemas econômicos e sociais, iria agravá-los, uma vez que as consequências da pirataria atingem não somente os autores e artista, causando o aumento do desemprego, em prejuízo de toda a sociedade. A Lei 10.695/03 que elevou a pena mínima cominada ao delito previsto no artigo 184, § 2º, do CPB, é constitucional, não traduzindo a referida elevação qualquer ofensa ao princípio da individualização da pena".* (Apelação Criminal n.º 1.0223.03.125328-7/001 – Divinópolis/MG – Julgamento: 08/11/2005 – Publicação – 18.11.2005)

Nesses termos, tenho que não merece reparo o v. Acórdão de fls. 224/229, que, por maioria, cassou a r. sentença de fls. 177/179 e determinou o prosseguimento do feito.

Concluindo, estou de acordo com essa tese esposada pelo digno Desembargador SÉRGIO COELHO e também o acompanho no mais contido no v. Acórdão, sempre respeitado o douto entendimento esposado no r. voto vencido.

Acesso ao Sumário

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 0004900-07.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são pacientes SLEIMAN

ANWAR SLEIMAN e MARIA BERNARDETE VIANA, Impetrantes MARINA PINHÃO COELHO ARAÚJO e GABRIEL BARMAK SZEMERE.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a ordem de *habeas corpus*, determinando-se o regular prosseguimento do feito. V.U. Sustentou oralmente a Ilma. Defensora, Dra. Marina Pinhão Coelho Araújo, e usou da palavra o Exmo. Procurador de Justiça, Dr. Marcio José Lauria Filho.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13.213)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EDISON BRANDÃO (Presidente) e LUIS SOARES DE MELLO.

São Paulo, 14 de abril de 2015.

CAMILO LÉLLIS, Relator

Ementa: HABEAS CORPUS – Art. 7º, inciso XI, da Lei nº 8.137/90 – Nulidade do feito desde o recebimento da denúncia, ao argumento de inépcia da peça acusatória – Descabimento – Denúncia que descreve os fatos de maneira suficientemente clara para alicerçar a deflagração da ação penal, com ampla possibilidade do exercício da defesa – Nulidade do recebimento e ratificação da denúncia, sob a alegação de foram realizados de forma absolutamente genérica – Inadmissibilidade – O momento do recebimento da denúncia, tanto a decisão que a recebe, quanto a que é proferida após a apresentação de resposta à acusação, prescindem de fundamentação exaustiva – Trancamento da ação penal – Ausência de justa causa – Impossibilidade – Existência de indícios de autoria e materialidade delitiva presentes desde o recebimento da denúncia que autorizou a propositura da ação – Inexistência de constrangimento ilegal. Ordem denegada, com determinação.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado pela advogada **Marina Pinhão Coelho Araújo** e pelo estagiário de Direito **Gabriel Barmak Szemere** em favor dos pacientes **Sleiman Anwar Sleiman** e **Maria Bernardete Viana**, denunciados pela suposta prática do crime previsto no art. 7º, inciso IX, da Lei n. 8.137/90, apontando como autoridade coatora a

MMª. Juíza de Direito da 12ª Vara Criminal do Foro Central Criminal da Barra Funda, pleiteando, liminarmente, a retirada de pauta da audiência designada para 12/03/2015, bem como a suspensão do trâmite da ação penal n. 0073512-12.2013.8.26.0050, até o julgamento definitivo do presente *writ* e, no mérito, o trancamento da ação penal originária e, subsidiariamente, a declaração de nulidade das decisões de fls. 102/103 e 163 da referida ação.

Sustentam os impetrantes, em síntese, que a denúncia, na qual consta que os pacientes supostamente mantinham em depósito para vender mercadorias impróprias ao consumo, foi recebida pela autoridade impetrada de forma absolutamente genérica (fls. 102/103) e que, novamente, por decisão padronizada e alheia ao caso concreto foi mantido o seu recebimento (fls. 163), em afronta aos artigos 41 e 395, incisos I e III, todos do Código de Processo Penal e art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, o que configura manifesto constrangimento ilegal aos pacientes, uma vez que referidas decisões não reconhecem a inépcia da denúncia, ignoram a ausência de justa causa à ação penal e não foram suficientemente motivadas, sendo, por isso, absolutamente nulas.

A liminar foi deferida para determinar a retirada de pauta da audiência designada para 12/03/2015, bem como a suspensão do trâmite da ação penal n. 0073512-12.2013.8.26.0050, até o julgamento definitivo do presente *writ.*

Foram prestadas as informações de estilo (fls. 193/194), tendo a douta Procuradoria de Justiça opinado pela denegação da ordem (fls. 240/247).

É o relatório.

Inicialmente, impende analisar a alegação de inépcia da denúncia.

Pois bem, o art. 41 do Código de Processo Penal dispõe que a denúncia deverá expor o fato, em tese, criminoso, com todas as suas circunstâncias, a fim de possibilitar a ampla defesa do acusado.

Nessa esteira, elucidativo aresto emanado do Supremo Tribunal Federal:

"É consabido que a denúncia é peça técnica, que deve ser simples e objetiva, atribuindo a alguém a responsabilidade por um fato, tão somente. A denúncia deve conter 'a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias', com adequada indicação da conduta ilícita imputada ao réu, de modo a propiciar-lhe o pelo exercício do direito de defesa (art. 41 do Código de Processo Penal)." (HC n.º 91.158-7/PR, Rel. Min. Carmén Lúcia, 1.ª Turma, j. em: 18.09.2007)

Em corolário, o reconhecimento da inépcia formal da denúncia exige que a deficiência, a incongruência, o laconismo da narrativa dos fatos seja de tal monta que prejudique o exercício do direito à ampla defesa.

A propósito, precedente do Superior Tribunal de Justiça:

"Revela-se manifesta a inépcia formal da peça acusatória que deixa de descrever, ainda que sucintamente, a conduta do denunciado e as

Acesso ao Sumário

circunstâncias em que teriam sido praticados os delitos, inclusive não arrolando testemunhas, impondo-se, de rigor, a sua rejeição." (Ação Penal n.º 369/PE, Rel. Min. Paulo Gallotti, Corte Especial, dj. 28.02.2008).

Por outro lado, se os fatos foram descritos na exordial acusatória de maneira clara e objetiva, narrando com coerência os eventos, em tese, delituosos, a possibilitar sua perfeita compreensão e consequente amplo exercício da defesa, não há que se falar em inépcia formal da denúncia.

Pertinente, mais uma vez, manifestação pretoriana do Superior Tribunal de Justiça:

"Sem adentrar no mérito de procedência ou não da acusação, o fato é que ela descreve, de forma satisfatória e objetiva, os elementos necessários à instauração da ação penal, em atenção ao que dispõe o art. 41 do Código de Processo Penal, permitindo à acusada o livre exercício da ampla defesa e do contraditório, razão pela qual não há falar em inépcia da denúncia e, muito menos reconhecer, de plano, a não vinculação da Paciente com os fatos que lhe são imputados. Assim, nesse contexto, impedir o Estado, de antemão, de exercer a função jurisdicional, coibindo-o de sequer realizar o levantamento dos elementos de prova para a verificação da verdade dos fatos, constitui uma hipótese de extrema excepcionalidade, não evidenciada na espécie, tornando-se, pois, prematuro o trancamento da ação penal instaurada." (HC n.º 119.130/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, 5.ª Turma, j. em 8.02.2011, v.u.).

In casu, malgrado a combatividade dos impetrantes, a denúncia foi estruturada de maneira suficientemente clara, apontando, em concreto, as circunstâncias fáticas que enlaçaram o caso, conforme se extrai de sua transcrição *ipsis litteris.*

"Consta do incluso inquérito policial que, no dia 20 de agosto de 2013, na Rua Polignano A. Mare, nº 77, Brás, no interior do estabelecimento "Solo Breads Panificadora e Comércio de Produtos Alimentícios, Importação e Exportação ltda", nesta cidade e comarca da Capital, ***Maria Bernadete Viana****, gerente do referido estabelecimento, qualificada às fls. 07 e 13, e* ***Sleimam Anwar Sleiman****, proprietário e administrador do estabelecimento, mantinham em depósito para vender, mercadorias em condições impróprias para o consumo, conforme auto de exibição e apreensão de fls. 13/15 e laudo pericial de fls. 39/54.*

Conforme o apurado no presente inquérito, os denunciados mantinham em depósito para vender as seguintes mercadoria impróprias para o consumo por estarem com data de validade expirada (art. 18, § 6º, inciso da Lei 8.078-90):

1. 105 frascos de vidro contendo em cada um 875 gramas de geleia de damasco, da marca Durra (vencidos em 01.04.2013);

Acesso ao Sumário

2. 60 frascos de vidro contendo em cada um 275 gramas de geleia de cereja da marca Durra (vencidos em 01.04.2013);

3. 06 frascos de vidro contendo em cada um 430 gramas de geleia de amora da marca Durra (vencidos em 01.04.2013);

4. 12 frascos de vidro contendo em cada um 720 gramas de azeitonas pretas da marca Durra (vencidos em 01.04.2013);

5. 50 pacotes contendo em cada um 50 gramas de semente "Barake" da marca Durra (vencidos em 01.03.2013);

6. 145 pacotes contendo em cada um 50 gramas de "Linguisa" da marca Durra (vencidos em 01.03.2013).

As mercadorias acima foram encontradas no corredor de acesso à área destinada à produção, sendo que estavam armazenados juntamente com produtos com validade vigente.

Além disso, os denunciados mantinham em depósito para vender as seguintes mercadorias impróprias ao consumo, por estarem sem identificação de produtor ou importador, sem registro junto aos órgãos competentes, bem como sem data de fabricação e de validade (art. 18, § 6º, inciso II da Lei 8.078/90):

1. 14 frascos de vidro contendo bolas de coalhada seca em conserva em azeite;

2. 08 caixas contendo cada uma 30 peças de carvão para Narguile, da marca Torch Coal.

As mercadorias acima foram encontradas na prateleira de exposição de produtos para a venda.

Policiais civis, em cumprimento de Ordem de Serviço nº 507/2013, realizaram diligências no estabelecimento comercial "Solo Breads Panificadora e Comércio de Produtos Alimentícios, Importação e Exportação ltda" e apreenderam as mercadorias acima" (fls. 16/18).

Ao final, a capitulação jurídica dos fatos apontada foi o art. 7º, inciso IX, da Lei 8.137/90, arrolando testemunhas.

Portanto, a alegada imprestabilidade formal da peça acusatória não prospera, pois os fatos foram satisfatoriamente narrados na denúncia, indicando, a contento, a forma com que agiram os pacientes e as pertinentes circunstâncias que enlaçaram o caso, permitindo, consequentemente, a perfeita compreensão da imputação e exercício da ampla defesa.

No mais, também fadada ao insucesso a alegação apresentada pelos nobres impetrantes de que a denúncia foi recebida pela autoridade impetrada de forma absolutamente genérica (fls. 117/118 destes autos) e que, novamente, por decisão padronizada e alheia ao caso concreto foi mantido o seu recebimento (fls. 179 destes autos), em afronta aos artigos 41 e 395, incisos I e III, todos do

Acesso ao Sumário

Código de Processo Penal e art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Pois bem.

Não se pode deixar de registrar a infeliz redação dada pelo legislador processual penal quando da reforma ritualística havida em 2008, causando certa celeuma doutrinária e jurisprudencial acerca do momento do recebimento da denúncia.

Parece razoável, de qualquer forma, que a denúncia é recebida (ou rejeitada) nos termos do art. 396, da lei penal adjetiva, sendo que a decisão posterior acerca da resposta à acusação cuida-se de mera ratificação do já procedido juízo de admissibilidade da acusação.

É verdade, ademais, que, o art. 397, do Código de Processo Penal, faculta à defesa alegar qualquer matéria de seu interesse na resposta à acusação, conferindo enorme elastério ao conteúdo da peça.

A despeito disso, questões preliminares e teses atinentes a causas de absolvição sumária ganham destaque, notadamente pela redação do art. 397, do *codex.*

Seja como for, posto à margem o momento do recebimento da denúncia, o fato é que, tanto a decisão que a recebe, quanto a que é proferida após a apresentação de resposta à acusação, prescindem de fundamentação exaustiva.

A primeira, por se tratar, na essência, de decisão meramente ordinatória, no diapasão seguido pelo Supremo Tribunal Federal:

> *"Denúncia: recebimento: assente a jurisprudência do STF em que, regra geral - da qual o caso não constitui exceção -, "o despacho que recebe a denúncia ou a queixa, embora tenha também conteúdo decisório, não se encarta no conceito de "decisão", como previsto no art. 93, IX, da Constituição, não sendo exigida a sua fundamentação - art. 394 do C.P.P; a fundamentação é exigida, apenas, quando o juiz rejeita a denúncia ou a queixa - art. 516 do C.P.P., aliás, único caso em que cabe recurso - art. 581, do C.P.P." (v.g. HHCC 72.286, 2ª T., Maurício Corrêa, DJ 16.2.96; 70.763, 1ª T., Celso de Mello, DJ 23.9.94)."* (HC 86248/MT, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 08.11.05).

E a segunda, porque o julgador não está obrigado a esmiuçar ponto a ponto as alegações das partes, desde que se possa extrair de decisão, ainda que sucinta, implicitamente, o afastamento ou acolhimento das teses apresentadas, como no caso dos autos.

Sobre o tema, confira-se o seguinte trecho de julgado emanado deste E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

> *"É pacífico o entendimento de que, ao expor sua convicção e os fundamentos da decisão, as teses antagônicas apresentadas pelas partes estão, por óbvio, afastadas. Não se exige, pois, o exame pormenorizado*

Acesso ao Sumário

e pontual das teses de defesa que são contrárias à conclusão da sentença devidamente motivada." (Ap. n.º 0000399-58.2011.8.26.0288, Rel. Marco Nahum, 1.ª Câm., j. em 18.06.2012).

Nessa ordem de ideias, e após detida análise da resposta à acusação apresentada na origem (fls. 136/153) em cotejo com a respectiva decisão à qual os impetrantes atribuem a pecha de genérica, verifica-se inexistir qualquer eiva que a macule. Explica-se:

Em linhas gerais, pleiteou a defesa ao juízo *a quo* a nulidade da apreensão das mercadorias, pois realizada pela Polícia Civil sem autorização judicial, bem como todos os elementos de prova dela decorrente e, subsidiariamente, a juntada da Ordem de Serviço n. 507/13; a rejeição da denúncia, com base no art. 397 c.c. o art. 395, I, ambos do Código de Processo Penal, uma vez ausente a descrição concreta das condutas típicas e conduta do paciente a tornar inepta ou ainda por ausência de justa causa, por não haver prova de que as mercadorias se encontravam impróprias para o consumo, ou à venda e prova do envolvimento do paciente com os fatos ora apurados.

Instada a se manifestar, a autoridade impetrada alinhavou: *"Presentes os pressupostos e condições da ação penal, nos termos do artigo 41 do CPP e ausentes, por outro lado, os vícios enumerados no artigo 395 do CPP (antigo 43), não sendo, pois, caso de absolvição sumária, mantenho o recebimento da denúncia lançado a fls. 102/103"* (fls. 179).

Ora, evidente que, a despeito da concisão, é plenamente possível compreender as razões que levaram a magistrada a rechaçar o pleito de absolvição sumária, pois, como se extrai do trecho destacado, aspectos levantados pela defesa, como se viu, envolvem questões de mérito, que somente poderão ser apreciadas no desencadear da instrução probatória, após a qual, e somente aí, é que se poderá verificar a procedência das alegações, que, se nesse momento não tem o condão de implicar a absolvição sumária, que reclama cristalina e pronta demonstração; poderão, ao deslinde do feito, eventualmente, formar a convicção do magistrado acerca da improcedência da pretensão punitiva estatal.

O que não se poderia conceber é justamente o contrário, que o juiz incursionasse no mérito de maneira temerária e açodada, coarctando prematuramente o *ius accusationis* ministerial.

Colaciona-se, pois pertinentes, recentes manifestações pretorianas emanadas do Superior Tribunal de Justiça:

"[...]*AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO QUE RECEBEU A DENÚNCIA. DESPACHO ORDINATÓRIO. DESNECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO. MÁCULA NÃO CARACTERIZADA. 1. De acordo com entendimento já consolidado nesta Corte Superior de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, em regra, a decisão que recebe a denúncia*

Acesso ao Sumário

prescinde de fundamentação complexa, justamente em razão da sua natureza interlocutória. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. AFASTAMENTO DAS HIPÓTESES ELENCADAS NO ARTIGO 397 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DESNECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO COMPLEXA. POSSIBILIDADE DE MANIFESTAÇÃO JUDICIAL SUCINTA. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. 1. Esta Corte Superior de Justiça firmou o entendimento de que a motivação acerca das teses defensivas apresentadas por ocasião da resposta escrita deve ser sucinta, limitando-se à admissibilidade da acusação formulada pelo órgão ministerial, evitando-se, assim, o prejulgamento da demanda. Precedentes. 2. Tendo a magistrada singular afirmado que os fatos e fundamentos contidos na defesa preliminar não seriam suficientes para absolver sumariamente o acusado, consideram-se afastadas as teses defensivas ventiladas na resposta preliminar, não havendo que se falar em falta de fundamentação da decisão. 3. Recurso desprovido". (RHC 51.488/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, 5.ª Turma, DJe 22.10.2014).

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. NULIDADE DA DECISÃO QUE RATIFICOU O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA POR AUSÊNCIA DE APRECIAÇÃO PORMENORIZADA DAS TESES APRESENTADAS EM DEFESA PRÉVIA. INEXISTÊNCIA. DESNECESSIDADE DE EXTENSA FUNDAMENTAÇÃO SOB PENA DE INDEVIDA INCURSÃO NO MÉRITO. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO IMPROVIDO. 1. A pretensão veiculada no presente recurso ordinário volta-se contra a ratificação do recebimento da denúncia sem a aprofundada análise das teses defensivas suscitadas por ocasião da apresentação da resposta à acusação. Na referida resposta, os acusados fizeram considerações sobre a inépcia da denúncia, ausência de dolo, inexistência de prática criminosa, aplicação do princípio da insignificância. 2. Este Superior Tribunal de Justiça, em harmonia com orientação adotada pelo Supremo Tribunal Federal, entende ser desnecessária fundamentação extensa ou complexa no despacho de recebimento da denúncia, pois este ostenta natureza interlocutória, dispensando, assim, aqueles requisitos próprios de uma decisão judicial. 3. A decisão que ratificou o recebimento da denúncia rejeitou de forma fundamentada a assertiva de inépcia da denúncia, bem como as demais questões suscitadas, pois concernentes ao próprio mérito acusatório, cuja apreciação, segundo o magistrado singular, deverá ocorrer no momento oportuno, mediante o devido contraditório, porque, ao contrário das afirmações contidas na peça defensiva, reclamam investigação mais aprofundada. 4. A decisão que afasta a possibilidade de absolvição sumária não precisa apreciar

Acesso ao Sumário

pormenorizadamente todas e cada uma das alegações dos acusados, sob pena de antecipação indevida do mérito da controvérsia. Precedentes. 5. Recurso ordinário improvido." (RHC 43.490/SP, Rel. Min. Walter de Almeida Guilherme [Desembargador convocado do TJ/SP], 5.ª Turma, DJe 12.12.2014).

Conclui-se, destarte, que a denúncia é tecnicamente adequada e o seu recebimento (e ratificação) foram suficientemente fundamentados, o que rechaça as nódoas suscitadas, permitindo pleno exercício da defesa dos ora pacientes.

Por fim, a irresignação no prosseguimento da ação penal não comporta acolhimento, não sendo possível o trancamento da ação por ausência de justa causa.

É sabido que o trancamento de inquérito policial ou da ação penal, por meio de *habeas corpus*, é medida excepcional a ser aplicada em casos nos quais haja "*a manifesta atipicidade da conduta, a presença de causa de extinção da punibilidade do paciente ou a ausência de indícios mínimos de autoria e materialidade delitivas*" (HC 91.603, Rel. Min. Ellen Gracie, DJE-182 de 25.09.2008).

No presente caso, não se verifica a ocorrência de nenhuma delas.

Ao revés, há indícios de autoria e prova da materialidade presentes desde o recebimento da denúncia que autorizou a propositura da ação.

Observa-se dos documentos juntados aos autos, que a denúncia encontra-se apta, obedecendo todos os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, porquanto descreve com detalhes, os fatos e os classifica adequadamente, demonstrando suficientemente a conduta supostamente delituosa dos pacientes, razão pela qual descabe falar-se em trancamento da ação penal.

Ante o exposto, pelo meu voto, **denego** a ordem de *habeas corpus*, **determinando-se o regular prosseguimento do feito.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2018630-51.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é paciente NELSON YAMAKAMI, Impetrantes CELSO SANCHEZ VILARDI e ADRIANA PAZINI DE BARROS.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Concederam a ordem, para se anular a decisão proferida em 22/09/2014 (copiada a fls. 240), que genericamente desacolheu as alegações constantes da resposta à acusação, e determinar que

Acesso ao Sumário

outra seja proferida, com análise fundamentada das questões ali levantadas. Providencie-se o necessário para cumprimento do ora determinado, com urgente comunicação ao douto Juízo impetrado. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 7.917)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores DE PAULA SANTOS (Presidente), FRANÇA CARVALHO e CARDOSO PERPÉTUO.

São Paulo, 23 de abril de 2015

DE PAULA SANTOS, Relator

Ementa: HABEAS CORPUS – Rejeição de resposta à acusação – Ausência de fundamentação configurada – Decisão combatida que faz referência genérica à não configuração das hipóteses de rejeição da denúncia – Nenhuma consideração, ainda que sintética, tecida sobre as questões de cunho preliminar levantadas – Fundamentação sucinta, cabível no momento processual em tela, que não se confunde com total ausência de fundamentação – Ordem concedida.

VOTO

Cuida-se de pedido de *habeas corpus* impetrado por CELSO SANCHEZ VILARDI E ADRIANA PAZINI DE BARROS a favor de NELSON YAMAKAMI, denunciado como incurso no artigo 121, parágrafos 3º e 4º, do Código Penal, por duas vezes, na forma do artigo 70 do mesmo diploma legal, contra ato do Juízo da 4ª Vara Criminal de São Paulo, consistente em proferir decisão, em face da resposta à acusação (CPP, art. 396-A), que deu sequência ao processo sem analisar as teses apresentadas pela Defesa.

Sustentam os impetrantes, em síntese, que a decisão proferida é desprovida de qualquer fundamentação. Aduzem que não foram analisadas as teses então apresentadas, quais sejam, inépcia da denúncia, ilegitimidade passiva e inexistência de causa justificadora para o aumento de pena previsto no parágrafo 4º do artigo 121 do Código Penal. Alegam que referidas teses são capazes de inviabilizar a relação processual. Requerem a concessão de liminar para o sobrestamento da ação penal até o julgamento deste *writ*, em especial no que tange à audiência de instrução e julgamento designada para o próximo dia 11/02/2015, e, ao final, a concessão da ordem para declarar nula a decisão que não apreciou as matérias defensivas arguidas em resposta à acusação. Alegam que a decisão é tão genérica que a audiência foi designada para, entre outras coisas, colher "as declarações do ofendido", que faleceu (fls. 07 – grifado no

Acesso ao Sumário

original).

Deferida a medida liminar para suspender o processo criminal até o julgamento deste *writ* pelo colegiado (fls. 257/258), foram requisitadas informações da autoridade coatora, que as prestou (fls. 261/262).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pela denegação da ordem (fls. 332/336).

É o relatório.

Insurgem-se os impetrantes contra decisão do Juízo da 4ª Vara Criminal de São Paulo, que rejeitou as alegações de cunho preliminar apresentadas em resposta à acusação e determinou prosseguimento da ação penal, nos seguintes termos:

> "Vistos.
>
> "Não é hipótese de absolvição sumária dos acusados, nos termos do art. 397 do Código de Processo Penal, por não estarem presentes as excludentes da ilicitude ou da culpabilidade, por não estar extinta a punibilidade e o fato narrado na denúncia constitui crime.
>
> "Há prova da materialidade e indícios de autoria, e tudo o que foi alegado na defesa prévia é atinente ao mérito, o que enseja a instrução do feito.
>
> "Nos termos do art. 400 do código de Processo Penal, designo audiência de instrução e julgamento para o dia 11 de fevereiro de 2015, às 13:30 horas, quando serão tomadas as declarações do ofendido, ouvidas as testemunhas de acusação e defesa e, por fim, realizado o interrogatório.
>
> "Finda a instrução, se dará oportunidade às partes para os fins do art. 402 do Código Penal e não havendo requerimento de diligências, ou sendo indeferidos, serão oferecidas alegações finais, na forma do art. 403 do Código Processo Penal" (fls. 240).

Sobre a resposta à acusação, dispõe o Código de Processo Penal, com sua redação atualizada:

> "Art. 396. Nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, recebê-la-á e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.
>
> (...)
>
> "Art. 396-A. Na resposta, o acusado poderá **arguir preliminares** e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário.
>
> (...)
>
> "Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o

Acesso ao Sumário

acusado quando verificar:

"I - a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato;

"II - a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade;

"III - que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou

"IV - extinta a punibilidade do agente".

Grifei.

In casu, alegaram os impetrantes que a denúncia é inepta "*porque não descreve qual norma conferia a Nelson o dever de garante naquela situação, estabelecendo a ele o dever de agir*" e, por isso, seria imperiosa sua rejeição, nos termos do artigo 395, I, do Código de Processo Penal. Sustentam, outrossim, que justamente por não haver norma legal que vincule o paciente à condição de garante, seria ele parte ilegítima para figurar no polo passivo da ação penal, impondo a rejeição da denúncia, com fulcro no artigo 395, II, do Código de Processo Penal. Por fim, subsidiariamente, os impetrantes requereram o afastamento da causa de aumento de pena prevista na primeira parte do parágrafo 4º do artigo 121 do Código Penal, que somente é aplicável ao "*profissional, que possuir conhecimento específico das regras do seu mister, pois considera-se o ato do profissional de maior reprovabilidade, quando desobedece regra técnica*" (sic - fls. 205/228).

Em face disso, embora não reste dúvida de que aspectos de mérito levantados na peça de defesa realmente demandam dilação probatória, o fato é que, se há alegações de feição preliminar, formuladas com o específico intuito de coarctar o prosseguimento do feito, é necessário que sejam analisadas de forma individualizada, para, no caso de não adotar o Juízo a solução pretendida, expor o Juízo, mesmo que sucintamente, o motivo. Portanto, a afirmação de que "*tudo o que foi alegado na defesa prévia é atinente ao mérito, o que enseja a instrução do feito*", justificaria apenas o não acolhimento imediato de questionamentos relacionados às circunstâncias fáticas e à culpabilidade, ou não, do ora paciente. Não se teceu, contudo, nenhuma consideração, ainda que sintética, com relação às questões de cunho eminentemente preliminar levantadas: inépcia da denúncia (total ou parcial, restrita à causa de aumento da primeira parte do parágrafo 4º) e ilegitimidade passiva. Nem mesmo foram mencionadas com especificação.

Evidentemente, se o Juízo entender que cabe repeli-las, não é caso de se exigir que profira um julgamento exaustivo e peremptório, mas, apenas, que exponha o(s) motivo(s) pelo(s) qual(is) não é possível, em tese, acolhê-las *prima facie* e obstar a marcha processual. Isto se for este o seu entendimento.

Restringiu-se, porém, o *decisum* em tela, à determinação de prosseguimento da ação e à afirmação da imprescindibilidade de dilação probatória, inclusive para tomada de "declarações do ofendido" que, como ressaltado na impetração,

Acesso ao Sumário

já está morto. Aliás, são dois os ofendidos (Raimundo e Gersonir), ambos falecidos na ocasião descrita na denúncia (fls. 16).

Como sabido, no inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal, determina-se que "*todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade* [...]".

E, no caso dos presentes autos, percebe-se que a decisão questionada, notadamente quanto às questões alegadas, apresenta-se absolutamente despida de qualquer fundamentação. Aliás, nem mesmo esclarece se efetivamente as rejeita.

A situação é bem diferente da vislumbrada em casos de fundamentação sucinta, resumida ou mínima, hipóteses admissíveis na etapa processual de que ora se cogita, em que existe, paralelamente, a preocupação de não de proferir pré-julgamento e de não se esgotar, em momento inoportuno, a análise do mérito. A fundamentação sintética é perfeitamente aceitável na fase em tela. Mas não a completa ausência de fundamentação.

Nesse ritmo, já se manifestou o C. STJ:

"HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. ATO DESPIDO DE CONTEÚDO DECISÓRIO. DESNECESSIDADE DE SUBSTANCIAL FUNDAMENTAÇÃO. NOVA SISTEMÁTICA IMPLEMENTADA PELA LEI N.º 11.719/2008. RESPOSTA À ACUSAÇÃO. IMPRESCINDIBILIDADE DE MANIFESTAÇÃO DO JUIZ ACERCA DE SEU CONTEÚDO. NULIDADE CONFIGURADA. PRISÃO. EXCESSO DE PRAZO.

1. De acordo com o entendimento jurisprudencial sedimentado nessa Corte de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, o ato judicial que recebe a denúncia, ou seja, aquele a que se faz referência no art. 396 do CPP, por não possuir conteúdo decisório, prescinde de substancial fundamentação, na forma exigida pelo art. 93, inciso IX, da Constituição da República.

2. A reforma legislativa introduzida pela Lei n.º 11.719/2008, trouxe como consequência profunda alteração no que antes se definia como defesa prévia, consistente em manifestação de conteúdo limitado e reduzido, circunscrita basicamente à apresentação do rol de testemunhas do acusado.

3. A partir da nova sistemática, tem-se a previsão de uma defesa robusta, ainda que realizada em sede preliminar, na qual o acusado poderá 'arguir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário.'

Acesso ao Sumário

4. Não haveria razão de ser na inovação legislativa se não se esperasse do magistrado a apreciação, ainda que sucinta e superficial, das questões suscitadas pela defesa na resposta à acusação.

5. No caso, o magistrado de piso, após recebida a resposta à acusação, em que se debatiam diversas questões, preliminares e de mérito, apenas proferiu despacho determinando a designação de audiência, concluindo, assim, pelo prosseguimento do feito, sem que se manifestasse minimamente sobre as teses defensivas, o que enseja inarredável nulidade.

(...) 7. Ordem concedida para anular o processo de que se cuida a partir do despacho que designou a audiência de instrução e julgamento, devendo o juiz de primeiro grau manifestar-se fundamentadamente acerca da resposta à acusação, nos termos do art. 397 do CPP (...)" (HC 232.842/RJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 11/09/2012, DJe 30/10/2012).

No mesmo ritmo, cabe citar julgados desta Corte paulista:

"Habeas Corpus - despacho que afasta a defesa escrita - ausência de fundamentação - nulidade - ocorrência: ainda que não seja cabível aprofundamento na análise das questões trazidas na fase do art. 396-a do CPP, a decisão que as afasta, sem sequer comentar as matérias preliminares, se mostra vazia de fundamentação e, portanto, impede o prosseguimento da ação penal. ordem concedida, para anular a decisão proferida na fase do art. 397 do CPP" (HC nº 0073422-57.2013.8.26.0000, Des. Rel. J. Martins, j. em 10/10/2013);

"Habeas corpus. Paciente denunciado pela prática dos delitos previstos nos artigos 312, 319 e 328, combinados com os 29 e 71, todos do Código Penal. Ausência de análise, ao menos perfunctória, no despacho pelo qual recebida a denúncia em desfavor do acusado. Não se olvida prescindir fundamentação extensa, haja vista consubstanciar ato interlocutório, não decisório. No entanto, de rigor seja reconhecida a nulidade desse 'decisum'. Nova sistemática introduzida pela Lei 11.719/2008. Ordem concedida, portanto, para determinar seja proferida decisão outra" (HC nº 0077353-68.2013.8.26.0000, Des. Rel. Encinas Manfré, j. em 01/08/2013).

Diante do exposto, confirmando-se a medida liminar, **concede-se a ordem**, para se anular a decisão proferida em 22/09/2014 (copiada a fls. 240), que genericamente desacolheu as alegações constantes da resposta à acusação, e determinar que outra seja proferida, com análise fundamentada das questões ali levantadas. Providencie-se o necessário para cumprimento do ora determinado, com urgente comunicação ao douto Juízo impetrado.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2023913-55.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é paciente RODRIGO GOMES e Impetrante RAFAEL GOMES BEDIN, é impetrado MM. JUIZ (A) DE DIREITO DO DIPO 4.2.3..

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "por votação unânime, concederam a presente ordem de habeas corpus para, em face da atipicidade da conduta, determinar o trancamento da ação penal n. 0006590-18.2015.8.26.0050, em curso pela 30ª Vara Criminal desta Capital. Expeça-se alvará de soltura clausulado em favor de Rodrigo Gomes.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.648)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VICO MAÑAS (Presidente) e AMABLE LOPEZ SOTO.

São Paulo, 1 de abril de 2015.

ANGÉLICA DE ALMEIDA, Relatora

Ementa: Habeas Corpus. Furto qualificado. Crime impossível. Trancamento da ação penal. Relaxamento da prisão em flagrante. Prisão preventiva. Ausência dos requisitos legais e de fundamentação. Desproporcionalidade. Revogação.

Ação acompanhada, a todo tempo, por funcionário da empresa vítima. Meio empregado absolutamente ineficaz para atingir o objetivo. Ausência de lesão ao bem jurídico protegido. Tipicidade da conduta afastada, seja em virtude do princípio da insignificância, seja pela configuração de crime impossível. Ordem concedida para trancar a ação penal.

Acesso ao Sumário

VOTO

O ilustre defensor público Rafael Gomes Bedin, com pedido de liminar, apontando como autoridade coatora o(ª) MM(ª) Juiz(ª) do Departamento de Inquéritos Policiais e da Polícia Judiciária - DIPO, impetra o presente *habeas corpus*, em favor de *Rodrigo Gomes*, visando o trancamento da ação penal, com o relaxamento da prisão em flagrante, vez que, monitorada a ação do paciente por segurança do estabelecimento vítima, impossível a consumação do crime.

Ou a revogação da prisão preventiva, ante a ausência dos requisitos, previstos no artigo 312, do Código de Processo Penal. Alega que a decisão, que converteu a prisão em flagrante em prisão preventiva, carece de fundamentação. Sustenta a desproporcionalidade da prisão cautelar, pois, em caso de condenação, será fixado o regime semiaberto. Acrescenta que o paciente possui residência certa e a presença de antecedentes criminais, ou mesmo de reincidência, não justifica a segregação. Subsidiariamente, pugna pela substituição da prisão preventiva por medida cautelar, prevista no artigo 319, do Código de Processo Penal (fls. 1/7). Acompanham os documentos de fls. 8/47.

Denegada a liminar, a autoridade judicial impetrada prestou informações (fls. 53/54), acompanhadas da documentação de fls. 55/66.

A d. Procuradoria Geral de Justiça opina pela denegação da ordem (fls. 68/73).

É o relatório.

Autuado em flagrante delito, em 26 de janeiro de 2015, por volta das 12h15min, o paciente *Rodrigo Gomes* foi denunciado como incurso no artigo 155, § 4º, I, c.c. artigo 14, II, ambos do Código Penal, porquanto, em estabelecimento comercial, situado nesta Capital, teria tentado subtrair, para si, mediante rompimento de obstáculo, um box de CDs da banda "Legião Urbana", avaliado em R$ 289,90, e um CD da dupla "Victor e Léo", avaliado em R$ 22,90, de propriedade de FNAC BRASIL LTDA., não consumando o delito por circunstâncias alheias à sua vontade, vez que detido por segurança do local, que acionou a polícia.

A prisão em flagrante foi convertida em prisão preventiva, em 28 de janeiro de 2015. Em 20 de fevereiro de 2015, recebida a denúncia, foi determinada a citação do paciente, para apresentação de defesa preliminar. Segundo informação constante do sítio eletrônico desta e. Corte, aguarda-se a realização de audiência, designada para o próximo dia 9 de abril.

Extrai-se dos documentos, que acompanham a impetração, que o paciente, desde o momento em que se encontrava no interior do estabelecimento comercial, teve seus atos acompanhados, por funcionário da empresa. Consta do auto de prisão em flagrante que o vigilante do estabelecimento avistou o paciente, em atitude suspeita. Viu o ora paciente pegar os objetos e retirar o alarme, dirigindo-se à saída, sem efetuar o pagamento. Foi abordado fora da loja, de posse dos produtos subtraídos (fls. 10/12).

Acesso ao Sumário

Na realidade, a conduta praticada pelo paciente constitui crime impossível, na medida em que o meio empregado, consideradas as circunstâncias que envolvem os fatos, não se mostrava capaz de atingir o objetivo.

O meio empregado pelo paciente foi absolutamente ineficaz, tornando o fato penalmente impunível, nos termos do artigo 17, do Código Penal. A

idoneidade do meio empregado pelo agente deve ser examinada caso a caso.

Como observa o ilustre magistrado Marcelo Semer, na configuração do crime impossível, mostram–se relevantes *"o momento e as condições de aferição da eficácia dos meios". (...) "A aferição da idoneidade ex ante é a tônica da teoria objetiva moderada. Indica a análise de que o meio empregado era, antes de iniciativa a execução do delito, e sem levar em consideração as circunstâncias em que os fatos se desenvolveram, apto ou inapto para provocar a consumação do crime. Trata- se, pois, de uma verificação in abstracto da idoneidade dos meios, consoante propugna a doutrina ora estudada: a tentativa só se exclui se o meio era essencialmente ineficaz. Tem-se propugnado, no entanto, que a verificação da idoneidade ou inidoneidade dos meios empregados pelo agente deve levar em conta as circunstâncias em que os fatos transcorreram, fazendo-se, assim, uma aferição ex post. Como consideração ex post se pretende uma averiguação posterior, com o conjunto das circunstâncias que atuaram no curso da ação - mas que já existissem (sejam preexistentes ou concomitantes) no início da execução (...) a tentativa de furto praticada em loja em que o agente é desde o início vigiado. Analisado abstratamente, o apossamento clandestino dos bens escondidos no próprio corpo é meio idôneo para a prática do furto. Tomado o caso concreto, em que a vigilância sobre o agente era intensa, mesmo antes do início da execução do crime, a possibilidade de esconder sua ação dos representantes da vítima - a clandestinidade pretendida - inexistia. Aferindo-se, pois, ex post, com os fatos concretos que cercaram a execução do delito, é possível concluir que o meio empregado era mesmo ineficaz para atingir a consumação"* (Crime Impossível e a Proteção aos Bens Jurídicos, SP: Malheiros Editores, 2002, p. 87/88).

Como consignado pelo eminente desembargador Junqueira Sangirardi, em aresto, citado pela referida obra: *"A ineficácia ou inidoneidade do meio não se observa apenas de forma objetiva. Deve ser aferida também circunstancialmente. O meio não é eficaz ou idôneo em si. Torna-se idôneo. Nem sempre é inidôneo em si"* (TACrim, Ap. 1.000.711/8, 18.3.1996, *apud*, p. 80).

De outra parte, o princípio da intervenção mínima merece ter incidência no campo penal. Mesmo não consagrado expressamente pela Constituição da República, dela decorre na medida em que tutela como bem intocável a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF).

Do momento em que o bem jurídico tutelado pela norma penal é atingido de modo tal que não justifique resposta do direito penal, não deve, em consequência, receber sanção penal. Assim, ainda que possa ser considerada conduta formalmente típica, pode não ter relevância para o direito penal.

Em outras palavras, mesmo com alguma carga de lesividade, a conduta deve, no entanto, ser afastada do âmbito de atuação do direito penal, ideia mestra

Acesso ao Sumário

da primorosa monografia do eminente desembargador Vico Mañas, ao enfatizar: *"De acordo com o princípio da intervenção mínima, com o qual se relacionam as características da fragmentariedade e da subsidiariedade, o direito penal só deve intervir nos casos de ataques graves aos bens jurídicos mais importantes. As perturbações leves da ordem jurídica devem ser objeto de outros ramos do direito"* (O Princípio da Insignificância como Excludente da Tipicidade no Direito Penal, p. 57, SP: Saraiva, 1994).

Não é por outra razão que Alberto Silva Franco pontua: *"a coisa subtraída, nessa última hipótese ajusta-se apenas formalmente ao tipo, mas, por produzir escassa lesividade, não tem repercussão alguma no patrimônio alheio"* (Breves Anotações sobre os Crimes Patrimoniais - *in* Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva (Criminalista do Século), p. 68 - org. Sérgio Salomão Shecaria - Ed. Método-SP, 2001).

Na realidade, cada conflito de interesses deve ter solução adequada e suficiente para atingir a finalidade do direito que é a pacificação social. O chamado crime de bagatela pressupõe conduta ilícita que apresenta grau mínimo de reprovabilidade, tornando dispensável a atuação do direito penal.

Ínfima a lesão ao bem protegido pela norma penal, tanto mais que foram de pronto recuperados. Para usar a expressão de Zaffaroni pode-se dizer ínfima afetação do bem jurídico.

Com tais considerações, seja em virtude do princípio da insignificância, seja em razão da configuração do crime impossível, afasta-se a tipicidade da conduta imputada ao paciente.

Diante do exposto, por votação unânime, concederam a presente ordem de *habeas corpus* para, em face da atipicidade da conduta, determinar o trancamento da ação penal n. 0006590-18.2015.8.26.0050, em curso pela 30ª Vara Criminal desta Capital. Expeça-se alvará de soltura clausulado em favor de *Rodrigo Gomes*.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2037077-87.2015.8.26.0000, da Comarca de Atibaia, em que é paciente DANIEL VARANI, Impetrantes SANDRO HENRIQUE AUDI DE OLIVEIRA e NICHOLAS VICENTE OLIVEIRA.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "CONHECERAM e DENEGARAM a ordem de *habeas corpus*. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que

integra este acórdão. **(Voto nº 9.108)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores AMARO THOMÉ (Presidente sem voto), ALBERTO ANDERSON FILHO e IVANA DAVID.

São Paulo, 30 de abril de 2015.

FERNANDO SIMÃO, Relator

Ementa: *Habeas corpus* – Tráfico de drogas e Posse ilegal de munição – Impetração requerendo liberdade provisória, porquanto o paciente é primário e possui bons antecedentes, ou a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão – Requisitos autorizadores da concessão da liberdade provisória ao paciente que não impedem a decretação da sua prisão preventiva, ante a gravidade do crime praticado, reveladora de personalidade deturpada, voltada ao cometimento de delitos graves, demonstrando a necessidade da custódia cautelar para a garantia da ordem pública – r. decisão que negou o pedido de liberdade provisória bem fundamentada, considerando os elementos constantes nos autos – Indícios suficientes de autoria e materialidade delitiva, bem como dos requisitos autorizadores da custódia preventiva, notadamente a garantia da ordem pública e a aplicação da lei penal, que não viola o princípio constitucional da presunção de inocência – Requisitos da prisão cautelar presentes impedem a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão – Ordem denegada.

VOTO

Os advogados **SANDRO HENRIQUE AUDI DE OLIVEIRA** e **NICHOLAS VICENTE OLIVEIRA** impetram a presente ordem de *habeas corpus*, com pedido liminar, em favor do paciente **DANIEL VARANI**, alegando estar sofrendo constrangimento ilegal por parte do MM. Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Atibaia/SP.

Afirmam, em síntese, não existirem os requisitos autorizadores para a manutenção da prisão preventiva do paciente, mesmo porque é primário e possui bons antecedentes, pelo que pode responder ao processo em liberdade, com a concessão da liberdade provisória.

Assim, requerem o deferimento da medida liminar, concedendo-se a

Acesso ao Sumário

liberdade com a expedição de alvará de soltura, ou a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão e, ao final, seja ela confirmada na presente ação constitucional de *habeas corpus.*

Indeferida a liminar (fls. 21), e prestadas às informações pela douta autoridade apontada como coatora (fls. 24/25), com a juntada de documentos, (fls. 26/28), a douta Procuradoria de Justiça, (fls. 32/38), manifestou-se pela denegação da presente ordem de *habeas corpus.*

É o relatório.

Em que pese os argumentos dos Ilustres defensores, ora denominados impetrantes, o presente *mandamus* deve ser denegado, vejamos.

Com efeito, as alegações dos impetrantes não permitem a concessão da ordem e a consequente concessão da liberdade provisória ao paciente, mesmo porque os requisitos da custódia preventiva estão presentes e autorizam a decretação da sua prisão cautelar.

Em primeiro lugar, presentes indícios de autoria e materialidade delitivas, conforme cópias acostadas a presente ação.

Pois bem. Noticia a presente ação que o paciente supostamente praticou o delito de tráfico de drogas, pois preso em flagrante cultivando 12 (doze) pés de *Cannabis sativa L*, substância vulgarmente conhecida por maconha, havendo feito a colheita de 05 (cinco) fardos de pés de *Cannabis sativa L*, substância vulgarmente conhecida por maconha, e tinha em depósito, 01 (uma) porção de folhas de maconha, com cerca de 1,33 kg e outra porção de folhas e "Buds" da mesma espécie, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, além do crime de posse ilegal de arma de munição, nos termos do art. 12 da Lei 10.826/03. .

E, diante disso, o pedido de liberdade provisória deve ser denegado.

Com efeito, consta da r. decisão, que a decretação da prisão preventiva foi justificada pela necessidade da manutenção da ordem pública, haja vista que o paciente está sendo processado pelo crime de tráfico de drogas, que é de extrema gravidade, demonstrando a necessidade da custódia cautelar para salvaguardar os interesses da sociedade, além do crime de posse ilegal de munição.

Destarte, não há se falar na concessão de liberdade provisória a paciente que comete crime de extrema gravidade, que causa perturbação e desassossego na sociedade, gera instabilidade social, sendo que quem pratica crime dessa natureza, demonstra personalidade deturpada, voltada ao cometimento de crimes graves, justificando-se a necessidade da prisão cautelar para a garantia da ordem pública.

Ademais, consta das informações da douta autoridade apontada como coatora que a ação penal está aguardando a apresentação de defesa preliminar, razão pela qual a instrução criminal avança dentro da normalidade.

Acesso ao Sumário

Outrossim, a r. decisão que negou o pedido de liberdade provisória foi bem fundamentada, pois justificou com base nos autos a necessidade da custódia cautelar do paciente, não se vislumbrando qualquer nulidade. Considerou os aspectos concretos para firmar sua convicção.

Noutro giro, presentes os requisitos que autorizam a custódia cautelar, descabido argumentar acerca da possibilidade de aplicação das medidas cautelares ao paciente, tendo em vista a natureza grave do delito supostamente praticado e da sua personalidade voltada ao cometimento de crime grave, além da necessidade de garantir a instrução criminal.

Por fim, argumentam os impetrantes que o paciente é primário e possui bons antecedentes, o que afastaria a necessidade da manutenção dele no cárcere. Porém estas são circunstâncias que não excluem a incidência dos pressupostos do art. 312 do Código de Processo Penal, sob pena de se conceder, genericamente, alvará de salvo conduto a réu primário.

Diante disso, 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).

Por conseguinte, apresentar o paciente os requisitos que poderiam colocá-lo em liberdade, não é fator que impeça a manutenção da sua prisão preventiva, por ser o crime de tráfico de drogas de extrema gravidade, que demonstra possuir personalidade deturpada, pelo que não há se falar na concessão da presente ordem de *habeas corpus.*

No que concerne ao Princípio Constitucional da Presunção de Inocência, ou Não culpabilidade, pacífico o entendimento de que não é ele impeditivo da custódia cautelar.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu:

CRIMINAL. R*HC*. PRISÃO PREVENTIVA. RECEPTAÇÃO DE VEÍCULOS. FORMAÇÃO DE QUADRILHA. PORTE ILEGAL DE ARMAS. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA DEMONSTRADA. PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. **PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INOCÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE OFENSA**. RECURSO DESPROVIDO.

I. Não se vislumbra ilegalidade nas decisões que mantiveram a custódia

Acesso ao Sumário

cautelar do paciente, se demonstrada a necessidade da prisão, atendendo-se aos termos do art. 312 do CPP e da jurisprudência dominante, sendo que a gravidade do delito e a periculosidade do agente podem ser suficientes para motivar a segregação provisória como garantia da ordem pública. Precedentes.

II. Condições pessoais favoráveis do réu - como bons antecedentes, residência fixa e ocupação lícita, etc. - não são garantidoras de eventual direito à liberdade provisória, se a manutenção da custódia é recomendada por outros elementos dos autos.

III. **O Princípio Constitucional da Inocência não é incompatível com as custódias cautelares, não obstando a decretação da prisão antes do trânsito em julgado da decisão condenatória nas hipóteses previstas em lei.**

IV. Recurso desprovido.

(RHC 9888/SP – relator Min. Gilson Dipp – 5ª Turma do STJ – data da decisão: 19/09/2000). (**grifo do relator**).

Portanto, não há se falar em concessão da presente ordem de *habeas corpus*, uma vez que presentes os pressupostos que autorizam sua custódia cautelar.

Ante o exposto, pelo meu voto, **CONHEÇO** e **DENEGO** a ordem de *habeas corpus*.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2033441-16.2015.8.26.0000, da Comarca de Itapeva, em que são pacientes VANESSA FERNANDES RODRIGUES e ZACARIAS SILVERIO DE SIQUEIRA e Impetrante AKIRA KOZA PALMIERI.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a ordem. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.039)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN (Presidente), TRISTÃO RIBEIRO e SÉRGIO RIBAS.

São Paulo, 30 de abril de 2015.

JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: *Habeas Corpus*. Tráfico ilícito de drogas.

Impetração buscando o relaxamento da prisão em flagrante pela não apresentação imediata do preso a Magistrado, nos moldes do Pacto de San José da Costa Rica. Pleiteia ainda a revogação da prisão preventiva. Constrangimento ilegal não configurado. Ausência de previsão legal em lei federal determinando imediata apresentação do preso a Magistrado. Presença dos pressupostos da prisão processual previstos nos arts. 312 e 313, do CPP. Imprescindibilidade da custódia cautelar para a garantia da ordem pública. Ordem denegada.

VOTO

Ingressa o impetrante com a presente ordem de *habeas corpus* em favor dos pacientes, alegando que sofrem constrangimento ilegal em razão da manutenção da custódia cautelar.

Aduz que os paciente foram presos em flagrante delito no dia 20 de fevereiro p.p., por infração ao art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, eis que surpreendidos na pose de 16 porções de crack, pesando 5,74g e 03 porções de maconha, pesando 3,95g, convertida a prisão em flagrante em preventiva.

Aduz que era caso de se relaxar a prisão em flagrante pelo desrespeito às normas internacionais de direitos humanos, porque não houve apresentação imediata dos presos ao juiz.

Alega ausência de fundamentação idônea a sustentar a medida extrema, argumentando ainda não estarem presentes os requisitos autorizadores da custódia cautelar.

Ressalta que os pacientes possuem residência fixa e Zacarias é primário.

Pleiteia a concessão da ordem para que seja relaxada a prisão em flagrante ou ainda revogada a custódia cautelar dos pacientes.

Foi indeferida a medida liminar.

Vieram informações da i. autoridade impetrada.

A douta Procuradoria de Justiça é pela denegação da ordem.

É o relatório.

Consta dos autos que policiais civis realizaram campana nas proximidades da casa de uma conhecida traficante da cidade de Itaberá, Vanessa Fernandes Rodrigues. Visualizaram três pessoas entrando e saindo do interior da residência de Vanessa, uma de cada vez, sendo que decidiram por abordar a terceira, sendo encontradas 06 porções de crack. Ao ser indagada informou ser usuária de crack e que havia adquirido a droga de Vanessa.

Acesso ao Sumário

Os policiais dirigiram-se até a residência de Vanessa, sendo que esta tentou dispensar drogas na pia. Os policiais quebraram o cano e encontraram 16 porções de crack e três de maconha. Foi encontrada ainda a quantia de R$ 180,00, um aparelho celular.

Quanto à alegada nulidade do flagrante, esta não prospera visto que não ficou demonstrado efetivo prejuízo aos pacientes.

Aduz o impetrante que houve desrespeito às normas internacionais de direitos humanos, tendo em vista o disposto no artigo 9º, 3, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, incorporados pelo Decreto 592/92, que dispõe: "Qualquer pessoa presa ou encerrada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença. No mesmo sentido, a Convenção Americana de Direitos Humanos, incorporada pelo Decreto 678/92, prevê em seu artigo 7º, 5: "Direito à liberdade pessoal. 5. Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo".

Não obstante o Pacto de San Jose da Costa Rica assegure o direito à audiência de custódia, nosso Código de Processo Penal não a prevê especificamente, não se podendo falar em nulidade se não existe norma cogente nesse sentido.

O Pacto San Jose da Costa Rica entrou para a legislação brasileira através do Decreto nº 678/1992. O Brasil, inclusive, não aderiu aos arts. 43 e 48, alínea "d", fazendo expressa menção.

Acesso ao Sumário

Considerando que referido Decreto não ingressou para a legislação brasileira nos termos previstos pela Constituição Federal, em seu art. 5º, § 3º, onde ingressam como Emendas Constitucionais quando se tratar de matéria atinente a direitos humanos, desde que em cada Casa do Congresso Nacional tenha ocorrido em dois turnos sua aprovação, por 3/5 dos votos dos respectivos membros, anotando-se que referida modificação foi acrescida pela EC nº 45/2004, não tem aplicação à hipótese referido parágrafo.

Dessa forma, tendo ingressado como Decreto, na Pirâmide de Kelsen da hierarquia das leis, decreto se encontra na mesma posição que as leis ordinárias.

Se o Código de Processo Penal não previu apresentação imediata do

preso fisicamente ao juiz, referida apresentação não pode ser criada por ato do Conselho Nacional de Justiça ou do Tribunal de Justiça de São Paulo, já que se trata de matéria processual que só pode ser objeto de deliberação pelo Poder Legislativo Federal.

Sem qualquer razão, portanto, o argumento do impetrante de que estar-se-ia a frente a eventual nulidade pela não apresentação do preso ao juiz.

Na nossa legislação houve previsão expressa da comunicação do flagrante em 24 horas ao Magistrado e ao Ministério Público, bem como à Defensoria Pública em caso declinar o preso não possuir defensor.

Tendo recebido a cópia do auto de prisão em flagrante lavrado pela autoridade policial, que gera de imediato a constrição de liberdade, não existe qualquer irregularidade em se pretender que o preso de imediato seja apresentado à autoridade judiciária, já que todos os documentos e depoimentos atinentes à prisão passam a ser de pleno conhecimento do Poder Judiciário para que possa deliberar sobre a regularidade ou não do ato.

Pretender-se o contrário, por mais interessante que possa ser a proposta, cria situação não prevista em lei, não aplicada em todo território nacional como prevê a Constituição Federal em seu art. 22, onde coloca que:

"Compete privativamente à União legislar sobre:

*I – direito civil, comercial, **penal, processual**, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;"*

O procedimento adotado no presente caso e na nossa legislação se revela constitucional e atende aos ditames do referido Pacto, ainda que por outra forma prevista.

A prisão em flagrante foi convertida em preventiva, eis que presentes os indícios de autoria e a prova da existência do crime, sendo a custódia necessária para garantia da ordem pública.

Em que pese os argumentos da defesa, a materialidade está comprovada e há sérios indícios de autoria a justificar a persecução criminal e a custódia cautelar.

O delito é de natureza equiparada a hedionda o que inviabiliza a concessão de liberdade provisória.

É bem verdade que a Lei 11.464/2007 suprimiu do artigo 2º, inciso II, da Lei nº 8.072/90, a vedação da liberdade provisória para os crimes hediondos e equiparados. No entanto a Lei de drogas é especial em relação à Lei de Crimes Hediondos, persistindo, pois, a vedação para os casos mencionados no art. 44 da Lei 11.343/06.

In verbis:

"Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e parágrafo 1º, e 34 a

Acesso ao Sumário

37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos."

A Resolução nº 05/2012 do Senado Federal, retirou a eficácia da proibição da substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, prevista no art. 44, bem como no art. 33, § 4º, da mesma lei. Igualmente a proibição de liberdade provisória foi tida como inconstitucional pelo STF, em decisão de 10 de maio de 2012, em votação plenária do HC nº 104.339/SP, Relator Ministro Gilmar Mendes, onde por maioria de votos entendeu "incidenter tantum" que é inconstitucional a vedação de proibir a análise do Magistrado sobre os requisitos para mantença da custódia cautelar.

Não sendo Ação de Declaração de Inconstitucionalidade tal decisão não vale "erga omnes", mas só entre as partes ou até o reconhecimento da inconstitucionalidade por ADI ou a modificação do texto do artigo 44 da Lei de Drogas por Resolução do Senado.

Contudo os Tribunais Superiores tem estendido essa decisão.

Não obstante, no presente caso, não se vislumbra o preenchimento dos requisitos necessários à concessão de tal benesse.

A manutenção da custódia cautelar se baseia nas condições e quantidade de entorpecente apreendida, sendo que houve efetiva necessidade de garantia da ordem pública posto que, ao que tudo indica, se em liberdade os pacientes voltariam a infringi-la traficando.

Ademais o tráfico é flagelo mundial e quem o pratica em larga escala deve permanecer custodiado cautelarmente.

Presentes, pois, os requisitos do art. 312, do Código de Processo Penal, não se verificando qualquer ilegalidade a ser remediada.

Não obstante, é de se observar que com a vigência da Lei nº 12.403/11, é necessária a presença de pressupostos para aplicação da medida extrema, os quais se encontram devidamente preenchidos no presente caso, tais como prova da existência do crime, indícios sérios de autoria, nos termos do art. 312 e 313 do Código de Processo Penal.

Acesso ao Sumário

Ademais, não é o caso de aplicação das medidas cautelares eis que conforme o artigo 282, parágrafo 6º, do Código de Processo Penal, *"a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)."*

E tal se dá porque presentes ao menos um dos requisitos do artigo 312, parágrafo único, do Código de Processo Penal, o que faz com que a aplicação de medida cautelar diversa da prisão seja ineficaz ou inadequada, sendo caso de decreto da prisão preventiva, mormente quando se tratar de crime doloso punido com pena privativa superior a 04 (quatro) anos.

Dessa forma, a custódia cautelar é de ser mantida, máxime pela necessidade de garantia da ordem pública, profundamente afetada pelo crescente tráfico de drogas.

Ademais, o entendimento da jurisprudência é no sentido de que a primariedade, os bons antecedentes, o domicílio certo e a ocupação lícita, por si só, não são capazes de afastar a custódia cautelar, uma vez que ocorrida a prisão em flagrante e presentes os requisitos da prisão preventiva para garantir a ordem pública e a instrução processual.

Diante do exposto, não se vislumbra qualquer constrangimento ilegal a ser amparado no presente *writ.*

Isso posto, **denega-se a ordem.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2068814-11.2015.8.26.0000, da Comarca de Presidente Prudente, em que é paciente DOUGLAS RODRIGUES ANTUNES e Impetrante ANA CLÁUDIA RIBEIRO TAVARES.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Indeferiram liminarmente. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 168)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores AMARO THOMÉ (Presidente sem voto), IVANA DAVID e ROBERTO MORTARI.

São Paulo, 30 de abril de 2015.

ALBERTO ANDERSON FILHO, Relator

Ementa: *Habeas corpus* – Carência da ação – o impetrante deve demonstrar reunir as condições da ação, das quais se mostra, em verdade, carecedor – Impossibilidade jurídica do pedido – Constrangimento ilegal que não se constata sequer em tese – Falta de interesse de agir – Pretensão imediata do impetrante já acolhida pela autoridade indicada como coatora – Inadequada a via eleita – Pretensão mediata sequer deduzida em primeira instância – Remédio constitucional usado como substitutivo de meio procedimental adequado – Inadmissibilidade – Ilegitimidade passiva *ad causam*

Acesso ao Sumário

– É ilegítima a autoridade judiciária indicada como coatora para responder por ato supostamente arbitrário, consubstanciado em restrições atinentes à administração penitenciária – Indeferimento liminar.

VOTO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado por **Ana Cláudia Ribeiro Tavares**, advogada da FUNAP, em favor de **Douglas Rodrigues Antunes**, no qual afirma que há constrangimento ilegal praticado pelo Juízo da Vara das Execuções Criminais de Presidente Bernardes, em razão da manutenção do paciente em regime fechado enquanto aguarda o surgimento de vaga para o cumprimento de pena em regime semiaberto que já foi concedido.

É o relatório.

Em preliminar, não admito o *writ.*

Como é do conhecimento, o *habeas corpus* tem natureza jurídica de ação, e, por se tratar de ação, está sujeito às mesmas condições a que esta se subordina, ou seja: possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade *ad causam.*

1 – A pretensão é juridicamente impossível.

Com efeito, há a possibilidade jurídica do pedido quando houver violência ou coação *ilegal* ao direito de ir e vir, ou sua iminência.

De acordo com o que consta dos autos, e pelas informações constantes da inicial, não há coação ilegal iminente por parte da autoridade apontada como coatora.

Nos termos do art. 5º, inciso LXVIII, da Constituição da República:

"Conceder-se-á "habeas-corpus" sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder".

Da leitura do dispositivo de natureza jusfundamental que ampara a impetração do presente *writ*, tem-se que o legislador originário quis reservar remédio a situações excepcionais nas quais a arbitrariedade praticada pelo Estado constringem a garantia de liberdade ao indivíduo de forma *ilícita*, não havendo previsão de sua admissão a questionar liberdade de locomoção *lícita.*

Ocorre que "*às vezes determinado pedido não tem a menor condição de ser apreciado pelo Poder judiciário, porque já excluído a priori pelo ordenamento jurídico sem qualquer consideração das peculiaridades do caso concreto*"[1]. E esta é a exata hipótese dos autos.

Inexiste em desfavor do paciente qualquer constrição ou ameaça de

1 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 23ª ed. São Paulo: Editora Malhe iros, 2.007. P. 276.

Acesso ao Sumário

constrição à sua liberdade de locomoção exarada ao arrepio da Lei ou das liberdades individuais conferidas pela Constituição da República.

1.1 – De fato, a constrição da liberdade individual do paciente resulta, *in concreto*, de procedimento judicial de natureza penal instaurado, processado e julgado em estreita observância aos ditames contidos no art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal, do qual resultou a imposição da pena que ora se cumpre, em razão da prática de ilícito fragmentariamente desvalorado pelo ordenamento jurídico pátrio.

A constrição da liberdade do paciente, portanto, é *lícita*, vez que decretada em devido processo legal.

1.2 – Efetivamente, verifica-se que a justiça e legalidade da pena imposta ao paciente sequer é questionada pelo impetrante, que contra ela não se insurge.

Ao contrário, o pleito imediato do impetrante é que a pena seja cumprida, ainda que em instituição carcerária diversa da qual ele atualmente se encontra, não havendo pedido de que seja concedida liberdade ao paciente.

A insurgência contra os regimes em que se cumpre a pena não é matéria que se confunde, de plano, com o direito de locomoção líquido e certo de **Douglas Rodrigues Antunes**.

Trata-se, em verdade, de assunto a ser tratado em sede de execução da pena, não constituindo matéria própria deste remédio constitucional, o qual tem sido indevidamente alargado em seu objeto.

1.3 – Ainda que se entenda cabível adentrar, indiciariamente, no mérito da forma como tem sido cumprida a pena imposta ao paciente, a conclusão, de plano, pela inexistência de ilegalidade se mostra de rigor.

Com efeito, não é ilícita a determinação judicial no sentido de que se aguarde o surgimento de vaga em instituição penitenciária idônea ao cumprimento de pena em regime semiaberto.

A questão é tormentosa, principalmente por cuidar de conflito de interesses primários: de um lado, o direito do sentenciado de cumprir a pena nos estritos limites da condenação, observados os incidentes da execução, e, de outro, o direito da sociedade à segurança e proteção do Estado.

Em que pese os respeitáveis argumentos defendidos no sentido de que em situações como a presente, na qual não há vaga que permita a imediata remoção do paciente para regime mais benéfico, caiba: (a) imediato cumprimento de pena em regime aberto ou, contrariamente, (b) manutenção do apenado em regime fechado; entendo que **a análise deve ser feita sempre dentro dos parâmetros da razoabilidade**, de acordo com a situação concreta.

In casu, a pretensão deduzida decorre, não há negar, da deficiência da Administração Pública em atender a demanda por vagas nos estabelecimentos

Acesso ao Sumário

penitenciários do Estado.

Trata-se de mazela antiga que o Poder Executivo, por notórias razões, não logra solucionar a contento.

Contudo, tal situação, que se distancia daquilo que se tem por um funcionamento ideal do sistema carcerário, não se confunde com ilegalidade.

Muito embora seja dever do Estado prestar adequada custódia àquele que teve sua liberdade limitada por imposição de pena, a realidade da limitação de recursos dá azo ao surgimento, inevitavelmente, de listas de espera em instituições carcerárias adequadas ao cumprimento de pena em regime semiaberto.

Contudo, e respeitado entendimento em sentido contrário, tal situação, nada tem de teratológica, e não se traduz, necessariamente, em desvio de execução.

Trata-se de mera operacionalização daquilo que se tem de divergente entre o ser e o dever-ser, que não é, em absoluto, isenta de regramentos jurídicos, os quais devem ser estritamente observados, sob pena de aí sim, se dar azo a distorções indesejáveis.

Com efeito, a ciência do Direito não é alheia à escassez material à consecução de objetivos e concretização de imperativos fundamentais.

Para tais situações, as inevitáveis esperas ou situações jurídicas de eficácia fundamental suspensa por questões de ordem fático-material se resolvem pela observância dos preceitos da igualdade, seja ela formal ou material, e da razoabilidade.

1.3.1 – Nos termos do art. 5º, *caput*, da Constituição da República:

"Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]".

Por definição, a igualdade, se traduz na vedação de se conferir tratamento jurídico diferenciado a iguais ou no aforismo de se tratar desigualmente os desiguais na medida da sua desigualdade.[2]

Diante de uma realidade fática impõe aos apenados à privação de liberdade em semiaberto a necessidade de aguardar pelo surgimento de vaga em instituição penitenciária idônea ao cumprimento de sua pena, a concessão indiscriminada de ordem em *habeas corpus* determinando a sua imediata internação ou, ainda, o aguardo em regime aberto, implicaria em conferir àqueles que buscaram tutela jurisdicional tratamento distinto daqueles que aguardam a normal tramitação burocrática que a todos se impõe.

O efeito marginal de tais concessões são: (i) subverter ordem cronológica para internação de custodiados; (ii) conferir, sem lastro jurídico idôneo,

Acesso ao Sumário

2 BOBBIO, Norberto. *Igualdade e Liberdade*. Rio de Janeiro, 1997, p. 30-32.

tratamento prioritário a apenados que manusearam *habeas corpus*; e (iii) tornar mais morosa a espera pelo surgimento de vaga para aqueles que optaram por não se valer de via de exceção.

Como medida de justiça, ao deferimento da tutela pugnada neste remédio constitucional, indispensável seria conceder, *ex officio*, tutela para todos aqueles que aguardam o surgimento de vaga, vez que, de outra forma, estar-se-ia conferindo tratamento diferenciado a apenados que se encontram em idêntica situação jurídica.

1.3.2 – Ademais, não há desvio de execução a ser coibido de plano pelo simples fato de inexistir, imediatamente, vaga para que o apenado a cumpra a sua pena em regime semiaberto.

A sua manutenção em regime fechado, de *forma transitória*, não se traduz em violação a direito líquido e certo do apenado.

1.4 – Também não existe qualquer ilegalidade constatável de plano no simples fato de não haver ordem de que o paciente aguarde em regime aberto até o surgimento de vaga na mencionada instituição.

Ao passo em que há lapso temporal razoável entre o início do cumprimento de pena a presente data, ignora o paciente que a concretização de sua pretensão exige a atenção a providências judiciais e administrativas coordenadas até a sua transferência entre estabelecimentos prisionais.

Diante da notória complexidade do trâmite burocrático em questão, a pretensão do apenado não se traduz em direito líquido e certo, mas apenas uma expectativa de direito, uma vez que depende da concorrência de diversos fatores que não podem ser suplantados com o presente *writ.*

Neste sentido, a fixação do *"regime semiaberto corresponde a uma expectativa futura de direito, já que o cumprimento da pena em tal regime depende da existência de vaga em estabelecimento prisional adequado. Sendo assim, eventual ausência temporária de vaga implicará na manutenção do sentenciado no regime fechado, visto que não poderá passar ao aberto, sem passar pelo semiaberto"* (JUTACRIM 95/332).

Entendimento este que não se faz obsoleto, em que pese a divergência jurisprudencial. Com efeito, em recente julgamento, esta Colenda Corte, no HC n° 993.08.038487-8, decidiu que: *"Inexiste, assim, constrangimento ilegal sanável via habeas corpus, no fato do agente, [...] estar aguardando no regime fechado a remoção para estabelecimento onde possa cumprir pena na modalidade adequada, se tal providência já foi solicitada, dependendo das autoridades administrativas (RJDTACRIM 25/417). Realmente, na colidência entre supostos direitos de quem delinque e os direitos da sociedade, estes, por inalienáveis e certos, sobrepõem-se àqueles cujo sacrifício não vai além do temporário desconforto (RJDTACRIM 34/461)"* (13ª Câmara Criminal, Rel.

Acesso ao Sumário

Des. René Ricupero, julgado em 12.06.08, VU).

No mesmo sentido: TJSP, RT 666/299; HC nº 249.528-3 (Rel. Jarbas Mazzoni, 1ª Câm. Criminal); HC nº 259.877-3 (Rel. Sinésio de Souza, 4ª Câm. Criminal); HC nº 277.576-3 (Rel. Ângelo Galucci, 2ª Câmara Criminal).

Em suma, enquanto razoável o tempo que aguarda vaga no regime intermediário, contingência da inclusão do paciente no sistema penitenciário, inexiste constrangimento ilegal, por parte da autoridade impetrada, a sanar pela via eleita.

Constatada a inexistência, ainda que indiciária, de constrangimento ilegal, é juridicamente impossível o provimento da pretensão veiculada no presente feito.

Nesse sentido, confira-se:

Habeas Corpus Preventivo - Réu Solto - Prisão Temporária em Análise Por Juiz - Inexiste Constrangimento Ilegal - Impossibilidade Jurídica do Pedido - Não admissão. Relator (a): SANDRA DE SANTIS Julgamento: 12/11/2009 Órgão Julgador: 1ª Turma Criminal Publicação: 01/12/2009, DJ-e Pág. 112

HABEAS CORPUS PREVENTIVO - RÉU SOLTO - PRISÃO TEMPORÁRIA EM ANÁLISE POR JUIZ - INEXISTE CONSTRANGIMENTO ILEGAL - IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - NÃO- ADMISSÃO. I. O REMÉDIO CONSTITUCIONAL VISA A ANÁLISE DA ILEGALIDADE OU NÃO DO ATO CONSTRITIVO DA LIBERDADE DE IR E VIR. II. O MERO FATO DE SER PROCESSADO OU MESMO DE TER PEDIDO DE PRISÃO TEMPORÁRIA CONTRA SI SENDO ANALISADO EM JUÍZO NÃO CONFIGURA COAÇÃO ILEGAL, NEM MESMO EM TESE. EXISTE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. III. ORDEM NÃO-ADMITIDA. Acordão: NÃO ADMITIR A ORDEM. UNÂNIME (TJDF -HBC: HC 149884520098070000 DF 0014988-45.2009.807.0000).

2 – A par de tais considerações, que já justificam, de *per si*, o não conhecimento do presente feito, tem-se por carecedor o impetrante da ação, por falta de interesse de agir.

O interesse de agir tem por um de seus pressupostos a necessidade e a adequação do provimento.

2.1 – Conforme lecionam Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, *"repousa a necessidade da tutela jurisdicional na impossibilidade de obter a satisfação do alegado direito sem a intercessão do Estado ou porque a parte contrária se nega a satisfazê-lo, sendo vedado ao autor o uso da autotutela, ou porque a própria lei exige que determinados direitos só possam ser exercidos mediante prévia declaração*

judicial"[3].

In concreto, a obtenção do bem da vida pugnado, qual seja, o cumprimento da pena em regime semiaberto, já foi questão apreciada e decidida favoravelmente aos interesses do paciente na Primeira Instância.

Não há, neste particular, constrição indevida à liberdade de locomoção pela autoridade indicada como coatora a ser afastada por este Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Se entende o impetrante haver excesso na demora para o cumprimento do quanto determinado nos autos da execução criminal que tramitam em primeiro grau, deverá se atentar à correta indicação de autoridade coatora, pois a autoridade judicial de primeira instância exauriu, dentro de sua competência, as providências cabíveis ao atendimento do direito titulado pelo paciente.

É, pois, desnecessária à implementação do direito do paciente a declaração judicial da suposta arbitrariedade praticada pelo Douto Juízo de Primeiro Grau, o qual, aliás, converge para o atendimento do interesse ora pugnado.

2.2 – Também é inadequada a via procedimental eleita para que se discuta a possibilidade ou impossibilidade do paciente de aguardar o surgimento da vaga em instituição carcerária idônea.

Isso porque, à míngua de qualquer pedido em instância ordinária ou, ainda, de insurgência contra eventual decisão contrária aos interesses do paciente, visa o impetrante, agora, obter provimento jurisdicional não pugnado a tempo e modo.

Contudo, o *habeas corpus* não se presta à substituição de pedido não pugnado na origem – sob pena de se suprimir instância – ou, ainda, como substitutivo de recurso contra eventual provimento jurisdicional contrário à pretensão ora deduzida.

Neste sentido, confira-se:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ESPECIAL CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA NÃO CONHECIMENTO. "1. Com o intuito de homenagear o sistema criado pelo Poder Constituinte Originário para a impugnação das decisões judiciais, necessária a racionalização da utilização do habeas corpus, o qual não deve ser admitido para contestar decisão contra a qual exista previsão de recurso específico no ordenamento jurídico. [...]." (HC 247.252/PR, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 11/03/2014, DJe 25/03/2014)

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. EXECUÇÃO PENAL. INDULTO COMUTATIVO.

3 Teoria geral do processo São Paulo: RT, p. 277.

Acesso ao Sumário

DECRETOS N. 6.706/2008, 7.046/2009, 7.420/2010 E 7.648/2011. FALTA GRAVE. EFEITOS. MARCO INTERRUPTIVO DO LAPSO. AFERIÇÃO DESFAVORÁVEL DO MÉRITO DO APENADO FORA DO PRAZO RETROATIVO DISPOSTO NO DECRETO PRESIDENCIAL. IMPOSSIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA SEDIMENTADA DA CORTE (ERESP N. 1.176.486/SP). EXIGÊNCIA DE EXAME CRIMINOLÓGICO. HIPÓTESE LEGAL NÃO PREVISTA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. "1. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Corte Suprema, também passou a restringir as hipóteses de cabimento do habeas corpus, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso ou ação cabível, salvo nas hipóteses de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia jurídica, em que a ordem possa ser concedida de ofício. [...]." (HC 262.959/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 20/02/2014, DJe 07/03/2014)

Somente quando houver coação ilegal perceptível de plano, sem necessidade de exame mais profundo de provas, é que caberá o remédio heroico, caso contrário fugirá de sua alçada.

3 – Por fim, entendendo o impetrante haver constrição ilegal à liberdade de locomoção do paciente consubstanciada no excesso de prazo para a transferência do paciente para instituição carcerária adequada ao cumprimento da pena em regime semiaberto, deverá indicar corretamente a autoridade tida por coatora, vez que a sua pretensão se encerra em matéria de administração carcerária, e não de ilegalidade em provimento jurisdicional imputável à autoridade judicial que prolatou a r. decisão copiada nestes autos.

Portanto, não se conhece do feito, também, pela ilegitimidade passiva *ad causam.*

4 – Mesmo adotando como verdadeiros todos os fatos narrados no remédio constitucional – em respeito à teoria da asserção, aplicável ao processo penal –, verifico o não cabimento do *writ*, anotando-se que era ônus do impetrante demonstrar, de plano, reunir as condições da ação[4], das quais é absolutamente carecedor.

Ante o exposto, **INDEFIRO** liminarmente o *writ.*

4 Neste sentido, confira-se: Alexandre Freitas Câmara. *Lições de Direito Processual Civil*, vol. 1. Rio de janeiro: Freitas Bastos, 1998, pp. 124/125.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2043550-89.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é paciente MONIQUE FERNANDA SILVA e Impetrante CRISTINA VICTOR GARCIA.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "concederam parcialmente a ordem ora impetrada, para determinar a imediata remoção da paciente à unidade prisional dotada de creche, conforme preconiza o artigo 89 da LEP. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.722)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VICO MAÑAS (Presidente) e AMABLE LOPEZ SOTO.

São Paulo, 13 de maio de 2015.

PAULO ROSSI, Relator

Ementa: *HABEAS CORPUS* – Execução Penal – Pleiteia prisão domiciliar, nos termos art. 117 da LEP, para que possa amamentar o filho e, subsidiariamente, seja prorrogado o período de amamentação no interior da unidade prisional até que o menor complete 02 anos ou, ao menos, 01 ano e 06 meses de idade – IMPOSSIBILIDADE – A SAP dispõe de estrutura adequada para que a paciente permaneça amamentando seu filho em unidade prisional onde há creche, sem prejuízo do cumprimento da pena imposta, tornando despicienda a concessão da prisão domiciliar.

De outro lado, a paciente faz jus à transferência para estabelecimento prisional dotado de creche, para que possa ser prorrogado o período de amamentação e convivência entre mãe e filho, nos moldes do art. 89 da LEP.

Ordem parcialmente concedida.

VOTO

Vistos.

Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado em favor de Monique Fernanda da Silva, com pedido liminar, apontando o MM. Juiz da 2ª Vara das Execuções Criminais da Comarca da Capital como autoridade coatora, nos autos da

Acesso ao Sumário

execução penal n.º 818.203.

Aduz a impetrante que a paciente cumpre pena de 05 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado. Relata que a mesma é mãe de uma criança de 07 meses de idade, que se encontra no estabelecimento prisional, por estar em fase de amamentação.

Aduz que a paciente não possui nenhum parente disponível que possa assumir a guarda da criança, motivo pelo qual requereu fosse concedido prisão albergue domiciliar, evitando-se eventual destituição do poder familiar e, subsidiariamente, postulou a prorrogação do período de amamentação pelo prazo de 02 anos ou, ao menos, 01 ano e 06 meses, conforme norma do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária - CNPCP, artigo 2º da Resolução nº 4 de 15/07/2009. No entanto, o pleito foi indeferido, fato configura constrangimento ilegal (fls. 01/16).

Requer a concessão da ordem, para permitir que a paciente seja beneficiada com a prisão albergue domiciliar e, subsidiariamente, seja prorrogado o período de amamentação pelo prazo de 02 anos ou, ao menos, 01 ano e 06 meses.

Pedido liminar foi indeferido às fls. 31.

Prestadas informações pela digna autoridade, dita coatora (fls. 34/35), pronunciou-se a Douta Procuradoria Geral de Justiça, em r. parecer da lavra do Doutor Fernando Grella Vieira, pela denegação da ordem (fls. 46/53).

Este, em síntese, é o relatório.

Verifica-se, perante as informações prestadas pela autoridade judiciária em 23 de março de 2015, que a paciente foi condenada como incursa nas penas do artigo 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, ao cumprimento da pena de 05 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, com seu término previsto para 19/09/2019.

Em 20/01/2015, foi protocolizado pedido de benefício da prisão domiciliar para que a paciente pudesse cuidar e amamentar seu filho ou subsidiariamente, se estendesse o período de amamentação no interior da unidade prisional até que a criança complete 02 anos, ou, ao mesmo, pelo menos de 01 ano e 06 meses de idade.

Por decisão de 04/03/2015, o pedido foi indeferido, pois ainda não há lapso para progressão ao regime semiaberto, ressaltando-se que a progressão por salto é vedada no nosso ordenamento jurídico, porquanto viola o princípio da ressocialização da pena. As hipóteses de prisão domiciliar prevista no artigo 117 da LEP somente se aplicam na hipótese de regime aberto.

Informa ainda que a excepcional permanência de crianças maiores de 06 meses e menores de 07 anos na companhia da mãe encarcerada deve ocorrer, conforme artigo 89 da LEP, somente em caso de desamparo, o que não foi demonstrado.

Acesso ao Sumário

Por fim, informa que houve recurso da decisão, sendo o agravo remetido a este Tribunal de Justiça (fls. 34/35).

A ordem não comporta concessão em relação ao deferimento da prisão domiciliar.

A paciente encontra-se recolhida na Penitenciária Feminina de Santana desde 08/05/2014, ocasião em que estava grávida, dando à luz a um menino em 10/08/2014, conforme certidão de nascimento acostada às fls. 26.

O artigo 83, § 2º da Lei de Execução Penal dispõe que: *"Os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade."* **(Redação dada pela Lei nº 11.942, de 2009)**

Requer-se a concessão da prisão domiciliar em favor da paciente, para que ela possa dar continuidade à amamentação de seu rebento, mediante aplicação analógica do artigo 117 da LEP.

Com efeito, preconiza aludido dispositivo legal que: "*Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de: I condenado maior de 70 (setenta) anos; II condenado acometido de doença grave; III condenado com filho menor ou deficiente físico ou mental; IV condenada gestante*".

Referido dispositivo se aplica àqueles sentenciados que cumprem pena no regime aberto, o que não é o caso da paciente, que, como acima explicitado, cumpre pena em regime fechado pela prática de crime equiparado a hediondo, tratando-se, inclusive de reincidente específica.

Não se desconhece entendimento que possibilita a aplicação analógica do artigo 117 da LEP, em consonância com o princípio da dignidade humana, todavia, tal não é o caso dos autos.

O fato da paciente se encontrar na condição de lactante, por si só, não justifica o deferimento do pedido.

Oportuno consignar que a garantia prevista no artigo 5º, inciso L, da Constituição Federal, não significa que todas as lactantes tenham direito a cumprir pena em domicílio, mas, ao revés, pressupõe o recolhimento ao estabelecimento prisional.

Nesse passo, deve ser ressaltado que a Secretaria da Administração Penitenciária Estadual, ao revés do alegado pela impetrante, dispõe de estrutura adequada para que a paciente permaneça amamentando seu filho em unidade prisional onde há creche, sem prejuízo do cumprimento da pena imposta.

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

"I. A prisão domiciliar, em princípio, só é admitida se tratar de réu inserido no regime prisional aberto, ex vi art. 117 da Lei de Execução Penal.

Acesso ao Sumário

Precedentes do col. Supremo Tribunal Federal. II. Excepcionalmente, porém, tem a jurisprudência entendido ser possível a concessão do benefício, no caso de regime prisional diverso do aberto, em face de comprovada doença grave, se o tratamento médico necessário não puder ser ministrado no presídio em que se encontra o apenado. III. Todavia, no caso em exame, a paciente não padece de qualquer moléstia grave a ensejar, em caráter excepcional, a concessão do benefício. IV. A garantia inscrita no art. 5º, L, da Constituição da República não significa que todas as lactantes tenham direito a cumprir pena em domicílio, mas, ao contrário, pressupõe o recolhimento ao estabelecimento prisional público. V. Ademais, inexiste nos autos qualquer evidência de que, uma vez recolhida a paciente ao cárcere, o Estado não disponha de meios suficientes à concretização daquela garantia constitucional" (HC nº 20690/SP, rel. Min. Félix Fischer, 5ª Turma, DJ de 17/03/2003).

Não se pode olvidar que a Súmula nº 491 do Superior Tribunal de Justiça veda a progressão por salto, ou seja, a passagem direta do preso do regime fechado para o aberto, sem prévia passagem pelo regime semiaberto, *verbis:* "*É inadmissível a chamada progressão* ***per saltum*** *de regime prisional*".

De outro lado, a paciente faz jus à concessão da ordem, para que seja transferida a estabelecimento prisional dotado de creche, para que possa ser prorrogado o período de amamentação e convivência com o filho.

Prevê o artigo 89 da Lei de Execução Penal:

"Art. 89. Além dos requisitos referidos no art. 88, a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa. ***(Redação dada pela Lei nº 11.942, de 2009)****"*

Em comentário ao dispositivo legal supramencionado, preleciona Guilherme de Souza Nucci:

"a modificação introduzida pela Lei 11.942/2009 transformou em norma cogente o que, anteriormente, era apenas facultativo. Portanto, os presídios femininos ***devem*** *ter seção específica para abrigar a gestante ou parturiente, conforme os padrões de cuidados médicos necessários, previstos no art. 14, § 3º, da LEP. Outra imposição legal diz respeito à mantença de creche, no âmbito do estabelecimento penal, para acolher as crianças entre seis meses e seis anos, possibilitando-a permanecer sob os cuidados maternos, em fase tão delicada e importante de sua vida. Não há, pois, necessidade de se retirar a criança da mãe, colocando-a para adoção, quando não existirem familiares próximos, aptos a cuidar do recém-nascido. Após os sete anos, quando será incluída, obrigatoriamente, no ensino básico, continuando a mãe detida, outro encaminhamento social deverá ser feito. Espera-se, entretanto, ter*

Acesso ao Sumário

havido o cuidado indispensável da mãe, em relação ao seu filho, no período mais relevante. Estabeleceu-se a idade mínima de seis meses para ingressar na creche, visto que, até esse patamar, deverá ser amamentada (art. 83, § 2º da LEP), logo, ficará em outro setor, à disposição da mãe." (in Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. São Paulo: RT, 2010).

Estabelece o artigo 9º do Estatuto da Criança e do Adolescente: "*O Poder Público, as instituições e os empregadores propiciarão condições adequadas ao aleitamento materno, inclusive aos filhos de mães submetidas a medida privativa de liberdade*".

Sobre a importância do aleitamento materno:

"O desmame natural é o mais recomendado, por proporcionar transição mais tranquila, menos estressante para a mãe e a criança, preenchendo as necessidades fisiológicas, imunológicas e psicológicas da criança até ela estar madura para o desmame.

"O desmame abrupto deve ser desencorajado, pois, se a criança não está pronta, ela pode sentir-se rejeitada pela mãe, gerando insegurança e, muitas vezes, rebeldia. Na mãe, o desmame abrupto pode precipitar ingurgitamento mamário, estase do leite e mastite, além de tristeza ou depressão, e luto pela perda da amamentação ou por mudanças hormonais." (GIUGLIANI, Elsa Regina Justo. Aleitamento Materno: Aspectos Gerais. Disponível em: (Endereço eletrônico constante do texto original).

Nesse passo, ainda que eventualmente tenha chegado ao fim o período de aleitamento materno, o convívio com a genitora é considerado fundamental para o desenvolvimento da criança.

Ressalte-se que tem aplicação ao caso em testilha o princípio da proteção integral da infância e juventude e a absoluta prioridade que se deve conferir à efetivação de direitos das crianças e adolescentes, nos termos do que preconiza o artigo 227 da Constituição Federal.

Há que se ponderar que o filho da paciente também está sofrendo violações em seus direitos fundamentais, dentre eles, em especial, o direito à convivência familiar e o direito à alimentação este pressuposto dos direitos à vida e à saúde.

Ademais, conforme consignado pela ilustrada defesa, a paciente não conta com familiares ou amigos com quem possa deixar seu filho até que finde o cumprimento da pena privativa de liberdade, e eventual destituição do poder familiar geraria dano irreparável tanto à genitora quanto à criança, não se podendo perder de vista o princípio da proteção integral da infância e juventude, conforme preconiza o artigo 3º do ECA.

O Estatuto da Criança e do Adolescente também garante o direito à convivência familiar:

"Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do

Acesso ao Sumário

poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária."

Na hipótese, é patente a necessidade de que a criança seja mantida junto à genitora, já que eventual separação poderia acarretar danos indeléveis a ambas.

Com efeito, os direitos garantidos pela lei visam o bem estar da criança que se encontra nas condições ali previstas.

Ademais, a defensora impetrante consignou que a paciente não conta com familiares ou amigos com quem possa deixar seu filho até que finde o cumprimento da pena, evidenciando o desamparo, no sentido previsto na lei.

Dessa forma, a paciente tem direito à transferência para unidade prisional dotada de creche, o que lhe garantirá a assistência ao filho menor durante o período em que estiver em cumprimento de pena privativa de liberdade, conquanto o artigo 89 da LEP possibilita a manutenção da criança junto à mãe até os sete anos de idade.

Assim, restou prejudicada o pedido subsidiário, no tocante à prorrogação do período de amamentação, nos moldes requeridos pela defesa.

Ante o exposto, concede-se parcialmente a ordem ora impetrada, para determinar a imediata remoção da paciente à unidade prisional dotada de creche, conforme preconiza o artigo 89 da LEP.

Recursos em Sentido Estrito

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Em Sentido Estrito nº 0009457-87.2013.8.26.0297, da Comarca de Jales, em que é recorrente MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é recorrido JOCIEL SANTOS DE OLIVEIRA.

ACORDAM, em 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Após a manifestação do Exmo. Sr. Procurador de Justiça, Dr. Paulo Juricic, e sustentação oral do Dr. André de Paula Viana, negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.710)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME DE SOUZA NUCCI (Presidente) e OSNI PEREIRA.

São Paulo, 24 de março de 2015.

OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO, Relator

Ementa: Recurso em sentido estrito – Pronúncia (art. 121, *caput*, do Código Penal e artigo 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 10.826/03) – Recurso ministerial visando ao reconhecimento das qualificadoras do motivo fútil e do emprego de recurso que dificultou a defesa do ofendido – Inadmissibilidade. Correta a exclusão das qualificadoras. A atinente à motivação eis que, se analisados todos os fatos que deram ensejo ao crime, acabou a denúncia por pinçar frase isolada de testemunha para dizer ter sido esta, unicamente, a motivação do crime. Igualmente não se valeu o réu de recurso que dificultou a defesa da vítima, tendo em vista a precedente discussão, chegando a vítima a arremessar uma lata de cerveja em direção ao réu em revide ao empurrão que dela sofrera, sendo o primeiro disparo efetuado de frente. Inexistência, pois, de ataque covarde, às escondidas ou de forma traiçoeira. Recurso desprovido.

VOTO

1. Jociel Santos de Oliveira, vulgo "Dio" foi denunciado por infração ao artigo 121, § 2º, incisos II e IV do Código Penal, porque matou Fernando Marques de Carvalho, por motivo fútil e com emprego de recurso que dificultou sua defesa. A denúncia imputou a Jociel, também, o crime do artigo 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 10.826/03, eis que possuía arma de fogo, de uso permitido e com a numeração raspada, sem autorização.

Encerrada a fase de instrução, sobreveio sentença de pronúncia que, acolhendo parcialmente os fatos narrados na denúncia, determinou fosse o réu submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri por infração ao artigo 121, *caput*, do Código Penal e artigo 16, parágrafo único, IV, da Lei nº 10.826/03.

Recorre o Ministério Público objetivando a inclusão das qualificadoras imputadas na denúncia, sustentando a existência de elementos concretos no sentido de que o acusado agiu impelido por motivo fútil e mediante o emprego de recurso que dificultou a defesa da vítima.

Há contrarrazões, despacho de sustentação, manifestando-se a

Acesso ao Sumário

Procuradoria Geral de Justiça pelo provimento do recurso.

Este o relatório.

Extrai-se dos autos que na data dos fatos ocorria um leilão de animais na cidade de Dirce Reis, comarca de Jales. Durante o evento, próximo ao banheiro, surgiu uma briga entre Alex e Uilian com um tal de "Xexéu", pessoa de fora da cidade. A briga foi apartada por algumas pessoas, entre elas, o réu, que teria agarrado Uilian pelo pescoço e dado um tapa em seu rosto. A partir deste momento, Alex, que já era desafeto de Jociel por atribuir a ele sua demissão do emprego na fazenda onde ambos trabalharam, e Uilian, passaram a provocar Jociel, tendo Uilian se armado com um pedaço de pau. Testemunhas relataram que estes saíram da festa e chegaram a procurar Jociel em sua casa, bem como teriam ligado para Fernando (que é cunhado de Alex), o qual já tinha deixado o local, para que este voltasse, o que acabou ocorrendo, quando Uilian, então, contou-lhe que havia sido agredido por Jociel. Este, por sua vez, teria sido alertado por seu filho e outras pessoas que Alex e Uilian estavam lhe procurando. Foi para casa, armou-se, e voltou para o barracão onde ocorria o leilão. Quando lá chegou, deparou-se com Fernando. Segundo a denúncia, Jociel o abordou e disse: "*e daí Nandão, você estava me procurando?" Prossegue a inicial afirmando que "a vítima respondeu negativamente e em seguida indagou-lhe o motivo pelo qual havia agredido anteriormente a pessoa de Uilian, ocasião em que o denunciado deu um violento empurrão no ofendido e este lhe arremessou uma lata de cerveja. Na sequência, o denunciado sacou o revólver que trazia consigo sob as vestes e efetuou um disparo na direção da vítima, atingindo-a superficialmente na região interparietal. A vítima ainda tentou correr para evitar que fosse novamente atingida, mas o denunciado efetuou outros quatro disparos, dois dos quais a atingiram nas costas (região escapular esquerda e região dorso lombar direita) e foram a causa determinante de sua morte*".

E conclui a inicial: "*O crime foi praticado por motivo fútil, tendo em vista que o denunciado matou a vítima pelo simples fato de esta ter lhe perguntado o motivo pelo qual havia agarrado no pescoço da pessoa de Uilian. O denunciado empregou recurso que dificultou a defesa do ofendido, na medida em que dele se aproximou e depois de empurrá-lo sacou a arma de fogo e não permitiu que tivesse condições de esboçar reação aos disparos*".

Na sentença de pronúncia, o magistrado afastou as duas qualificadoras. Do motivo fútil por entender que pelo fato do réu haver sido "ameaçado", "maltratado" e "humilhado" o dia todo por Alex e Uilian, na presença da esposa e filho, e, mesmo que a vítima não tenha participado de tais atos, o contexto angustiante em que se encontrava o réu e a precedente discussão entre ambos, logo antes dos disparos, estaria a afastar a futilidade da motivação. Relativamente à segunda qualificadora, disse o magistrado que o acusado levou uma lata de cerveja no rosto e ainda estava na iminência de ser atacado pelo ofendido,

pessoa robusta e afeita a brigas, e nesse contexto, efetuou o disparo da arma de fogo, de frente e à vista de todos, não havendo que se falar de ataque covarde, às escondidas ou traiçoeiro, que impossibilitasse a defesa da vítima.

Pois bem.

Nada menos do que 14 testemunhas foram ouvidas no processo, 6 de acusação, 6 de defesa e 2 do juízo, além de interrogado o réu.

Dos relatos é possível extrair que o réu fora provocado por Alex e Uilian após aquele intervir na briga próximo ao banheiro, bem como o fato de Alex ser seu desafeto por desavenças anteriores. Alex era cunhado da vítima Fernando, sendo ambos amigos de Uilian. Alex e Uilian teriam ligado para Fernando retornar ao leilão, contando a ele sobre a agressão que Uilian sofrera do réu. Testemunhas relatam, ainda, que Fernando, pessoa de porte físico avantajado, era "briguento" e sempre "comprava" as brigas de Alex. O réu teria sido alertado pelo filho e por outras pessoas que Alex e Uilian estavam atrás dele. Segundo o próprio réu, viu que Fernando em determinado momento era contido por algumas pessoas, imaginando, assim, que Fernando aderira à conduta de Alex e Uilian e, portanto, também estaria no seu encalço. Tanto assim, que afirmou em juízo que ao voltar para o leilão, Fernando é que o chamou e disse: "que negócio é esse de você querer bater no meu cunhado", empurrando-o em seguida, tendo, então, dito que perdeu a cabeça e começou a disparar. Disse também o réu, que por diversas vezes, em datas anteriores, a vítima, sempre que bebia, o ameaçava.

Durante todo o evento até a hora do crime, a vítima em momento algum discutiu com o réu. Segundo testemunhas, não era deste desafeto. A testemunha Roseli disse que foi o réu quem abordou a vítima, perguntando-lhe se esta o estava procurando, ao que a vítima negou. Em seguida, a vítima perguntou sobre a agressão a Uilian, momento em que o réu o empurrou, tendo a vítima, então, jogado uma lata de cerveja contra o réu, que em seguida, sacou da arma e disparou. A vítima tentou correr, mais foi atingida por dois projéteis nas costas.

Correta a exclusão das qualificadoras.

A atinente à motivação fútil, uma vez que, analisando-se todo o contexto em que ocorreram os fatos, ficou evidente que o réu acabou disparando contra a vítima por imaginar que esta, juntamente com Alex e Uilian, que o provocaram durante todo o dia, chegando a procurá-lo na própria casa, também estaria no seu encalço para agredi-la. Em verdade, a denúncia acaba por pinçar isoladamente uma frase da testemunha Roseli, ou seja, a pergunta que a vítima teria dirigido ao réu durante a breve discussão, para dizer da futilidade da motivação.

A qualificadora do recurso que dificultou a defesa também não restou demonstrada, eis que houve precedente discussão, inclusive com empurrões, sendo que a vítima chegou a arremessar uma lata de cerveja em direção ao réu como revide, de forma que, como bem anotou o magistrado na sentença

Acesso ao Sumário

de pronúncia, não se caracterizou o ataque como covarde, às escondidas ou de forma traiçoeira a dificultar a defesa do ofendido, tanto que o primeiro disparo ocorreu de frente.

Sobre o tema, Guilherme de Souza Nucci anota:

"Note-se que todo ataque tem uma dose natural de surpresa, pois, do contrário, seria um autêntico duelo. Não se costuma cientificar a vítima de que ela será agredida, de forma que não é o simples fato de iniciar um ataque de súbito que faz nascer a qualificadora. É indispensável a prova de que o agente teve por propósito efetivamente surpreender a pessoa visada, enganando-a, impedindo-a de se defender ou, ao menos, dificultando-lhe a reação" (Código Penal Comentado, Ed. Forense, 14ª Edição, pag. 672).

Do exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Em Sentido Estrito nº 0000747-10.2014.8.26.0082, da Comarca de Boituva, em que é recorrente MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, são recorridos BISMARQUE JESUS SILVA e NELSON PEDROZO JUNIOR.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, com observação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto 26.627)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente sem voto), SOUZA NERY e ROBERTO MIDOLLA.

São Paulo, 9 de abril de 2015.

ROBERTO SOLIMENE, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Latrocínio qualificado pela morte desclassificado via decisão de pronúncia para crime de homicídio – Recurso ministerial para que a r. decisão seja anulada e que os autos retornem à origem para julgamento nos estritos limites do pedido inicial, crime de latrocínio – Versão do acusado, de suposto acerto de contas proveniente de desavença comercial precedente, não devidamente comprovada – Comparecimento dos acusados à moradia da vítima, com notícia de subtração de bens – Ofendido

que morre em razão da visita – Circunstâncias da execução admitidas por um dos corréus Hipótese de crime contra o patrimônio – Apelo provido com observação.

VOTO

Relatório

Consta que os ora apelados foram denunciados como incursos nas penas cominadas no art. 157, § 3º, segunda parte, do Cód. Penal c.c. arts. 61, II, alíneas "a", "c" e "d" do mesmo diploma legal, novamente em concurso, agora com o art. 1º, II da Lei 8.072/90, tudo porque os recorridos, supostamente, concertaram esforços para subtrair de Edgar Carolino de Jesus aparelho de som com 5 caixas, mais telefone celular, um mil reais em dinheiro, um dólar americano e documentos, tudo em acordo com a exordial de fls. 1d/3d.

Ao final, todavia, pela r. decisão de fls. 195/200, o MM. Juiz, firme no disposto nos arts. 383 e 413, § 1º, ambos do Cód. de Processo Penal, editou decisão de pronúncia contra os apelados, dando-os como incursos nas penas cominadas nos arts. 121, § 2º, III e 155, § 4º, III, todos do Cód. Penal para, naquelas circunstâncias, serem levados diante do Tribunal do Júri local.

Irresignado com o desfecho dado à causa, porém, o Dr. Promotor de Justiça recorreu em sentido estrito, não só para cassar aquela r. decisão, como, também, para que na origem o feito continuasse a ser julgado como crime contra o patrimônio e não crime contra a vida, em razão do contexto probatório coligido ao longo da instrução (f l s. 211/ 221) .

Recurso respondido pelos apelados (fls. 238/250 e 253/257), encontram-se nos autos a r. deliberação monocrática, confirmando a pronúncia (fl. 258), e também o r. parecer subscrito pela D. Procuradoria Geral de Justiça, este último pelo provimento (cf. fls. 262/271) .

É o relatório.

Voto n. 26.627

Acolho a irresignação ministerial para anular a r. decisão de pronúncia e devolver os autos à origem, para que ali o MM. Juiz de Direito, respeitado seu elevado convencimento, julgue a presente demanda criminal como crime contra o patrimônio.

Estabeleceu-se debate sobre ser, este, um delito contra a vida ou um crime contra o patrimônio. Na versão do réu Bismarque ele seria credor do ofendido porque teria dinheiro a receber em razão do suposto insucesso de negócio precedente que teria envolvido compra e venda de automóvel, quiçá tendo seus parentes como personagens.

Acesso ao Sumário

Esta transação antecedente – condição precípua para aceitação da versão daquele increpado – jamais ficou cabalmente comprovada, porque Nelson (o corréu) e a testemunha Rodrigo de Campos Pereira (fl. 156) deram conta do que ouviram e isso veio tão-somente do próprio corréu Bismarque.

Insisto: absolutamente nada foi imparcialmente coligido sobre a existência do crédito cobrado na ocasião da infração criminal – cf. palavras de Bismarque –, pretensamente satisfeito de modo voluntário pelo ofendido com a alegada espontânea dação em pagamento do aparelho de som (vide versão de fls. 161/162).

Nem se olvide que Bismarque, ademais, desde a fase policial, deu versões totalmente desencontradas, primeiro afirmando desconhecer absolutamente as circunstâncias da morte de Edgar Carolino de Jesus, afirmando ser seu amigo e omitindo qualquer desentendimento comercial anterior (fls. 12/13). Quatro dias depois, no entanto, ainda ao Dr. Delegado de Polícia, em razão do desdobramento das investigações, confessou os golpes de marreta contra a cabeça do ofendido, àquela altura surgindo, além de pretensa legítima defesa, a questão do crédito – supostamente cedido a ele por seu irmão Luís Carlos, que, de acordo com sua versão, se retirou para a Bahia (fls.17/18).

Em juízo, por sua única e exclusiva responsabilidade, a situação ficou ainda mais confusa, com a alegação do aumento do valor da obrigação e a espontânea (suposta) dação em pagamento mediante tradição de um aparelho de som feita pelo desafeto Edgar, que, quando cobrado acerca da inédita diferença, teria atirado contra o declarante uma marreta.

Data vênia, uma afilhada da vítima deu conta de que certa quantia em dinheiro sumiu da casa do padrinho, que, pouco antes, ainda em vida, afirmar a sua pretensão de se mudar de estado ou, então, comprar cabeças de gado. Por sinal aquela fonte disse que o tal aparelho de som tinha sido recentemente adquirido, que Edgar ainda o estava pagando e, pese referir desavença comercial anterior, negou sabença de quaisquer pendências em aberto (fl.154).

Em suma, as incongruências nas diversas manifestações do acusado Bismarque, que ainda desatendeu norma processual de distribuição do *onus probandi*, jamais fazendo prova cabal não apenas do seu alegado crédito, como também da eventual satisfação do mesmo pela entrega voluntária de equipamentos de som, comprometeu suas explicações de que, em meio ao entrevero, fez uso da marreta, originariamente nas mãos do desafeto, para dar cabo de sua vida em situação de pretensa excludente de culpabilidade.

Ao que a prova revelou, aquele acusado foi até o sítio dos acontecimentos para tomar bem que, anteriormente, já combinara com a testemunha Fábio Barros da Silva (fl. 158) seria deixado na residência deste, a pretexto de suposto desentendimento familiar com a esposa, "de quem estava se separando" (*verbis*),

Acesso ao Sumário

o que, da mesma maneira, nunca ficou demonstrado.

Ora, como a versão do acusado, legítima defesa em crime contra a vida, não ficou provada, o caso deve ser julgado como crime contra o patrimônio, exatamente como posto na denúncia ministerial. É que, superada a fase de dilação probatória pelos acusados, ou seja, encerrada a instrução, remanesceu evidenciado que, se os increpados agiram, não o fizeram para ceifar a vida de Edgar, mas para tomar-lhe bens, já que – como referido no voto – simplesmente inexiste indicador crível de que tudo se debitou a desavença pecuniária supostamente pendente, ainda não solucionada, e que seria da vítima a iniciativa do emprego da marreta, instrumento, ao final, usado para a sua própria execução.

Data vênia, comparecer cladestinamente à casa de alguém - que não comprova ser seu devedor -, saindo dali com pertences sacados *manu militar*i, ficando o seu titular morto dentro da própria residência, servindo-se o ofensor de mentiras prestadas às autoridades policiais e ocultando suas verdadeiras razões, não condiz com a pretensa versão de que o entrevero tinha em sua essência o *animus necandi*.

Caso, pois, de ver anulada a r. sentença, para que outra seja editada, em conformidade com o tipo originário, mantidas as custódias dos apelados porque ainda evidenciados os fundamentos para prisão preventiva.

Ante o exposto, com observação, dou provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Em Sentido Estrito nº 3009291-40.2013.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é recorrente MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é recorrido JEFERSON RICARDO OLIVEIRA.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento ao recurso Ministerial para afastar os efeitos do art. 366 do CPP, e decretararam, de ofício, a prescrição da pretensão punitiva de JEFERSON RICARDO OLIVEIRA, com fundamento no art. 30 da Lei n. 11.343/06, c.c. os arts. 107, IV e 115, ambos do CP e art. 61 do CPP. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. (Voto n. **5.961**)

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GRASSI NETO (Presidente), ALCIDES MALOSSI JUNIOR e MARCO ANTÔNIO COGAN.

São Paulo, 16 de abril de 2015.

Acesso ao Sumário

GRASSI NETO, Relator

Ementa: Recurso em Sentido Estrito – Crime de posse de entorpecentes para consumo pessoal – Acusado que se queda inerte diante de notificação para oferecimento de defesa prévia – Suspensão do processo nos termos do art. 366 do CPP não antecedida de recebimento da denúncia e de tentativa de citação – Inadmissibilidade – Agente menor de 21 anos ao tempo do crime – Fluência, da data do cometimento do crime até o presente momento, de lapso de tempo superior ao prazo prescricional obtido a partir do disposto no art. 30 da Lei n. 11.343/06 e no art. 115 do CP – Ocorrência da prescrição da pretensão punitiva – Matéria de ordem pública – Reconhecimento a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição.

A atual Lei de Entorpecentes, em seus arts. 55 a 58, prevê a notificação do acusado para oferecer defesa prévia, o recebimento da denúncia e, só então, sua citação. Ainda que o réu tenha se quedado inerte ao ser notificado por edital para ofertar suas alegações preliminares, eventual decisão suspendendo o processo com lastro no art. 366 do CPP sem que tenha sido recebida a denúncia e buscada sua efetiva citação é desprovida de qualquer validade. A decisão não produz, em tais situações, efeitos jurídicos, dentre os quais inclui-se a suspensão do lapso prescricional. Tendo havido a fluência, da data do cometimento do crime até o presente momento, de lapso de tempo superior ao prazo prescricional obtido a partir do disposto no art. 30 da Lei n. 11.343/06 e no art. 115 do CP, acaba sendo forçoso reconhecer-se a prescrição da pretensão punitiva do Estado, matéria de ordem pública, que pode ser decretada a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, e inclusive de ofício pelo Magistrado.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos,

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público

contra a r. decisão de fls. 116, da lavra do MM. Juiz Diniz Fernando Ferreira da Cruz, prolatada nos autos do processo-crime n. 823/13, em curso perante a 3ª Vara Criminal da Comarca de São José do Rio Preto, que suspendeu o feito nos termos do art. 366 do CPP, antes do oferecimento da defesa preliminar, da citação e do recebimento da denúncia, oferecida contra JEFERSON RICARDO OLIVEIRA, pela prática do crime previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/06.

O recorrente, em suma, pretende a observância do disposto no art. 55, §§, da Lei de Tóxicos, com a nomeação de um defensor dativo para a apresentação da defesa escrita e, posteriormente, uma vez recebida a denúncia, seja analisada a possibilidade ou não de suspensão do processo, com fundamento no art. 366 do CPP.

Processado e contra-arrazoado o recurso, a r. decisão impugnada foi mantida (fls. 131), tendo a D. Procuradoria Geral de Justiça se manifestado pela declaração, de ofício, da extinção da punibilidade do recorrido.

É o relatório.

Impende primeiramente consignar que o procedimento especial previsto na atual Lei de Entorpecentes, em seus arts. 55 a 58, prevê a notificação do acusado para oferecer defesa prévia, o recebimento da denúncia e, só então, sua citação.

O disposto no art. 366 do CPP, por sua vez, que impõe a suspensão do processo e do curso do prazo prescricional, para os casos em que o acusado, citado por edital, não comparece ao processo, tampouco constitui advogado, só tem aplicação depois de oferecida a denúncia.

Ocorre que o MM. Juiz *a quo*, lamentavelmente, veio a aplicar a suspensão do processo (fls. 116), com lastro no art. 366 do CPP, em momento processual inoportuno. Conquanto o Magistrado reconheça que a notificação por edital (fl. 106) realizada no presente caso – para que o acusado apresentasse defesa prévia – não tem natureza de citação, entendeu ele que o feito não poderia prosseguir com a apresentação de defesa preliminar por defensor nomeado, sem a presença do réu.

Conquanto o não atendimento a um primeiro chamado faça presumir que o acusado vá quedar-se novamente inerte diante da citação, é forçoso reconhecer que a notificação para apresentação de alegações preliminares, ainda que realizada por edital, não se equipara à citação da parte, e não tem o condão de fornecer lastro para a aplicação da regra do art. 366 do CPP.

Como bem consignado em sede de razões recursais, às fls. 121/122:

> "[...] Se o recorrido encontrava-se em local incerto e não sabido, aplicando-se analogicamente o disposto no artigo 366, do CPP, este deveria ser notificado por edital. Decorrido o prazo de 10 (dez) dias, deverá ser nomeado defensor dativo ao recorrido, para a apresentação de defesa

Acesso ao Sumário

escrita. Com a apresentação de defesa escrita, o magistrado receberá a denúncia, se presentes os requisitos legais, e após determinará a citação do recorrido por edital para comparecimento em audiência de instrução e julgamento. Somente após tais atos processuais, e na hipótese de não comparecimento do recorrido na audiência, é que se poderia suspender o processo e o curso do prazo prescricional, nos termos do art. 366, do CPP".

Pouco importa, pois, que o réu tenha se quedado inerte ao ser notificado por edital para ofertar a defesa prévia; fato é que suspensão do processo com lastro no art. 366 do CPP, antes do recebimento da denúncia, e sem que se tenha buscado sua efetiva citação, simplesmente não pode subsistir.

Observe-se que aludida decisão não produz, em tais situações, quaisquer efeitos jurídicos, dentre os quais está incluída a suspensão do lapso prescricional.

Tendo havido a fluência, da data do cometimento do crime até o presente momento, de lapso de tempo superior ao prazo prescricional legal, acaba sendo forçoso reconhecer-se a prescrição da pretensão punitiva do Estado, matéria de ordem pública, que pode ser decretada pelo Magistrado a qualquer tempo, em qualquer grau de jurisdição e, inclusive, de ofício.

Diante do exposto, e levando em consideração que, ao tempo do crime (19 de abril de 2013), Jeferson Ricardo Oliveira era menor de idade (cf. fls. 06 e 34/36), verifica-se ter ocorrido a prescrição da pretensão punitiva.

Em razão do princípio da especialidade, aplica-se, com efeito, o disposto no art. 30 da Lei n. 11.343/06 (prescrição de 02 anos), c.c. o art. 115 do CP (redução do prazo prescricional de metade), chegando-se ao prazo prescricional de 01 ano, que transcorreu da data dos fatos até o presente momento.

Ante o exposto, reportando-se aos fundamentos acima indicados, dá-se parcial provimento ao recurso Ministerial para afastar os efeitos do art. 366 do CPP, e decretar, de ofício, a prescrição da pretensão punitiva de JEFERSON RICARDO OLIVEIRA, com fundamento no art. 30 da Lei n. 11.343/06, c.c. os arts. 107, IV e 115, ambos do CP e art. 61 do CPP.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Em Sentido Estrito nº 0021816-10.2008.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é recorrente MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é recorrido FERNANDO ANDRÉ DE MENEZES.

ACORDAM, em 2ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Acolheram o pretendido pelo

Ministério Público. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.016)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores ALEX ZILENOVSKI (Presidente sem voto), J. MARTINS e FRANCISCO ORLANDO.

São Paulo, 11 de maio de 2015.

ALMEIDA SAMPAIO, Relator

Ementa: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – Suspensão condicional do processo – Possibilidade de revogação do benefício após o término do período de prova, ressalvado o entendimento pessoal – Precedentes do STJ e STF – Recurso provido.

VOTO

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito ajuizado pelo I. Representante do Ministério Público que atua perante a 19ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo contra a r. decisão de fls. 73, que declarou a extinção da punibilidade de ***Fernando André de Menezes***, nos termos do artigo 89, parágrafo 5º, da Lei 9.099/95, sob a justificativa de que o período de provas teve fim em 19.08.2011, sem revogação.

Alega o recorrente que deve ser revista esta decisão, consignando que o recorrido deixou de cumprir as condições da suspensão condicional do processo ao ser processado e condenado por crime durante a vigência do benefício. Por tal razão, pugna pelo provimento do recurso, para que seja revogado o *sursis* processual, com o consequente prosseguimento do feito, nos termos do art. 89, § 3º, da Lei 9.099/95.

Houve o regular processamento do recurso e a d. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo seu provimento.

Este é o relatório.

Segundo consta dos autos, o recorrido foi processado criminalmente por outro delito cometido durante o período de prova do *sursis* processual, o que se confirma às fls. 19 e 23/24 (2º Apenso), razão pela qual o recorrente postulou pela revogação.

A questão não é nova e recordo que, desde o extinto Tribunal de Alçada Criminal, havia divergência na jurisprudência em torno do tema. Filio-me ao entendimento de que o simples fato de o acusado responder a ação penal não é motivo para a revogação do benefício.

Recordo trechos de manifestações em torno do tema:

"Assim sendo, pelo meu voto, é restaurada a suspensão da ação penal,

Acesso ao Sumário

pois, não tendo ocorrido o trânsito em julgado da sentença condenatória, não poderia o acusado ver revogado aquele benefício, isto porque reputo que a disposição do artigo 89, da Lei 9.099, fere a Constituição Federal. O sistema legal, fixado pela Constituição, estabelece, como regra, a admissão de culpa tão-somente após a sentença transitada em julgado. Em razão desta determinação, a questão deixou de ser meramente especulativa e adquiriu contorno próprio decorrente do preceituado na norma constitucional.

Reconhece-se, desta maneira, que a presunção de inocência não se trata mais de preceito de conteúdo dogmático, mas decorrente da lei.

Partindo-se deste pressuposto, entendo que há violação constitucional quando se revoga a aplicação da suspensão fundada tão-somente na existência de ação penal. O acusado não pode ser tratado como "condenado" ou possuir, por esta circunstância, genericamente incompatibilidade com a aplicação do dispositivo legal. Não se presume que o réu não faz jus ao benefício. É impostergável que se demonstre, de maneira segura, esta causa."

Afirmo ainda:

"Por sua vez, a Declaração dos Direitos do Homem, conforta o acima estabelecido, uma vez que é clara ao estipular que não há possibilidade de uma pessoa ser considerada culpada sem que exista um julgamento público, que lhe assegure todas as garantias de defesa[1]*. Sendo o Brasil um dos signatários deste diploma legal, é consequência lógica que não há condições de ser admitida como válida estipulação legal que impede a um acusado acesso ao instituto mais benéfico, fundamentado, exclusivamente, no fato de ele responder a uma ação penal".*

No entanto, apesar de continuar a comungar deste entendimento, sou obrigado a admitir que o E. Superior Tribunal de Justiça tem afirmado o contrário.

> "HABEAS CORPUS. RECEPTAÇÃO DOLOSA. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. PRÁTICA DE CRIME NO PERÍODO DE PROVA. REVOGAÇÃO AUTOMÁTICA DO BENEFÍCIO. PRÉVIA OITIVA DO RÉU. PRESCINDIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 1. Consoante pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a suspensão condicional do processo é automaticamente revogada se, no período de prova, o réu vem a ser processado pela prática de novo crime, em obediência ao art. 89, § 3º, da Lei 9.099/95 - norma de caráter excepcional -, de forma que deixa de ser merecedor do benefício para ser normalmente processado com todas as garantias pertinentes. 2. A natureza excepcional do benefício demanda do réu a observância de determinados encargos, aos quais voluntariamente concorda em se submeter, cujo descumprimento por cometimento de

Acesso ao Sumário

1 "Artigo XI – Toda a pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente, até que a sua culpa tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa".

novo crime impõe, por resposta obrigatória do juiz, imediata e automática revogação que não se condiciona à prévia oitiva do beneficiado. 3. Se o réu não corresponde às expectativas durante o período de prova, não faz jus à suspensão do processo, representando a prática de novo crime a demonstração cabal e suficiente de que o prosseguimento do feito com a eventual imposição de reprimenda é resposta penal adequada ao seu caso."[2].

"HABEAS CORPUS. FURTO. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. BENEFICIÁRIO PROCESSADO POR OUTRO CRIME NO PERÍODO DE PROVA. REVOGAÇÃO DO BENEFÍCIO QUE SE IMPÕE, POUCO IMPORTANDO A ULTERIOR ABSOLVIÇÃO DO PACIENTE. PRECEDENTES DO STJ. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA. 1. Uma vez constatado o envolvimento do beneficiário do sursis processual em outro delito, de rigor a revogação do benefício, sob pena de infringência ao disposto no § 3º do art. 89 da Lei 9.099/90 caso o Magistrado autorize o prosseguimento da suspensão. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. 2. Parecer do MPF pela denegação da ordem. 3. Ordem denegada"[3].

Por sua vez, o Colendo Supremo Tribunal Federal assim decidiu:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO TRÂNSITO EM JULGADO. ACÓRDÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL JUSTIÇA ANTERIOR À DECISÃO ORA QUESTIONADA. INEXISTÊNCIA. POSSIBILIDADE DE REVOGAÇÃO DO BENEFÍCIO APÓS O TÉRMINO DO PERÍODO DE PROVA. PRECEDENTES DO STF. ORDEM DENEGADA. (...)III – Esta Corte já firmou entendimento no sentido de que o benefício da suspensão condicional do processo pode ser revogado após o período de prova, desde que os fatos que ensejaram a revogação tenham ocorrido antes do término deste período. IV – Sobrevindo o descumprimento das condições impostas durante o período de suspensão, deve ser revogado o benefício, mesmo após o término do prazo fixado pelo juiz. V – Habeas corpus denegado (HC 103.706/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe 30.11.2010).

"EMENTA: Suspensão condicional do processo – Revogação - 1. Nos termos do art. 89 da L. 9.099/9 - cuja constitucionalidade foi reconhecida pelo plenário, em 16.12.99, no RHC 79.460, Nelson Jobim, DJ 18.5.01 - não cabe a suspensão condicional do processo quando o acusado esteja sendo processado ou já tiver sido condenado por outro crime. 2. Não satisfeito o "pressuposto negativo" imposto pela própria lei, pode ser revogado o benefício por decisão proferida após o período de prova, embora haja de fundar-se em fatos ocorridos até o termo final

Acesso ao Sumário

2 HC 146250/RJ - HABEAS CORPUS - 2009/0171239-8- Ministro Jorge Mussi

3 HC 111977/SP - HABEAS CORPUS - 2008/0166368-3- Ministro Napoleão Nunes Maia Filho

dele: precedente (HC 80.747, Pertence, DJ 19.10.2001)"[4].

Desta exposição o que se conclui é que o meu entendimento não é acolhido pela jurisprudência dominante.

Constatada esta assertiva, creio que infelizmente não resta outra alternativa senão sua aplicação. De fato, apesar de acreditar no que venho aludindo, não é correto estabelecer a insegurança jurídica com base em circunstância que, a toda evidência, não será admitida.

Até para o acusado é melhor, pois terá solucionado de vez sua situação processual, uma vez que, caso se adote a primeira opção, haverá recurso aos Tribunais Superiores, o que causará indefinição, que deve ser evitada.

Isto posto, ressalvado o meu entendimento, acolhe-se o pretendido pelo Ministério Público.

Revisões Criminais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 0196986-73.2013.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que é peticionário FABIO EDVALDO GENAIN.

ACORDAM, em 6º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deferiram a revisão criminal proposta por Fabio Edvaldo Genain, para anular o feito a partir das alegações finais em Primeira Instância, oportunizando-se a apresentação de memoriais ao peticionário, com a determinação de nomeação de defensor dativo, em caso de inércia. Expeça-se alvará de soltura clausulado. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.950)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores SALLES ABREU (Presidente), PAIVA COUTINHO, PAULO ROSSI, AMABLE LOPEZ SOTO, VICO MAÑAS, JOÃO MORENGHI, ANGÉLICA DE ALMEIDA, GUILHERME G.STRENGER, MARIA TEREZA DO AMARAL e XAVIER DE SOUZA.

São Paulo, 15 de abril de 2015.

SALLES ABREU, Relator

Acesso ao Sumário

4 HC 85106/SP – Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – j. 14/12/2004 – Primeira Turma.

Ementa:

"Revisão Criminal – Tráfico ilícito de entorpecentes (art. 33, 'caput', da Lei nº 11.343/06) – Condenação em Primeiro Grau – Apelo defensivo parcialmente provido para reduzir a reprimenda imposta ao peticionário – Nulidade do processo frente a não apresentação de alegações finais em Primeira Instância – Acolhimento – A ausência de memoriais em benefício do acusado caracteriza cerceamento de defesa – Afronta ao contraditório e à ampla defesa – Precedentes dos Tribunais Superiores – Prejuízo demonstrado – Imperiosa anulação do feito desde a fase de alegações finais em Primeiro Grau – Determinação de expedição de alvará de soltura em benefício do peticionário – Ação revisional deferida."

VOTO

Trata-se de revisão criminal proposta por **Fabio Edvaldo Genain** contra o v. Acórdão de fls. 330/335 dos autos apensados, que rejeitou as preliminares aventadas e, no mérito, deu parcial provimento ao recurso do peticionário, para reduzir a reprimenda a ele imposta ao patamar de **05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão**, no regime inicial fechado, e pagamento de **583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa**, no piso, por infração ao artigo 33, "caput", da Lei nº 11.343/06. Ainda, negou-se provimento ao apelo do corréu Antonio Henrique Santos, mantendo sua condenação ao cumprimento da pena de **05 (cinco) anos de reclusão**, no regime inicial fechado, e pagamento de **500 (quinhentos) dias-multa**, no mínimo valor unitário, por incurso no artigo 33, "caput", da Lei nº 11.343/06. Inconformado, o peticionário move a presente ação revisional aduzindo a nulidade do processo por ausência de apresentação de memoriais em Primeira Instância. Também, por falta de intimação de seu patrono para a sessão de julgamento do recurso de apelação. Afastadas tais nulidades, busca a absolvição por ausência de materialidade, uma vez que a perícia somente foi realizada em parte dos entorpecentes apreendidos. Alternativamente, pleiteia a absolvição por fragilidade de provas. De forma subsidiária, pugna pela aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, bem como pela modificação do regime inicial de cumprimento de pena (fls. 16/38).

A ação foi bem processada, com parecer da d. Procuradoria de Justiça, que opina pela rejeição das nulidades aventadas e pelo indeferimento do pedido revisional (fls. 40/43).

Este, em apertada síntese, é o relatório, acrescido ao do v. Acórdão

Acesso ao Sumário

proferido pelos Desembargadores Alex Zilenovski (Relator), Ivo de Almeida (Revisor) e Antonio Luiz Pires Neto (3º Juiz), oriundos da 2ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Merece acolhimento a nulidade ventilada pelo peticionário. Senão vejamos.

Compulsando os autos, nota-se que, em Primeiro Grau, foi nomeado um advogado dativo tanto a Fabio quanto ao corréu Antonio (fls. 101).

O i. causídico, dr. Manuel Flavio Tozi Coelho, apresentou, em favor de ambos, defesa prévia (fls. 128/132) na qual requereu a rejeição da denúncia.

O pedido foi indeferido, com o recebimento da exordial acusatória e designação de data para audiência de instrução e julgamento.

Ato contínuo, apresentou-se, em audiência, o dr. José Luis Corrêa Menezes, que a despeito de não ter procuração nos autos, compareceu como advogado constituído do ora peticionário.

Na oportunidade, o órgão do "parquet apresentou memoriais oralmente, requerendo, ao final, a conversão do julgamento em diligência para a juntada de certidões que comprovassem a reincidência dos réus. O defensor dativo de Antonio também apresentou alegações finais orais, enquanto o advogado do peticionário pleiteou a apresentação de memoriais escritos.

O i. sentenciante acatou o pedido ministerial, solicitando as certidões mencionadas, deferindo prazo para apresentação de alegações finais escritas ao defensor de Fabio (fls. 172/174).

Após a juntada dos documentos em questão, o Ministério Público tomou ciência e reiterou os memoriais ofertados em audiência (fls. 195). Intimou-se o d. defensor dativo de Antonio para que se manifestasse sobre as certidões (fls. 180), o qual apresentou alegações finais escritas (fls. 192/194) em favor, apenas e tão-somente, de Antonio. Em contrapartida, não houve intimação do advogado do peticionário.

Não se furta ao fato de que, até este momento, sequer havia procuração do dr. José Luis nos autos. Ocorre que deveria o d. magistrado ter intimado Fabio para que constituísse novo defensor ou ao menos determinasse a apresentação de procuração pelo causídico, possibilitando sua defesa. Inerte o réu, deveria designar defensor dativo para atuar nos interesses do peticionário.

Acesso ao Sumário

Porém, não é o que se verifica.

Nota-se que tanto o "parquet", quanto a defesa de Antonio se manifestaram sobre as provas colhidas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa em juízo, entretanto, a Fabio foi subtraída esta oportunidade.

Com a devida vênia ao entendimento exarado pela C. 2ª Câmara de Direito Criminal deste E. Tribunal de Justiça, parece nítido o prejuízo experimentado

pelo peticionário, caracterizado o cerceamento de defesa.

Extrai-se que, em razões de apelação, houve insurgência quanto à referida nulidade, de maneira que não se cogita de preclusão (fls. 250/253).

Fabio foi julgado em Primeiro Grau sem que tivesse qualquer tipo de defesa técnica, não tendo havido manifestação acerca das provas amealhadas na segunda etapa da persecução penal, ausentes teses defensivas em seu benefício, sendo julgado a esmo, caracterizado o prejuízo necessário à anulação, nos termos do artigo 563 do Código de Processo Penal.

Por oportuno, convém elucidar que a ampla defesa se divide em autodefesa e defesa técnica, caracterizada esta última como aquela que somente pode ser ofertada por advogado devidamente inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil ou membro da Defensoria Pública, tratando-se de direito irrenunciável do acusado. No caso em tela, não houve defesa técnica em benefício de Fabio antes de seu julgamento em Primeiro Grau, ofendendo-se a ampla defesa, garantida constitucionalmente no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

Sobre o assunto, confira entendimento do Supremo Tribunal Federal:

"EMENTA: AÇÃO PENAL. Processo. Defesa. Alegações finais. Não apresentação pelo patrono constituído. Intimação prévia regular. Nomeação de defensor dativo ou público para suprir a falta. Medida não providenciada pelo juízo. Julgamento subseqüente da causa. Condenação do réu. Inadmissibilidade. Cerceamento de defesa caracterizado. Violação do devido processo legal. Nulidade processual absoluta. Pronúncia. HC concedido, em parte, para esse fim. Precedentes. Interpretação dos arts. 5º, LIV e LV, da CF, e 261, 499, 500 e 564 do CPP. Padece de nulidade absoluta o processo penal em que, devidamente intimado, o advogado constituído do réu deixa de apresentar alegações finais, sem que o juízo, antes de proferir sentença condenatória, lhe haja designado defensor dativo ou público para suprir a falta." (HC 92680/SP, Relator: Min. Cezar Peluso, Julgamento: 11/03/2008, Órgão Julgador: Segunda Turma)

"EMENTA: HABEAS CORPUS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. ADVOGADO CONSTITUÍDO: FALTA DE APRESENTAÇÃO DAS ALEGAÇÕES FINAIS DEFENSIVAS. AUSÊNCIA DE NOMEAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. CONDENAÇÃO DO PACIENTE, EM SEDE DE APELAÇÃO. PREJUÍZO. NULIDADE DO PROCESSO-CRIME A PARTIR DAS ALEGAÇÕES FINAIS. *1. As alegações finais defensivas constituem peça essencial do processo-crime. A falta de nomeação de Defensor Dativo para a respectiva apresentação acarretou evidente prejuízo ao acusado, ainda que absolvido em Primeiro Grau. Prejuízo que se constata, de plano, dado que o réu acabou condenado à pena de 03 (três) anos de reclusão, ante o provimento da apelação ministerial pública perante*

Acesso ao Sumário

o Tribunal de Justiça da Paraíba. 2. A simples apresentação de contra-razões ao recurso de apelação acusatório não tem a força de substituir, à altura, a relevante fase procedimental das alegações finais defensivas. Precedente específico: HC 73.227, da relatoria do ministro Maurício Corrêa. 3. Habeas corpus concedido, com a expedição de alvará de soltura do paciente, se por outro motivo não tiver que permanecer preso." (HC 94168/PB, Relator: Min. Carlos Britto, Julgamento: 05/08/2008, Órgão Julgador: Primeira Turma)

E ainda, do C. Superior Tribunal de Justiça:

"HABEAS CORPUS. PENAL. CRIMES MILITARES. ROUBO QUALIFICADO E EXTORSÃO SIMPLES. AUSÊNCIA DE OFERECIMENTO DE ALEGAÇÕES FINAIS. NULIDADE. PRECEDENTES. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA. RAZÕES MINISTERIAIS QUE NÃO VINCULAM O ÓRGÃO JULGADOR. PRINCÍPIO DA LIVRE CONVICÇÃO MOTIVADA. NULIDADE DA SENTENÇA E DEMAIS ASPECTOS RELATIVOS À CONDENAÇÃO. INVALIDADE ANTERIOR QUE FULMINOU OS ATOS PROCESSUAIS SUBSEQUENTES. PREJUDICIALIDADE DE TAIS ALEGAÇÕES. INSUBSISTÊNCIA DOS MOTIVOS QUE ENSEJARAM A EXECUÇÃO DA PENA. EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ DE SOLTURA. ORDEM PARCIALMENTE PREJUDICADA E, NO RESTANTE, CONCEDIDA. ***1. A apresentação das alegações finais é imprescindível ao término da ação penal, sendo que o não oferecimento compromete a ampla defesa e o próprio contraditório. Precedentes.*** *2. A pretensão absolutória não merece prosperar, pelo simples motivo de que as razões ministeriais não tem o condão de vincular o órgão julgador, o qual, aliás, como consabido, possui a atuação pautada no princípio da livre convicção motivada. 3. A nulidade da instrução criminal, a partir da antiga fase das alegações finais, prejudicou a tese relativa à nulidade da sentença e dos demais aspectos concernentes à condenação, uma vez que todos os atos processuais subsequentes foram invalidados, inclusive, o édito condenatório. 4. Não subsistem os motivos para a manutenção da prisão decorrente de condenação declarada nula, sendo o caso de imediata determinação de expedição de alvará de soltura em prol do Paciente. 5. Ordem parcialmente prejudicada e, no restante, concedida para, tão-somente em relação ao Paciente, anular a instrução criminal, a partir das alegações finais, oportunizando-se a Defesa a apresentação da peça processual e, caso assim não proceda, seja nomeado defensor dativo, com determinação, ainda, de imediata expedição de alvará de soltura em prol do Paciente*." (HC 191619/RN, Relatora: Min. Laurita Vaz, Órgão Julgador: Quinta Turma, Data do Julgamento: 14/02/2012)

Pelo exposto, de rigor o acolhimento da nulidade suscitada pelo peticionário, com a anulação do feito desde a fase de alegações finais, em Primeiro Grau, para que seja oportunizada a Fábio a apresentação de memoriais.

Acesso ao Sumário

No caso de sua inércia, imperioso que lhe seja nomeado defensor dativo para que o faça.

Por derradeiro, não há qualquer razão para que o peticionário aguarde preso o novo trâmite processual, pois, em consequência da nulidade reconhecida, de rigor a prolação de nova sentença, de maneira que não mais há condenação, sendo de rigor a expedição de alvará de soltura clausulado, em razão do excesso de prazo.

O decidido não é estendido ao corréu, Antonio Henrique, porque defendido por defensor nomeado.

Isto posto, pelo meu voto, **defere-se a revisão criminal** proposta por **Fabio Edvaldo Genain**, para anular o feito a partir das alegações finais em Primeira Instância, oportunizando-se a apresentação de memoriais ao peticionário, com a determinação de nomeação de defensor dativo, em caso de inércia. Expeça-se alvará de soltura clausulado.

Acesso ao Sumário

ÓRGÃO ESPECIAL

Ações Diretas de Inconstitucionalidade

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2013860-15.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE DRACENA, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE DRACENA.

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 21.009)**

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, EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, LUIZ AMBRA e FRANCISCO CASCONI.

São Paulo, 8 de abril de 2015.

PAULO DIMAS MASCARETTI, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Artigo 1º da Lei Municipal nº 4.395, de 26 de dezembro de 2014, com a redação que lhe conferiu a Emenda Modificativa nº 01, de 18 de dezembro de 2014, do Município de Dracena, que estendeu aos "inativos do Fapen" o abono previsto no projeto de lei apresentado pelo Executivo – Legislação que versa questão atinente à remuneração do funcionalismo local, afeta à competência privativa do Chefe do Poder Executivo local – Alteração imposta pelo Legislativo que extrapolou o poder de emendar, pois aumentou o universo de beneficiados inicialmente previsto pelo

Acesso ao Sumário

Prefeito local, além de implicar em nítido aumento da despesa destinada à execução da previsão legal – Vícios de inconstitucionalidade aduzidos na exordial que, destarte, ficaram evidenciados na espécie, por afronta aos preceitos contidos nos artigos 5º, 24, § 2º, "4" e § 5º, "1", e 144, todos da Constituição do Estado de São Paulo – Precedentes desta Corte – Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente.

VOTO

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Prefeito de Dracena em face do artigo 1º da Lei Municipal nº 4.395, de 26 de dezembro de 2014, com a redação que lhe conferiu a Emenda Modificativa nº 01, de 18 de dezembro de 2014, de iniciativa parlamentar, promulgada pela Presidência da Câmara dos Vereadores, que prevê a extensão do abono concedido aos servidores da Prefeitura aos servidores inativos do Fapen (Fundo de Aposentadoria e Pensões).

Alega o autor, em apertada síntese, que, ao estender aos "inativos do Fapen" o abono previsto no projeto apresentado pelo Executivo, a alteração imposta no artigo questionado pela Emenda Modificativa nº 01/2014 inovou em matéria legislativa de iniciativa exclusiva do Prefeito, além de criar aumento de despesas, em afronta aos artigos 76 e 86 do Regimento Interno da Câmara Municipal, ao artigo 38, parágrafo único, da Lei Orgânica do Município de Dracena, ao artigo 5º da Constituição Estadual e ao artigo 2º da Constituição Federal.

Deferida a medida liminar postulada (v. fls. 166/167), a Procuradoria Geral do Estado foi citada para a demanda, afirmando seu desinteresse em realizar a defesa da lei (v. fls. 180/182).

A Presidência da Câmara Municipal de Dracena prestou as informações requisitadas (v. fls. 171/177).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência da ação (v. fls. 184/193).

É o relatório.

Cumpre, de início, destacar que o exame da procedência do pedido inicial deve ficar restrito à hipótese de eventual desconsideração de preceito da Constituição Estadual, descabendo o manejo da ação direta de inconstitucionalidade sob alegada ofensa a preceito do Regimento Interno da Câmara Municipal, da Lei Orgânica local ou ao próprio Mandamento Constitucional Federal, por aplicação da norma do artigo 90, *caput*, da Carta Bandeirante.

Acesso ao Sumário

A presente ação foi vertida em face do artigo 1º da Lei Municipal nº 4.395, de 26 de dezembro de 2014, com a redação que lhe conferiu a Emenda Modificativa nº 01, de 18 de dezembro de 2014, que dispõe, *in verbis*:

> "Art. 1º. Fica a Prefeitura autorizada a conceder, no exercício de 2014, aos servidores ativos, estatutários, celetistas, em comissão, em função-atividade, contratados por tempo determinado e inativos do Fapen, um abono no valor de R$ 200,00".

Como se vê, a matéria tratada na legislação aqui impugnada está realmente inserida dentre aquelas sujeitas à iniciativa reservada do Prefeito Municipal, em relação às quais não é dado ao Poder Legislativo local imiscuir-se, consoante prescreve o artigo 24, § 2º, "4", da Constituição do Estado de São Paulo[1], previsão constitucional inteiramente aplicável no âmbito dos Municípios, por força da regra contida no art. 144 da mesma Carta Estadual[2], dirigindo-se, portanto, igualmente ao Chefe do Poder Executivo local.

No caso vertente, o ato normativo impugnado dispõe sobre a remuneração dos servidores públicos municipais, razão pela qual teve sua regular iniciativa a partir de proposta do Chefe do Poder Executivo; no entanto, durante o processo legislativo, o projeto de lei original teve a redação de seu artigo 1º alterada na Câmara de Vereadores, pela Emenda Modificativa nº 01/2014, que estendeu o benefício ali previsto aos "inativos do Fapen".

Todavia, impende considerar que o poder de apresentar emendas a propostas de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo, conquanto inerente ao poder de legislar, consubstanciando-se prerrogativa deferida aos parlamentares, está sujeito às restrições impostas pela Constituição Federal.

Por ocasião do julgamento da ADI nº 865/MA, o eminente Ministro Relator CELSO DE MELLO, ressaltou que:

> "(...) o exercício do poder de emenda, quando concretamente manifestado, constitui um dos incidentes do processo de formação das espécies legislativas.
>
> Trata-se de prerrogativa, que, por ser inerente à função legislativa do Estado, qualifica-se como poder de índole eminentemente constitucional.
>
> O poder de emendar, por traduzir necessária projeção resultante do poder de legislar, sofre, em função da matriz constitucional que

Acesso ao Sumário

1 "Art. 24. (...)
(...)
§ 2º – Compete, exclusivamente ao Governador do Estado a iniciativa de leis que disponham sobre:
(...)
4 – servidores públicos do Estado, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria"

2 "Art. 144 – Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por lei orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição".

lhe confere suporte jurídico, apenas as limitações que se acham expressamente definidas no texto da Carta Política.

O saudoso Ministro THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, ao versar esse tema, em sede de controle normativo abstrato, expendeu magistério que cumpre ser relembrado (RDA 97/213):

'... Pode-se dividir em três a orientação doutrinária sobre o poder de emenda. A primeira entende que a função de emendar é inerente à função legislativa. A segunda, que o poder de emenda é limitado, é preciso ter afinidade lógica com o projeto. E a terceira é que vincula o poder de emenda ao poder de iniciativa (...).'

A Constituição Federal de 1988, que claramente prestigiou o exercício da função parlamentar, afastou muitas das restrições que incidiam, especificamente, sobre o poder de emenda reconhecido aos membros do Legislativo. O legislador constituinte, ao assim proceder, certamente pretendeu repudiar a concepção regalista de Estado, 'que eliminaria, na prática, o poder de emenda das Assembleias' (RTJ 32/143 – RTJ 33/107 – RTJ 34/6 – RTJ 40/348).

Dentro desse contexto, e consoante assinala JOSÉ AFONSO DA SILVA ('Curso de Direito Constitucional Positivo', p. 460, item n. 12, 9ª ed./3ª tir., 1993, Malheiros), a Constituição da República, ao definir o âmbito de atuação do poder de emenda, elasteceu, significativamente – inclusive em tema de direito orçamentário e de organização judiciária –, a possibilidade do exercício dessa eminente prerrogativa parlamentar.

Esse novo tratamento constitucional dispensado ao poder de emenda parlamentar, mesmo naquelas hipóteses que envolvam projetos de lei submetidos, quanto à sua iniciativa, à cláusula de reserva, mereceu, de MICHEL TEMER ('Elementos de Direito Constitucional', p. 139, 5ª ed., 1989, RT), pertinente abordagem doutrinária:

'O art. 63, I e II, inadmite emendas aos projetos de lei que aumentem a despesa prevista nos projetos cuja iniciativa seja da exclusiva competência do Presidente da República e naqueles referentes à organização dos serviços administrativos da Câmara, do Senado, dos Tribunais Federais e do Ministério Público.

.....

(...) O que a Constituição confere, ao reservar iniciativa, é a definição do momento em que se deva legislar sobre determinada matéria. O proponente do projeto é senhor da oportunidade. O mais se passa no interior do Poder Legislativo, no exercício constitucional de sua atividade inovadora da ordem jurídica em nível imediatamente infraconstitucional (...).'

Dessa maneira, a nova Constituição do Brasil repeliu interpretação – que, certa vez, prevaleceu nesta Corte Suprema (RF 165/155) – firmada no sentido de reconhecer que o poder de emendar estava

Acesso ao Sumário

necessariamente vinculado à titularidade do poder de iniciar, de tal modo que faleceria ao parlamentar a prerrogativa de oferecer emendas a proposições legislativas, desde que estas estivessem sujeitas, quanto à sua iniciativa, à competência privativa de outros órgãos e Poderes da República. Em outras palavras: onde a instauração do processo legislativo fosse excluída da iniciativa parlamentar, não assistiria, ao membro do Legislativo, a prerrogativa de oferecer emendas ao projeto de lei em tramitação. Ou seja: sem o poder de iniciar, não haveria o poder de emendar.

(...)

É preciso ter presente, neste ponto, considerado o contexto ora em exame, a advertência do saudoso Ministro VICTOR NUNES LEAL (RTJ 36/382.385):

'... A Assembleia não pode ficar reduzida ao papel de dizer sim e não, como se fosse – frase conhecida – composta de mudos, que apenas pudessem baixar a cabeça, vertical ou horizontalmente. Ela pode introduzir elementos novos no projeto, desde que não o desfigure, que não mude a sua substância, que não estabeleça incompatibilidade entre o sentido geral do projeto e as disposições a ele acrescidas pelo órgão legislativo'."

Como se vê, mostra-se indubitável que, havendo aumento de despesa, não pode o Legislativo emendar projetos de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo, na forma imposta pelo artigo 24, § 5º, "1", da Constituição do Estado de São Paulo; mas mesmo quando não há impacto orçamentário, esse poder de emendar não é ilimitado, devendo a emenda guardar estrita pertinência com a temática e substância do projeto originário do Executivo; ou seja, não há como inserir propostas desvinculadas do objeto do projeto de lei encaminhado ao Legislativo, não se mostrando admissível, ademais, desfigurar esse projeto, comprometendo a harmonia e a simetria da proposta inicial, máxime quando envolve questão relativa à remuneração do funcionalismo municipal.

Ora, *in casu*, mostra-se evidente que a extensão do abono previsto na disposição legal sob exame aos "inativos do Fapen", na forma estabelecida na Emenda Modificativa nº 01/2014, desfigura o projeto apresentado pelo Executivo, pois abrange um número de beneficiados superior àquele inicialmente apurado pelo Prefeito, podendo inviabilizar sua implementação, além de implicar em nítido aumento da despesa municipal destinada à execução da lei; resta claro, portanto, a presença de óbice à emenda apresentada no âmbito parlamentar, por importar em desconsideração ao princípio da separação dos Poderes, inserido no artigo 5º, e afronta à limitação do poder de emenda posta no artigo 24, § 5º, "1", ambos da Constituição Estadual.

Acesso ao Sumário

Aliás, precedentes deste Órgão Especial realçam, na justa medida, que:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Art. 36, § 9º,

da Lei Complementar nº 48, de 10 de setembro de 2013, da Estância Balneária de Caraguatatuba, decorrente de emenda aditiva parlamentar, dispondo que 'os honorários advocatícios dos débitos ajuizados serão parcelados em até 10 prestações mensais e consecutivas de igual valor'.

VÍCIO DE INICIATIVA. Reconhecimento. Dispositivo impugnado que envolve disciplina sobre remuneração de servidores públicos, tratando de matéria que é reservada à iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo (art. 24, § 2º, itens '1' e '4', da Constituição Estadual). Impossibilidade de interferência da Câmara Municipal nessa matéria, nem mesmo por meio de emenda aditiva, uma vez que esse poder de apresentar emendas, embora decorra do legítimo exercício da atividade legiferante, própria do Poder Legislativo, encontra óbice em algumas limitações constitucionais, dentre as quais aquela referente à pertinência temática. Requisito cujo preenchimento não ficou evidenciado no presente caso. Projeto de lei original que dispõe sobre incentivos fiscais, cuidando, portanto, de matéria tributária, enquanto o dispositivo impugnado versa sobre remuneração de servidores públicos. Falta de pertinência temática. Inconstitucionalidade manifesta. Ação julgada procedente" (v. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0196216-80.2013.8.26.0000, relator Desembargador ANTONIO LUIZ PIRES NETO, j. 23/04/2014);

"Ação Direta de Inconstitucionalidade. Alínea 'f', do § 2º do art.14; incisos I e V, do § 1º do art. 27; alínea 'I' do § 1º do art. 36, e art. 85, todos da Lei Complementar n° 2.524, de 05 de abril de 2012, do Município de Ribeirão Preto que '*Dispõe sobre o plano de cargos, carreira e remuneração e sobre o Estatuto do Magistério Público Municipal de Ribeirão Preto e dá outras providências*'. Dispositivos oriundos de alteração legislativa implementada por emendas da Câmara Municipal ao Projeto de Lei do Executivo – Alterações vetadas pelo Prefeito, porém, promulgadas pela Câmara. Indevida ingerência do legislativo em matéria de competência privativa do executivo. Violação ao princípio da separação dos poderes com encargo ao erário. Ação procedente" (v. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0149076-50.2013.8.26.0000, relator Desembargador CAUDURO PADIN, j. 13/11/2013);

"Ação Direta de Inconstitucionalidade – Lei complementar derivada de emenda que acresce dispositivo a projeto de lei encaminhado ao Legislativo pelo Prefeito – Matéria atinente a fixação de vencimentos e reestruturação do quadro dos funcionários públicos do Município de Sarutaiá – Desrespeito aos limites do poder de emenda a projeto de lei de iniciativa exclusiva do chefe do Poder Executivo – Ofensa aos artigos 5º, 25, § 2º, 1 e 4, e 144, da Constituição do Estado – Inconstitucionalidade configurada – Ação julgada procedente" (v. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0248704-46.2012.8.26.0000, relator Desembargador WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, j. 08/05/2013).

Acesso ao Sumário

Na verdade, o vício de inconstitucionalidade que pesa sobre o ato normativo impugnado nos autos ficou perfeitamente delineado no parecer da Procuradoria de Justiça, no qual restou assentado, na justa medida, que:

"Não se discute que a inovação normativa traz reflexos no orçamento do município, com aumento na despesa, na medida em que inseriu uma gama de novos beneficiários do abono concedido aos servidores em atividade.

A inconstitucionalidade do ato normativo impugnado decorre do abuso do poder de emendar, importando em violação aos arts. 63, I da Constituição Federal, reproduzido pelo art. 24, § 5°, nº I da Constituição Estadual, normas que regulam o processo legislativo, que nos termos do art. 144 da Constituição Estadual devem ser observadas pelos Municípios.

O processo legislativo, compreendido o conjunto de atos (iniciativa, emenda, votação, sanção e veto) realizados para a formação das leis, é objeto de minuciosa previsão na Constituição Federal, para que se constitua em meio garantidor da independência e harmonia dos Poderes.

O desrespeito às normas do processo legislativo, cujas linhas mestras estão traçadas na Constituição da República, conduz à inconstitucionalidade formal do ato produzido, que poderá sofrer o controle repressivo, difuso ou concentrado, por parte do Poder Judiciário.

A iniciativa; o ato que deflagra o processo legislativo, pode ser geral ou reservada (ou privativa).

A matéria de que trata a lei em análise – regime jurídico dos servidores públicos – é daquelas cuja iniciativa cabe ao Prefeito. Nesse aspecto, não há qualquer objeção, pois a Lei nº 4.395, de 26 de dezembro de 2014, do Município de Dracena, decorreu de projeto de iniciativa do Poder Executivo.

A questão na verdade deve ser analisada sob a ótica dos limites do poder de emendar.

Sabe-se que apresentado o projeto pelo Chefe do Poder Executivo, está exaurida a sua atuação, abrindo-se caminho para a fase constitutiva da lei, que se caracteriza pela discussão e votação públicas da matéria. Nessa fase se sobressai o poder de emendar, prerrogativa inerente à função legislativa do parlamentar, que não é absoluta, pois encontra-se limitada às restrições impostas, em '*numerus clausus*', pela Constituição Federal (art. 63, I), reproduzida pelo art. 24, § 5°, nº 1 da Constituição Estadual.

Da interpretação das normas que regem o processo legislativo, pode-se afirmar que a limitação ao poder de emendar projetos de lei de iniciativa reservada do Poder Executivo existe no sentido de evitar: (a) aumento de despesa não prevista, inicialmente; ou então (b) a desfiguração da proposta inicial, seja pela inclusão de regra que com

Acesso ao Sumário

ela não guarde pertinência temática; seja ainda pela alteração extrema do texto originário, que rende ensejo a regulação praticamente e substancialmente distinta da proposta original.

A este propósito o Supremo Tribunal Federal consignou que:

'O exercício do poder de emenda, pelos membros do parlamento, qualifica-se como prerrogativa inerente à função legislativa do Estado – O poder de emendar – que não constitui derivação do poder de iniciar o processo de formação das leis – qualifica-se como prerrogativa deferida aos parlamentares, que se sujeitam, no entanto, quanto ao seu exercício, às restrições impostas, em *'numerus clausus'*, pela Constituição Federal. – A Constituição Federal de 1988, prestigiando o exercício da função parlamentar, afastou muitas das restrições que incidiam, especificamente, no regime constitucional anterior, sobre o poder de emenda reconhecido aos membros do Legislativo. O legislador constituinte, ao assim proceder, certamente pretendeu repudiar a concepção legalista de Estado (RTJ 32/143 – RTJ 33/107 – RTJ 34/6 – RTJ 40/348), que suprimiria, caso prevalecesse, o poder de emenda dos membros do legislativo. – Revela-se plenamente legítimo, desse modo, o exercício do poder de emenda pelos parlamentares, mesmo quando se tratar de projetos de lei sujeitos à reserva de iniciativa de outros órgãos e Poderes do Estado, incidindo, no entanto, sobre essa prerrogativa parlamentar – que é inerente à atividade legislativa –, as restrições decorrentes do próprio texto constitucional (CF, art. 63, I e II), bem assim aquela fundada na exigência de que as emendas de iniciativa parlamentar sempre guardem relação de pertinência com o objeto da proposição legislativa' (STF, Pleno, ADI nº 973-7/AP – medida cautelar. Rel. Min. Celso de Mello, DJ 19 dez. 2006, p. 34 – g.n.).

Mas o considera restrito, como se conclui do trecho acima destacado e do paradigmático julgado adiante transcrito:

'Incorre em vício de inconstitucionalidade formal (CF, artigos 61, § 1º, II, 'a' e 'c' e 63, I) a norma jurídica decorrente de emenda parlamentar em projeto de lei de iniciativa reservada ao Chefe do Poder Executivo, de que resulte aumento de despesa. Parâmetro de observância cogente pelos Estados da Federação, à luz do princípio da simetria. Precedentes. 2. Ausência de prévia dotação orçamentária para o pagamento do benefício instituído pela norma impugnada. Violação ao artigo 169 da Constituição Federal, com a redação que lhe foi conferida pela Emenda Constitucional 19/98. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente' (ADI 2079/SC, STF – Pleno, rel. Maurício Corrêa, DJ 18.06.2004, p. 44; Ement. Vol. 2156-01, p. 73).

Estabelecidas estas considerações, tem-se, no caso em análise, que a inovação normativa decorrente da emenda aditiva implementada pela Câmara de Vereadores, inserindo uma gama de servidores que também seriam beneficiados pelo abono criado pela lei, importa em

Acesso ao Sumário

aumento de despesa.

De outro lado, a Constituição do Estado, em simetria com o modelo Federal, não permite emenda que importe em aumento de despesa aos projetos de iniciativa exclusiva do Chefe do Executivo (art. 24, § 5°, nº 1).

Trata-se de questão relativa ao processo legislativo, cujos princípios são de observância obrigatória pelos Municípios, em face do artigo 144, da Constituição do Estado, tal como tem decidido o C. Supremo Tribunal Federal:

'O modelo estruturador do processo legislativo, tal como delineado em seus aspectos fundamentais pela Constituição da República – inclusive no que se refere às hipóteses de iniciativa do processo de formação das leis impõe-se, enquanto padrão normativo de compulsório atendimento, à incondicional observância dos Estados-Membros. Precedentes: RTJ 146/388 – RTJ 150/482' (ADIn nº 1434-0, medida liminar, relator Ministro Celso de Mello, DJU nº 227, p. 45684).

Percebe-se que a emenda aditiva inseriu dentre os beneficiários os servidores inativos. Assim interferiu na administração do orçamento, pois acarretou despesa sem a indicação da fonte de custeio.

A alteração produzida pela Câmara Municipal representa inequívoco abuso do poder de emendar, com a consequente violação do princípio da separação dos poderes de que trata o art. 5º da Constituição do Estado.

Por isso, em que pese o elevado propósito que inspirou o parlamentar, autor da emenda ao projeto, o dispositivo impugnado é verticalmente incompatível com a Constituição do Estado de São Paulo, especialmente com os seus arts. 5º; art. 24, § 5º, nº 1 e 144.

Eventual discussão acerca do direito dos servidores inativos a quaisquer benefícios ou vantagens concedidos aos funcionários em atividade, decorrente de outros diplomas normativos, não é matéria que comporta conhecimento nesta via e nem legitimaria a emenda impugnada" (v. fls. 188/193).

Em suma, restou mesmo evidenciada a alardeada inconstitucionalidade da legislação municipal impugnada nos autos, por violação aos artigos 5º, 24, § 2º, "4", e § 5º, "1", 25 e 144, todos da Constituição do Estado de São Paulo.

De resto, nem se argumente que a emenda parlamentar teria sido levada a efeito tão somente para estender aos inativos o benefício previsto na proposta original, adequando-o "aos direitos existentes em legislação cuja iniciativa é do próprio Executivo, sendo que o suporte das despesas está previsto no orçamento" (v. fl. 176); no particular, ainda que compreensível a preocupação do Legislativo, ela não legitima a indevida intromissão no projeto de lei de iniciativa do Prefeito e pode apenas, eventualmente, autorizar a sua não aprovação, permanecendo, contudo, a mácula anotada precedentemente.

Acesso ao Sumário

Ante o exposto, julga-se procedente a presente ação para o fim de declarar a inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei Municipal nº 4.395, de 26 de dezembro de 2014, com a redação que lhe conferiu a Emenda Modificativa nº 01, de 18 de dezembro de 2014, do Município de Dracena.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2180298-65.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE MAUÁ, é ré MESA DA CÂMARA MUNICIPAL DE MAUÁ.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE, COM EFEITO 'EX TUNC'. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.197)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente), JOÃO NEGRINI FILHO, EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY e NEVES AMORIM.

São Paulo, 8 de abril de 2015.

BORELLI THOMAZ, Relator

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 4.908/13 (dispõe sobre a instalação de "Brinquedos Adaptados", em praças, parques, escolas e creches municipais, bem como locais de diversão em geral, abertos ao público, no âmbito do município de Mauá. Iniciativa parlamentar. Vício de iniciativa. Inconstitucionalidade manifesta, por criar obrigações e se imiscuir em matéria organizacional, de competência exclusiva do Poder Executivo. Descabimento. Desrespeito aos artigos 5º, *caput*, 25,

Acesso ao Sumário

47, incisos II e XIV e 144 da Constituição do Estado. Ação procedente.

VOTO

Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Prefeito do Município de Mauá para declaração de inconstitucionalidade da Lei 4.908, de 12 de dezembro de 2013, que *dispõe sobre a instalação de* "*Brinquedos Adaptados*"*, em praças, parques, escolas e creches municipais, bem como locais de diversão em geral, abertos ao público, no âmbito do município de Mauá e dá outras providências*.

Aduz vir de descabida iniciativa parlamentar, pois, em síntese, cria obrigações e dispõe sobre matéria de competência exclusiva do Poder Executivo, a resultar em inconstitucionalidade por vício de iniciativa, além de gerar aumento de despesas sem a indicação da correspondente fonte de custeio, tudo em violação dos artigos 5º, 25, 47, 111, 144, 174 e 176 da Constituição do Estado.

Deferida a liminar até final julgamento da ação (fls. 32/33), não houve manifestação de *interesse na defesa do ato impugnado* pela D. Procuradoria Geral do Estado (fls. 44/46).

Certificou-se não haver manifestação do Presidente da Câmara Municipal de Mauá (fls. 47) e a D. Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência parcial da ação (fls. 49/57).

É o relatório.

Antes do mais, observo não haver dúvida sobre reger-se o Município com autonomia, por Lei Orgânica, mas sempre atendidos os princípios estabelecidos nas Constituições Federal e Estadual, por assim ser determinado por normas de conteúdo cogente (art. 29, CRFB; art. 144, CE[1]).

Isso realçado, a Lei nº 4.908, de 12 de dezembro de 2013, do Município de Mauá, de iniciativa parlamentar, assim dispõe:

> **Art. 1º.** Os "playgrounds" instalados em praças, parques, escolas e creches municipais, bem como locais de diversão em geral, abertos ao público, ainda que localizados em propriedades privadas de uso público, deverão dispor de brinquedos adaptados para crianças com deficiência.
>
> **§ 1º.** Os equipamentos mencionados no "caput" deste artigo

Acesso ao Sumário

1 CRFB, 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:*

CE, Art. 144 – *Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por Lei Orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição.*

deverão ser criados e instalados por pessoal capacitado, que adequará os equipamentos às crianças com deficiência.

§ 2º. Além dos equipamentos estabelecidos no parágrafo anterior, os locais mencionados deverão, quando for o caso, ter brinquedos adaptados para atender as crianças com deficiência visual, tais como jogos de tabuleiro e baralhos táteis.

Art. 2º. As praças, parques, clubes e locais afins deverão ainda, ter em suas estruturas acessibilidade para atender as pessoas com deficiência, dentro dos padrões da ABNT.

Art. 3º. As despesas com a execução desta lei correrão por conta das dotações orçamentárias próprias, suplementadas se necessário.

Art. 4º. A prefeitura fica autorizada a buscar formas de incentivo para custear as despesas oriundas das adaptações exigidas nesta lei.

Art. 5º. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação, revogando expressamente todas as disposições contrárias.

A lei, como observado, vem de iniciativa parlamentar e foi objeto de veto total pelo Prefeito de Mauá, veto, no entanto, rejeitado pela Câmara Municipal.

Ainda que se queira entrever como boa a intenção parlamentar, tal como disponibilizar acesso de crianças com deficiência a equipamentos de lazer, simples lanço no referido diploma traz constatação de equívoco nessa iniciativa, pois a matéria é de exclusiva competência do Chefe do Executivo, e, tal qual está na petição inicial, afronta preceitos da Constituição Estadual, a revelar descabida ingerência do Poder Legislativo no Poder Executivo, que desagua em ser inconstitucional a Lei 4.908, de 12 de dezembro de 2013, do município de Mauá.

Em verdade, por ela impõe-se obrigação à Administração Municipal de instalar os "brinquedos adaptados" em parques, praças, escolas e creches municipais, sem atendimento aos princípios estabelecidos nas Constituições Federal e Estadual, pois evidente o chamado vício de iniciativa, por não ser possível dispor sobre atos de gestão e organização da Administração por lei de iniciativa parlamentar, sob risco, aqui concreto, de se romper o princípio da separação e harmonia entre os Poderes[2].

É lição de Hely Lopes Meirelles: *leis de iniciativa da Câmara ou, mais propriamente, de seus vereadores são todas as que a lei orgânica municipal não reserva, expressa e privativamente, à iniciativa do prefeito. As leis orgânicas municipais devem reproduzir, dentre as matérias previstas nos arts. 61, § 1º, e 165 da CF, as que se inserem no âmbito da competência municipal. São, pois, de iniciativa exclusiva do prefeito, como chefe do Executivo local, os projetos de leis que disponham sobre a criação, estruturação e atribuição das secretarias,*

2 CE, Art. 5º – *São Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.*

Acesso ao Sumário

órgãos e entes da Administração Pública Municipal; matéria de organização administrativa e planejamento de execução de obras e serviços públicos; criação de cargos, funções ou empregos públicos na Administração direta, autárquica e fundacional do Município; o regime jurídico e previdenciário dos servidores municipais, fixação e aumento de sua remuneração; o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias, o orçamento anual e os créditos suplementares e especiais. Os demais projetos competem concorrentemente ao prefeito e à Câmara, na forma regimental[3].

Não se deslembre, ainda, competir privativamente ao Chefe do Poder Executivo, com auxílio dos Secretários, exercer a direção superior da administração, além de ser ato da exclusiva alçada dele praticar os demais atos de administração (art. 47, incisos II e XIV da Constituição Estadual).

Por outra, e como já realcei por ocasião do deferimento da liminar (fls. 32/33), há inconstitucionalidade da norma também por criar despesa sem indicação da fonte de receita para enfrentar os custos dela decorrentes (é conferir, art. 3º da LM 4.908/2013), circunstância cuja observação é impositiva, a teor do art. 25 da Constituição do Estado[4].

No mesmo sentido ora lançado, colho entendimento no C. Órgão Especial:

Ação direta de inconstitucionalidade. Lei Municipal nº 6.570/2006, de Presidente Prudente, emanada de proposição do legislativo. Imposição de instalação, nos parques municipais, de brinquedos destinados a crianças portadoras de deficiência física, com previsão de penalidades pelo descumprimento. Vício de iniciativa. Violação dos arts. 5º, 47, II, e 144, da Constituição do Estado. Inconstitucionalidade declarada. Ação procedente[5].

Concluo, pois, por violação dos artigos 5º, **caput**, 25, 47, incisos II e XIV e 144 da Constituição Estadual, a resultar em ser inconstitucional a Lei 4.908, de 12 de dezembro de 2013, do Município de Mauá, com efeitos **ex tunc**.

Pelo meu voto, **JULGO PROCEDENTE** esta ação.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2203789-04.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo,

3 Direito Municipal Brasileiro, 5ª Edição RT, 1985, pág. 446.

4 CE, Art. 25 – *Nenhum projeto de lei que implique a criação ou o aumento de despesa pública será sancionado sem que dele conste a indicação dos recursos disponíveis, próprios para atender aos novos encargos.*

5 Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 143.352-0/0-00, rel. Des. José Roberto Bedran, j. em 28.01.2009.

em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA, são réus PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE BOCAINA e PREFEITO MUNICIPAL DE BOCAINA.

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 25783)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente), FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, EROS PICELI, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI e ROBERTO MORTARI.

São Paulo, 25 de março de 2015.

LUIZ AMBRA, Relator

Ementa: Direta de inconstitucionalidade – Lei Municipal 1616/99 do Município de Bocaina, e alterações promovidas pelas leis 2513/08, 2117/09 e 2225/09, que criaram cargos em comissão (diretor de secretaria administrativa, assessor de gabinete, assessor jurídico, diretor financeiro) sem especificação das respectivas funções, para permitir aferição de seu eventual caráter técnico, preenchível unicamente mediante concurso público – Informações a dar conta da revogação dos dispositivos legais em exame, já muito antigos e que até hoje geraram regulares efeitos de direito, com realização de concursos públicos para o preenchimento dos cargos "de forma gradativa" – Inexistência de lapso para a providência, nos termos do parecer da Procuradoria de Justiça, que faz por persistir a ilegalidade – Ação julgada procedente, com modulação dos efeitos do acórdão, para que no prazo máximo de 180 dias os antigos titulares dos cargos comissionados deixem suas funções.

VOTO

Ação direta de inconstitucionalidade da lei 1616, de 1.3.99, do Município

de Bocaina, que no artigo 2º *caput*, e incisos I, II, III e IV, criou cargos em comissão – "*diretor da Secretaria Administrativa*", "*assessor de gabinete*", "*assessor jurídico*" e "*diretor financeiro*" – pelo regime da CLT, sem especificação das respectivas funções, de natureza técnica, sem especial relação de confiança. Em flagrante afronta aos dispositivos constitucionais de regência.

Não foi requerida medida liminar e nem caberia, como o despacho inicial (fls. 257/258) anotou, a lei impugnada remontando a 1999, quinze anos atrás, no interregno produzindo efeitos. A Procuradoria Geral do Estado externando desinteresse (fls. 267/268).

Cientificados os réus às informações, a fls. 275/277 o Presidente da Câmara – o Prefeito quedou silente – deu conta da revogação dos diplomas legais em exame, mas com ***substituição gradativa*** dos titulares dos respectivos cargos. Sem prazo determinado para tanto. Razão pela qual a douta Procuradoria de Justiça, a fls. 346/366, entendeu a presente ação dever prosseguir, não se acharia prejudicada e nem teria perdido o objeto.

É o relatório.

A ação é de manifesta procedência, sequer chegou a ser contestada quanto ao mérito. As informações – prestou-as apenas o Chefe do Legislativo – não negando que os cargos impugnados sequer teriam as respectivas funções descritas em lei, de molde a se poder aferir se possuiriam natureza técnica (de provimento, assim, mediante concurso público, com nomeação em caráter efetivo dos aprovados, e não mediante comissão, à livre escolha do Prefeito).

Mais. Pela própria natureza dos cargos, segundo o STF, aqueles mencionados na inicial possuiriam caráter meramente técnico, inadmitiriam provimento *ad nutum*, em comissão. Os de assessoramento jurídico e de gabinete, diretor financeiro e diretor de Secretaria Administrativa. Meramente administrativas as respectivas funções, como decidido por esta Corte numa infinidade de precedentes semelhantes.

Longe de contestar as colocações da petição inicial, aliás, as informações o mais que fizeram foi dar conta da ***revogação dos dispositivos legais impugnados***. Só que dita revogação *ficou no ar*, já que a lei revogadora não estabeleceu prazo para os novos provimentos, dispôs apenas que a substituição dos antigos titulares dos cargos haveria que ***ser gradual***. Diante do que, há convir, risco fundado haveria em a situação atual persistir indefinidamente. Fraudado por via oblíqua e indireta, o comando legal.

Bem por isso a douta Procuradoria de Justiça, a fl. 349, concluiu o que parece óbvio. Isto é,

"*A ausência de marco certo e objetivo, aferível apenas pela leitura do texto da lei e independente de condutas e procedimentos externos, impossibilita o reconhecimento da extinção por perda do objeto, pois não há como se aquilatar*

Acesso ao Sumário

a efetiva revogação ou não dos referidos atos normativos, nem mesmo com base no quadro de fl. 336."

A solução? Julgar procedente a presente ação, com a necessária modulação: 180 dias a partir do presente acórdão, para que os antigos comissionados deixem os seus cargos. No interregno, os necessários concursos públicos deverão ter lugar e ser finalizados. Assim, via da modulação dos efeitos do julgado, evitada eventual fraude à lei, por via oblíqua e indireta.

Para tanto, a procedência.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2097169-65.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SEÇÃO SP, é réu PREFEITO MUNICIPAL DE JACAREÍ.

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 26520)**

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, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ e JOÃO NEGRINI FILHO.

São Paulo, 8 de abril de 2015.

JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN, Relator

Ementa: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 5.808, DE 05 DE DEZEMBRO DE 2013, DO MUNICÍPIO DA JACAREÍ, QUE EDITA A PLANTA DE VALORES GENÉRICOS – PVG, REGULA A FORMA DE APURAÇÃO DO VALOR VENAL DE IMÓVEIS PARA EFEITO DE LANÇAMENTO DO

Acesso ao Sumário

IMPOSTO SOBRE A PROPRIEDADE PREDIAL E TERRITORIAL URBANA – IPTU, NA FORMA DO ART. 123 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO DO MUNICÍPIO DE JACAREÍ, A LEI COMPLEMENTAR Nº 5, DE 28 DE DEZEMBRO DE 1992, E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS. Alegação de aumento desarrazoado da base de cálculo, com ofensa aos princípios da capacidade contributiva, vedação de confisco, razoabilidade, proporcionalidade e segurança jurídica. Legislação do Município de Jacareí que observou o disposto no Sistema Constitucional Tributário e no Código Tributário Nacional. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.

VOTO

A Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Estado de São Paulo propõe a presente Ação Direta de Inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 5.808, de 05 de dezembro de 2013, que atualizou os valores unitários do metro quadrado do Município de Jacareí, alterando a Planta Genérica de Valores – PGV.

Sustenta a **inconstitucionalidade formal** da Lei nº 5.808/2013, em vista da legislação vigente à época da aprovação da legislação atacada prever a discussão pública, conforme artigos 13 e 22 da Lei nº 4.662/2002, regulamentados pelo Decreto nº 579/2007 (fls. 22/23).

Aduz que até o exercício de 2013 vigorava a Lei Municipal nº 4.662/2002 que editava a Planta Genérica de Valores que estabelece os critérios para a definição da base de cálculo do IPTU, sendo que referidos valores foram objeto de reajuste anual, com índice que refletiu apenas a variação inflacionária, por diversos decretos municipais de atualização monetária, como segue: 1. Decreto 738/03 (12,76%); 2. Decreto 998/04 (5,8%); 3. Decreto 248/05 (5,42%); 4. Decreto 556/06 (2,71%); 5. Decreto 872/07 (4,78%); 6. Decreto 1275/08 (7,26%); 7. Decreto 375/09 (4,18%); 8. Decreto 980/10 (5,39%); 9. Decreto 1733/11 (6,66%); e 10. Decreto 2162/12 (5,98%).

Afirma ainda que, comparando-se os valores utilizados até o ano de 2012, com os valores atribuídos ao metro quadrado dos terrenos, elemento da base de cálculo do IPTU de 2013, para o exercício de 2014, observa-se um aumento flagrantemente inconstitucional de 400 a 1000% nos valores, sendo excessivamente desproporcional ao aumento médio da renda do cidadão Jacareiense.

Alega ainda ofensa ao princípio da segurança jurídica, eis que a média dos reajustes dos preços e dos rendimentos, totalizando apenas 60,94% em dez

Acesso ao Sumário

anos, sendo tal comportamento abruptamente interrompido quando então foi determinado um aumento desproporcional na base de cálculo do IPTU.

Assim, sustenta a inconstitucionalidade parcial da Lei nº 5.808/2013 por ofensa aos princípios da capacidade contributiva e vedação ao confisco, que protegem o direito à propriedade, consagrado pela Constituição Federal, bem como aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, pois os valores são exagerados mesmo se considerando que em decorrência do aquecimento do mercado imobiliário houve crescimento artificial de preços.

Pleiteia, cautelarmente, a suspensão *ex nunc*, com efeito *erga omnes*, da vigência da Lei Municipal nº 5.808/2013, em sua integralidade, especialmente a sua Planta de Valores Genéricos, anexo I, tabela I; e, no mérito, a declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 5.808/2013, em sua integralidade, com efeitos *ex tunc* e *erga omnes*.

Por despacho de fls. 107/108 foram requisitadas informações do Senhor Presidente da Câmara Municipal de Jacareí e ao Prefeito Municipal de Jacareí, prestadas a fls. 113/121 e 250/259.

Informou-se que a partir do ano de 2002, com a edição da Lei nº 4.662/2002 – Planta Genérica de Valores, os valores venais dos imóveis não sofriam atualizações de acordo com a valorização de mercado, aplicando-se tão somente correção monetária a cada ano, sendo que os valores venais aplicados atualmente ainda se encontram inferiores aos valores reais de venda.

O Município de Jacareí enfatiza que a revisão da Planta de Valores Genéricos é exigência implícita do art. 11 da Lei complementar 101/00 de Responsabilidade Fiscal (fls. 253/254) (*Art. 11. Constituem requisitos essenciais da responsabilidade na gestão fiscal a instituição, previsão e efetiva arrecadação de todos os tributos da competência constitucional do ente da Federação. Parágrafo único. É vedada a realização de transferências voluntárias para o ente que não observe o disposto no caput, no que se refere aos impostos.*); que os valores imobiliários atualizados da Planta de Valores Genéricos foram auferidos por empresa contratada mediante licitação, respeitando todas as normas técnicas pertinentes ao mercado imobiliário (fls. 254/255); que a Lei nº 5.808/2013 trouxe no artigo 23 um redutor de 60% sobre o valor venal dos terrenos (fls. 257); e que "os valores venais hoje aplicados com a nova Lei da Planta de Valores Genéricos, ainda se encontram inferiores aos valores reais de venda" (fls. 256).

Por despachos de fls. 276 e 291 foi citada a D. Procuradoria Geral do Estado, para, em seguida, encaminharem-se os autos à Douta Procuradoria Geral de Justiça.

A D. Procuradoria Geral do Estado manifestou-se às fls. 296/298 no sentido de que, tratando-se de matéria exclusivamente local, falece interesse na

Acesso ao Sumário

defesa do ato impugnado.

A Douta Procuradoria Geral de Justiça, por seu Subprocurador-Geral de Justiça, em parecer de fls. 308/312, opina pela extinção do processo sem resolução de mérito, por falta de interesse de agir.

É o relatório.

Preliminarmente, a arguida inconstitucionalidade formal da Lei nº 5.808 de 05 de dezembro de 2013, não se sustenta, porque tanto a revogada Lei nº 4.662, de 2002, quanto a atual Lei nº 5.808, de 2013, atribuíram competência ao Conselho Permanente de Valores para fixar valores de metro quadrado de terreno aos **logradouros ou trechos de logradouros que não constem** na Planta de Valores Genéricos, e a ação direta visa a inconstitucionalidade do **Anexo I**, **Tabela 1**, que refere a **terrenos que constam** da Planta de Valores Genéricos.

Com efeito, dispunha a Lei nº 4.662, de 2002, do Município de Jacareí (endereço eletrônico constante do texto original):

> Art. 13. Os logradouros ou trechos de logradouros **que não constarem** da Planta Genérica de Valores de terrenos, que integra esta Lei, terão seus valores de metro quadrado de terreno fixados pelo **Conselho Permanente de Valores**.
>
> Art. 22. Fica criado o Conselho Permanente de Valores, que desempenhará as atribuições constantes do art. 1º desta Lei.
>
> § 1º. O Conselho Permanente de Valores sucederá a Comissão Permanente de Valores, prevista na Lei nº 3.468, de 23 de dezembro de 1993.
>
> O funcionamento e composição do Conselho Permanente de valores serão regulamentados pelo Executivo Municipal através de Decreto.

Disposições regulamentadas pelo Decreto nº 579, de 11 de janeiro de 2007, que, **de forma ilegal**, acrescentou mais uma competência ao Conselho Permanente de Valores, nestes termos (fls. 72):

> Art. 1º. O Conselho Permanente de Valores, criado pelo art. 22 da Lei nº 4.662, de 22 de dezembro de 2002, tem por objetivo **estabelecer critérios para a correta elaboração e atualização da Planta Genérica de Valores do Município**, bem como fixar valores de metro quadrado de terreno aos logradouros ou trechos de logradouros **que não constarem** na Planta.

De qualquer forma, mesmo que se considere, apenas a título de argumentação, que o Decreto nº 579 seria legal, sobreveio a Lei nº 5.808, de 2013, para estabelecer:

> Art. 24. Fica mantido o Conselho Permanente de Valores criado pela Lei Municipal nº 4.662, de 27 de dezembro de 2002, que tem por objetivo fixar valores de metro quadrado de terreno aos logradouros

Acesso ao Sumário

ou trechos de logradouros **que não constem** na Planta de Valores Genéricos.

Além disso, o Decreto nº 579, de 2007, foi alterado pelo Decreto nº 2.563, de 6 de novembro de 2013, passando a ter a seguinte redação (fls. 74 e 261):

> Art. 1º O Conselho Permanente de Valores, criado pelo art. 22 da Lei nº 4.662, de 27 de dezembro de 2002, tem por atribuição fixar valores de metro quadrado de terreno aos logradouros ou trechos de logradouros **que não constarem** na Planta Genérica de Valores.

Superada a preliminar, passo a examinar o mérito.

A Constituição Federal de 1988 (CF/88), com relação aos **impostos**, outorga competências tributárias à União (arts. 153 e 154), aos Estados e ao Distrito Federal (art. 155), e aos Municípios (art. 156), e no art. 150, inciso I, diz que os tributos somente podem ser exigidos através de **lei** (princípio da estrita legalidade tributária), e nos incisos II a IV do mesmo artigo 150 submete a tributação aos princípios da igualdade, irretroatividade, anterioridade e vedação do efeito de confisco.

Quanto ao IPTU, a Carta de 1988 estabelece:

> Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:
>
> I – **propriedade predial e territorial urbana**;
>
> § 1º Sem prejuízo da progressividade no tempo a que se refere o art. 182, § 4º, II, o imposto previsto no inciso I poderá: (Redação determinada pela Emenda Constitucional n. 29/2000)
>
> I – ser progressivo em razão do valor do imóvel; e
>
> II – ter alíquotas diferentes de acordo com a localização e o uso do imóvel.

Prossegue a Constituição Federal:

> Art. 146. Cabe à lei complementar:
>
> .....
>
> III – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:
>
> a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos **impostos** discriminados nesta Constituição, a dos respectivos **fatos geradores**, **bases de cálculo** e **contribuintes**.

O Código Tributário Nacional (CTN), que encontra fundamento de validade no art. 146, III, "a" da CF/88, estabelece complementarmente:

> Art. 32. O **imposto**, de competência dos Municípios, sobre a **propriedade predial e territorial urbana** tem como **fato gerador** a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município.
>
> Art. 33. A **base do cálculo** do imposto é o **valor venal do imóvel**.

Acesso ao Sumário

Art. 34. **Contribuinte** do imposto é o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título.

Examinando-se os artigos 32, 33 e 34 do CTN, constata-se que mantém perfeita correspondência com o art. 146, III, "a" da CF/88, ficando a **alíquota** do IPTU a ser estabelecida através de **lei** do Município.

Encontramos, ainda, no Código Tributário Nacional:

Art. 6º. A atribuição constitucional de competência tributária compreende a competência legislativa plena, ressalvadas as limitações contidas na Constituição Federal, nas Constituições dos Estados e nas **Leis Orgânicas** do Distrito Federal e **dos Municípios**, e observado o disposto nesta Lei.

Apesar da existência de tais disposições constitucionais e normas complementares, para que o IPTU possa ser exigido, **tornam-se indispensáveis adequadas normas Municipais**, a teor do já referido princípio da estrita legalidade tributária (art. 150, I), e no Município de Jacareí vige a Lei Complementar nº 5, de 28-12-1992, que dispõe sobre o **Código Tributário do Município de Jacareí**, da qual destacamos as seguintes disposições, importantes para o exame desta ação direta:

Lei Complementar nº 05, de 28 de dezembro de 1992.

(endereço eletrônico constante do texto original)

Dispõe sobre o código tributário do município de Jacareí, e dá outras providências.

Art. 1º Este Código regula os tributos de competência do Município e as relações jurídicas deles emanadas.

Art. 103 O **imposto** sobre a **propriedade predial e territorial urbana** tem como **fato gerador** a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definidos na lei civil.

Art. 104 **Contribuinte** do imposto é o proprietário do imóvel, o titular de seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título.

Art. 109 O imposto é de lançamento anual, respeitada a situação do imóvel, conforme cadastro existente no início do exercício a que se referir a tributação.

Art. 116 A **base de cálculo** é o **valor venal do imóvel**, composto pela soma dos seguintes valores:

I – valor do terreno;

II – valor das construções;

III – valor dos acréscimos decorrentes de reavaliação ou atualização dos valores respectivos, referidos nos incisos I e II, deste artigo, deduzidas as depreciações, se as houver.

Art. 118 Os valores referidos no artigo 116, serão obtidos:

Acesso ao Sumário

I – por declarações do proprietário, titular do domínio útil ou possuidor a qualquer título;

II – de ofício, pela repartição competente, através de títulos, quaisquer que sejam a natureza e formas de aquisição, e demais documentos, inclusive contábeis, comprobatório do valor dos bens e seus acréscimos;

III – através de **plantas genéricas de valores**, contendo valores unitários médios por metro quadrado, de terrenos e construções e, demais elementos considerados necessários ou úteis a tal fim.

Art. 119 Na determinação dos valores que compõem o valor venal, apurado nos termos do inciso III do artigo anterior, poderão ser considerados e admitidos em conjunto ou separadamente:

a) os valores de transações correntes no mercado imobiliário;

b) os valores constantes das declarações de proprietários, titulares de domínio útil, ou possuidores a qualquer título;

c) os valores constantes dos títulos aquisitivos e demais documentos, inclusive, contábeis, que a repartição possuir ou obter, comprobatórios do valor dos imóveis e seus acréscimos;

d) os valores correspondentes à perda do poder aquisitivo ou desvalorização da moeda;

e) os valores das construções publicados em revistas técnicas ou outras publicações oficiais ou não, que contenham tais valores;

f) a localização do imóvel e suas características com relação às construções;

g) outros dados representativos, correspondentes ao valor de bens imóveis, idôneos ou tecnicamente reconhecidos.

Art. 120 A composição do valor venal poderá ser feita pela aplicação, indistintamente, de valores obtidos em razão dos incisos I ou II do artigo 118.

Art. 121 O valor venal apurado para efeito de lançamento nos termos dos incisos I, II e III do artigo 118, é o do período de 1º de janeiro a 31 de dezembro; o apurado para quaisquer deles, para o exercício seguinte, observada a sua aplicação nos termos dos artigos 115, 116 e 117 desta Lei. (Redação dada pela Lei complementar nº. 71/2008)

Art. 122 As **plantas genéricas de valores** conterão, discriminadamente, os valores unitários por metro quadrado de terreno e das construções com as suas respectivas classificações e demais elementos necessários ou úteis a tal fim.

§ 1º O valor venal das construções será obtido pela multiplicação da área construída pelo valor unitário correspondente ao tipo de construção.

§ 2º Para a determinação do valor unitário mencionado no parágrafo anterior, as construções será obedecida a classificação e categorias, com suas características específicas, constantes da planta

Acesso ao Sumário

de valores.

Art. 123 As Plantas Genéricas de Valores serão aprovadas por Lei e vigorarão a partir do exercício seguinte ao da aprovação legislativa; a correção anual de seus valores será feita, por Decreto do Executivo, até o dia 20 de dezembro de cada exercício. (Redação dada pela Lei Complementar nº. 16/1993)

§ 1º O órgão competente **da Prefeitura** corrigirá, automaticamente, com base nos índices de **correção monetária**, os valores das plantas genéricas, se não corrigidos, por Decreto, até o dia 20 de dezembro de cada exercício.

§ 2º A correção monetária prevista no parágrafo anterior é representada pelo índice total do período em que os valores são considerados, nos termos do artigo 121.

Art. 124 O **imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana** é calculado sobre o valor venal apurado para esse efeito, mediante as seguintes **alíquotas**: (Redação dada pela Lei Complementar nº. 16/1993)

I – **1%** (um por cento) sobre o Valor Venal da edificação ou construção, com inclusão do terreno, para a porção predial do imposto;

II – **2%** (dois por cento) sobre o valor venal, para a porção territorial do imposto. (Destacamos)

Como se percebe, o Código Tributário do Município de Jacareí, no que se refere aos artigos que tratam do IPTU, mantém conformidade com as disposições da Constituição Federal e do Código Tributário Nacional.

Entretanto, resta, ainda, examinar a combatida Lei nº 5.808, de 2013, publicada no Boletim Oficial do Município de Jacareí de 05 de dezembro de 2013, para se verificar se há afronta os princípios da Carta Maior, citados no petitório inicial.

O IPTU tem sido objeto de inúmeros debates, tanto por parte da doutrina, quando no âmbito do Supremo Tribunal Federal e neste mesmo Órgão Especial, sendo que em alguns pontos ainda continua sendo objeto de assentamentos jurisprudenciais pela própria Corte Maior.

Acesso ao Sumário

O Professor Geraldo Ataliba, desde 1979, examinava em detalhes o IPTU tanto na doutrina pátria quanto estrangeira, além de discorrer a respeito da jurisprudência do STF até então disponível, e de suas lições colhemos as seguintes considerações, que servem para termos presente algumas premissas básicas que gravitam em torno do imposto municipal em objeto:

"Todo mundo sabe. Todos observam. Ninguém o nega. Não há discrepância registrada em nenhum escrito econômico, jurídico, administrativo, político, etc., quanto a que os valores dos imóveis não são estáveis.

[...]

As discussões começam, quando se quer perquirir suas causas, quando se vai discutir seus efeitos. Ou, quando se propõe a sua medição ou avaliação, momento em que surgem disceptações técnicas sobre as virtudes de certos métodos.

Neste último caso, as discussões podem ser candentes, apaixonantes, agudas.

Há escolas de pensamento científico propondo métodos variados para avaliação de imóveis. Há correntes que disputam a primazia no reconhecimento dos técnicos. Inúmeros são os procedimentos para apuração dos valores imobiliários.

Ninguém nega que o valor de um imóvel oscila ao longo do tempo.

Conforme inúmeros fatores – tal como, exemplificativamente, localização, tipo de uso, vizinhança, características topográficas, proximidade de melhoramentos públicos, acessibilidade a vias de circulação, conjuntura econômica nacional etc. – a oscilação pode ser mais ou menos intensa, mais ou menos veloz.

Ora, concedendo a Constituição ao Município a competência para tributar imóveis urbanos, dois fatos se fazem pressupostos do raciocínio de qualquer intérprete:

a) a lei considerará o **fato** qualificado constitucionalmente **tal como** ele é;

b) a lei deve assegurar que os efeitos jurídicos dessa designação constitucional sejam respeitados.

O que à lei municipal não é lícito é – ao qualificar o fato de existir um imóvel – fazê-lo de tal modo que o deforme, modifique, altere, no seu perfil, a ponto de descaracterizá-lo, em função do conceito constitucionalmente adotado. Consentir nisso seria permitir que o legislador ordinário, recebendo uma competência constitucional, alterasse, a modificasse em sua extensão, natureza ou conteúdo.

[...]

Ora, se os valores dos imóveis sofrem variações, não são fixos, não são estáveis, é imperioso reavaliar os imóveis a cada ano, biênio ou triênio – a juízo discricionário do legislador ordinário.

Isto para evitar ou uma ou outra das duas seguintes possíveis injustiças: que se tribute a mais, em detrimento do contribuinte ou que se tribute a menos, em prejuízo do direito dos Municípios a haver sua receita, tal como legalmente estabelecida."

(ATALIBA, Geraldo. *Avaliação de Imóveis para lançamento de imposto – Ato administrativo por natureza – Caráter regulamentar da Planta de Valores – Atualização de valores imobiliários.* São Paulo: Revista de Direito Tributário, Ano 3, Janeiro/Junho de 1979, nºs 7-8, pág. 36/59)

Passa-se então a se analisar a combatida Lei nº 5.808, de 05 de dezembro

Acesso ao Sumário

de 2013.

Na inicial, afirma-se que (fls. 04 e 08),

> "6. Até o exercício de 2013, vigorava a Lei Municipal nº 4.662/2002 (Doc. 03 – Lei 4.662/02 a ser restabelecida) que editava a planta genérica de valores que estabelece os critérios para a definição da base de cálculo do IPTU. Importa destacar **os valores unitários do metro quadrado atribuído aos terrenos**, constantes da **tabela I** em anexo da citada lei, conforme cópia que segue:
>
> [...].
>
> 9. Assim, comparando-se os valores das Tabelas I da Lei de 2002, devidamente corrigida até 2012, com os **valores atribuídos ao metro quadrado dos terrenos, elemento da base de cálculo do IPTU de 2013, para o exercício de 2014**, observa-se um aumento irracional, descomunal e demasiado – é dizer, flagrantemente inconstitucional! –, conforme demonstrativo de alguns itens, que segue: [...]". (Grifamos)

Questiona-se, portanto, o **aumento dos terrenos**, que seria exagerado, **e não das construções** nos terrenos edificados, pois o reajuste das construções, pela aplicação da correção monetária, através de Decreto, é autorizado pelo § 1º do art. 123 do Código Tributário do Município de Jacareí retro reproduzido, que encontra fundamento de validade no art. 97, § 2º, do Código Tributário Nacional, a seguir reproduzido:

> Art. 97. Somente a **lei** pode estabelecer:
>
> I – a instituição de tributos, ou a sua extinção;
>
> II – a majoração de tributos, ou sua redução, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65;
>
> III – a definição do fato gerador da obrigação tributária principal, ressalvado o disposto no inciso I do § 3º do artigo 52, e do seu sujeito passivo;
>
> IV – a fixação de alíquota do tributo e da sua base de cálculo, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65;
>
> V – a cominação de penalidades para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos, ou para outras infrações nela definidas;
>
> VI – as hipóteses de exclusão, suspensão e extinção de créditos tributários, ou de dispensa ou redução de penalidades.
>
> § 1º Equipara-se à majoração do tributo a modificação da sua base de cálculo, que importe em torná-lo mais oneroso.
>
> § 2º **Não constitui majoração de tributo**, para os fins do disposto no inciso II deste artigo, a **atualização do valor monetário** da respectiva base de cálculo.

E, à guisa de reflexão, do sítio da Prefeitura de Jacareí colhemos a seguinte nota (endereço eletrônico constante do texto original):

"FINANÇAS 04/12/2013

Jacareí faz revisão da Planta de Valores Genéricos

Jacareí concluiu o estudo da Planta de Valores Genéricos (PVG), que servirá como base para a atualização do IPTU (Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbano). Com o estudo, a Prefeitura decidiu atualizar a PVG apenas nos terrenos e conceder um desconto de 10% sobre o valor apurado, além de aplicar um redutor de 60% nos valores dos terrenos. Sobre o valor das construções, a Prefeitura vai aplicar apenas a correção inflacionária, fixada em 5,58%. O projeto de revisão da PVG foi encaminhado à Câmara e aprovado na sessão de quarta-feira (4).

De acordo com a Secretaria de Finanças, essa revisão foi necessária para adequar a situação dos imóveis de toda a cidade, uma vez que o cálculo do IPTU estava defasado, levando em conta o valor venal de mais de dez anos atrás. Durante a pesquisa, foi considerado o crescimento do município, as características de mercado e se há construções nas propriedades.

Com o estudo concluído, verificou-se que os valores dos imóveis lançados encontram-se totalmente distorcidos em relação ao seu preço real de mercado. O estudo foi feito a partir de metodologia baseada na ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas) e Ibape (Instituto Brasileiro de Avaliações e Perícias de Engenharia de São Paulo).

(Secretaria de Comunicação Social)". (Os destaques são nossos)

Com efeito, a Lei nº 5.508, de 2013, acostada aos autos (fls. 32), edita a Planta de Valores Genéricos – PVG, regula a forma de apuração do valor venal dos imóveis para efeito de lançamento do IPTU, na forma do art. 123 do Código Tributário de Jacareí (Lei Complementar nº 5/2002), e no parágrafo único do artigo 1º relaciona tabelas como segue:

Art. 1º. Esta Lei edita a Planta de Valores Genéricos – PVG do Município de Jacareí, regulando a forma de apuração do valor venal de imóveis para efeito de lançamento do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana – IPTU.

Parágrafo único. Integram esta Lei os seguintes anexos, devidamente rubricados:

I – Tabela 1: valores Unitários Básicos dos Terrenos;

II – Tabela 2: Fator de Equipamentos Urbanos;

III – Tabela 3: Fatores de Topografia e Pedologia;

IV – Tabela 4: Fatores de Gleba;

V – Tabela 5: Fatores Diversos;

VI – Tabela 6: Valor do Metro Quadrado da Construção por Tipo e Categoria;

VII – Tabela 7: Fator de Correção do Valor do Metro Quadrado de

Acesso ao Sumário

Construção por Subtipo;

VIII – Tabela 8: Fator de Obsolescência pela idade Aparente da Construção;

IX – Tabela 9: Pontuação Atribuída às Características Construtivas por Tipo de Construção;

X – Tabela 10: Intervalos de Categorias;

XI – Planta de Valores Genéricos de terrenos de imóveis situados nas zonas urbanas e de expansão do Município.

Oportuno reproduzir também alguns dos artigos que constam das "Disposições Finais" dessa mesma Lei nº 5.808 de 2013:

Art. 22. O valor do imóvel apurado pelos critérios estabelecidos nesta Lei poderá ser alterado pela Municipalidade, mediante decisão fundamentada da Secretaria das Finanças, **quando o contribuinte comprovar** por meio de procedimentos técnicos e legais definidos em decreto **que tal valor é superior ao valor de mercado**.

Art. 23. No lançamento do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana – IPTU, será aplicado um **redutor de 60%** (sessenta por cento) **sobre o valor venal do terreno**, o qual não será aplicado sobre o valor venal da área edificada.

Art. 24. Fica mantido o Conselho Permanente de Valores criado pela Lei Municipal nº 4.662, de 27 de dezembro de 2002, que tem por objetivo fixar valores por metro quadrado de terreno aos logradouros ou trechos de logradouros que não constem na Planta de Valores Genéricos.

Art. 25. O Chefe do Executivo Municipal poderá editar instruções eventualmente necessárias à execução da presente Lei.

Art. 26. Fica revogada a Lei nº 4.662, de 27 de dezembro de 2002.

Neste E. Órgão Especial, a liminar ora tem sido concedida, ora negada, pois dependente de cada caso.

Da jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal, destacamos o RE 648.245/MG, julgado em 01 de agosto de 2013 (DJe-038 Public. 24-02-2014) na relatoria do Min. Gilmar Mendes, que, à unanimidade, decidiu, a teor de sua ementa e **com Repercussão Geral no Mérito**:

"Recurso extraordinário. 2. Tributário. 3. Legalidade. 4. IPTU. Majoração da base de cálculo. Necessidade de lei em sentido formal. 5. Atualização monetária. Possibilidade.

6. É inconstitucional a majoração do IPTU sem edição de lei em sentido formal, vedada a atualização, por ato do Executivo, em percentual superior aos índices oficiais.

7. Recurso extraordinário não provido."

A teor desse acórdão: (1) para majoração do IPTU é indispensável lei em sentido formal; e, (2) o Poder Executivo pode proceder à atualização do IPTU,

Acesso ao Sumário

desde que em percentual não superior aos índices oficiais.

Nesse RE, o Ministro Marco Aurélio, durante os debates, aduziu:

> "Quanto à fixação da planilha ou do plano genérico de valores, a jurisprudência remete à previsão, em lei, da metodologia e dos critérios a serem observados pelo executivo".

Assim, considerando-se que: 1 – Se a Constituição Federal outorga competência aos Municípios para instituir o IPTU (art. 156, I), com observância do princípio da legalidade pela pessoa política detentora da competência tributária exclusiva (art. 150, I); 2 – Se a Constituição Federal outorga competência à Lei Complementar para definir a **base de cálculo** dos impostos (art. 146, III, "a"); 3 – Se o Código Tributário Nacional (Lei 5.172/1966) define a base de cálculo do IPTU como "**ao valor venal do imóvel**" (art. 33); 4 – Se o Código Tributário do Município de Jacareí – Lei Complementar n. 5, de 28 de dezembro de 1992 –, contém todos os elementos da hipótese de incidência e do fato gerador do IPTU, nos termos da Constituição Federal e do Código Tributário Nacional; 5 – Se a Lei n. 5.808, de 05 de dezembro de 2013, editou a Planta de Valores Genéricos com observância das normas que acabamos de elencar; conclui-se que não se vislumbra contrariedade aos princípios da capacidade contributiva, vedação de confisco, razoabilidade, proporcionalidade e segurança jurídica alegados na petição inicial.

É verdade que a majoração elevada do IPTU tanto pode ser caracterizada pelo aumento exagerado do valor venal dos imóveis, quanto pela alíquota.

Entretanto, o valor venal foi alcançado com a observância dos critérios definidos no art. 123 do Código Tributário do Município da Jacareí e na Lei nº 5.808 de 2013, permanecendo a alíquota fixada pelo art. 124 deste Código Municipal.

Além disso, a Lei nº 5.808, no art. 23, determinou a aplicação de um redutor de 60% (sessenta por cento) sobre o valor venal do terreno.

Assim, não se vislumbrando a alegada inconstitucionalidade da lei impugnada, é de ser julgada improcedente a presente ação.

Isso posto, **julga-se improcedente a presente ação.**

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2223883-70.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SOROCABA, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SOROCABA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo,

proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE EM PARTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.884)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente), MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE e XAVIER DE AQUINO.

São Paulo, 29 de abril de 2015.

ANTONIO CARLOS MALHEIROS, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 10.869, de 16 de junho de 2014, do Município de Sorocaba, que dispõe sobre a obrigatoriedade de afixação em local visível, de placa informando a acessibilidade a pessoas com deficiência motora e usuárias de cadeira de rodas, ou de sua não acessibilidade, através do "Símbolo Internacional de Acesso" e dá outras providências – Violação parcial à regra de separação de poderes contida nos artigos 5º, 47, incisos II e XIV e art. 114, todos da Constituição Estadual – Ação parcialmente procedente.

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, relativa à Lei nº 10.869, de 16 de junho de 2014, do Município de Sorocaba, que dispõe sobre a obrigatoriedade de afixação em local visível, de placa informando a acessibilidade a pessoas com deficiência motora e usuárias de cadeira de rodas, ou de sua não acessibilidade, através do "Símbolo Internacional de Acesso" e dá outras providências.

Sustenta a ação, que a Lei municipal mencionada, ao tratar de organização da administração pública, viola o princípio da separação de poderes e cria despesa não prevista no orçamento, em afronta aos artigos 24, § 2º, 2 e 47, inciso XI da Constituição Estadual.

Vieram as informações às fls. 157/170.

Acesso ao Sumário

Citado, o Senhor Procurador Geral do Estado declinou de oferecer defesa do ato.

A d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência parcial da ação (fls. 177/192).

É o relatório.

Dispõe a Lei guerreada:

LEI Nº 10.869, DE 16 DE JUNHO DE 2014.

Dispõe sobre a obrigatoriedade de afixação em local visível, de placa informando a acessibilidade a pessoas com deficiência motora e usuárias de cadeira de rodas, ou de sua não acessibilidade, através do "Símbolo Internacional de Acesso" e dá outras providências.

Art. 1º Todos os prédios de propriedade pública ou privada, dotados de acesso livre ao público em geral, tais como estabelecimentos e recintos fechados destinados ao uso coletivo para reunião de pessoas, entretenimento, recreação, pavilhões de exposição, cinemas, auditórios, teatros, templos religiosos, salões para bailes ou danças, casas de show ou espetáculos, boates, casas noturnas, restaurantes, clubes e similares, deverão afixar em cada uma de suas entradas visíveis a partir do passeio público, no lado externo desses prédios, placas informativas de sua acessibilidade a pessoas com deficiência motora e usuárias de cadeira de rodas, ou informativas de sua não-acessibilidade.

Art. 2° A placa deverá ser afixada em local visível, em cada uma de suas entradas a partir do passeio público e confeccionada no tamanho mínimo de 10 (dez) centímetros de largura por 10 (dez) centímetros de altura, e conter o "Símbolo Internacional de Acesso".

Art. 3° Prédio acessível será aquele que estiver em conformidade com os requisitos do art. 2° da Lei Federal n° 7.405, de 12 de novembro de 1985.

Art. 4° Em caso de não acessibilidade, nos termos da referida Lei Federal, as placas deverão conter uma tarja diagonal vermelha, de largura mínima correspondente a 1/5 (um quinto) da sua altura, com os dizeres "Prédio não acessível" na parte inferior da placa, em letras com tamanho mínimo de 1/10 (um décimo) da sua altura.

Art. 5º O descumprimento da presente Lei acarretará ao proprietário, multa correspondente a R$ 500,00 (quinhentos reais) por dia de não cumprimento.

Art. 6º As despesas decorrentes da execução desta Lei correrão por conta de dotações orçamentárias próprias, suplementadas, se necessário.

Art. 7º Esta Lei entra em vigor a contar 90 (noventa) dias da data de sua publicação.

Acesso ao Sumário

Procede em parte a ação.

Somente em um ponto, padece de irregularidade a norma em exame.

É no que diz respeito à sinalização em prédios públicos acerca da acessibilidade ou não, pois na forma disposta fere os artigos 5º e 47, II, XIV e XIX, "a", que dispõe acerca do princípio federativo e da separação de poderes, aplicáveis aos Municípios na forma do art. 144, da mesma Constituição.

Neste único ponto a matéria é hipótese de atividade nitidamente administrativa, inserida ao rol exclusivo de atos relacionados à Administração Pública, a cargo do Chefe do Poder Executivo.

No mais, como se verifica, a lei em exame não tratou de questão relativa a direito civil ou comercial, mas tão somente cuidou de regular matéria de interesse predominantemente local e, também, atinente à proteção e garantia de direitos de portadores de deficiência física e pessoas com mobilidade reduzida, usuários de estabelecimentos privados, nos exatos limites das atribuições conferidas aos municípios pelos artigos 23, inciso II, e 30, inciso I, da Constituição Federal, o que arreda a alardeada invasão de competência federal e afronta ao preceito do artigo 22, inciso I, da Constituição Federal.

No caso em tela, a lei local tratou de tema de interesse geral da população, sem qualquer relação com matéria estritamente administrativa, afeta ao Poder Executivo, razão pela qual poderia mesmo decorrer de iniciativa parlamentar.

Ante o exposto, julga-se parcialmente procedente a ação, apenas para declarar a inconstitucionalidade da expressão "pública" inserida no art. 1º da Lei nº 10.869, de 16 de junho de 2014, do Município de Sorocaba.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2193195-28.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é requerente SINDICATO DOS SERVIDORES MUNICIPAIS DE RIBEIRÃO PRETO E GUATAPARÁ, é requerido PREFEITO MUNICIPAL DE RIBEIRÃO PRETO e réu PRESIDENTE DA CÂMARA DO MUNICÍPIO DE RIBEIRÃO PRETO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO IMPROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.639)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente), XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS

Acesso ao Sumário

MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, EROS PICELI e ELLIOT AKEL.

São Paulo, 29 de abril de 2015.

GUERRIERI REZENDE, Relator

Ementa: "I – Ação Direta de Inconstitucionalidade. Omissão. Sindicato dos Servidores Municipais de Ribeirão Preto e Guatapará buscando sanar a falta de normatização para a realização das avaliações de desempenho e a falta de sistematização do procedimento para requerimento da promoção por merecimento, de que tratam os artigos 28 e 29 da Lei Complementar Municipal nº 2.515/2012. Indenização por prejuízos sofridos decorrentes da omissão legislativa. Inadmissibilidade. Processo objetivo não permite discussão de situações individuais nem o exame de interesses concretos.

II – Ausência de norma constitucional que determine o dever de legislar sobre a realização de avaliações de desempenho e para requerimento de promoção por merecimento. Na exordial não há demonstração da omissão inconstitucional total ou parcial quanto ao cumprimento do dever constitucional de legislar, como prevê a Lei nº 9.868/99, em seu art. 12-B. Inconstitucionalidade não configurada.

III – Improcedente a ação."

VOTO

1. Cuida-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade formulada pelo Sindicato dos Servidores Municipais de Ribeirão Preto e Guatapará, objetivando sanar a falta de normatização para a realização das avaliações de desempenho e a falta de sistematização do procedimento para requerimento da promoção por merecimento, de que tratam os artigos 28 e 29 da Lei Complementar Municipal nº 2.515/2012. Referida Lei Complementar dispõe sobre a estruturação do Plano de Classificação de Cargos, Vencimentos e Carreiras do Serviço

Acesso ao Sumário

Público Municipal da Administração Direta e Autárquica, porém, o direito dos servidores municipais de evoluir na carreira, conforme previsto na lei municipal estaria sendo inviabilizado por conta de omissão no tocante à normatização dos critérios necessários para a realização das avaliações de desempenho e para o requerimento de promoção por merecimento.

Alega a demandante inconstitucionalidade, já que o artigo 103, § 2º, da Constituição Federal admite o cabimento de ação direta de inconstitucionalidade por omissão para tornar efetiva norma constitucional e, no caso em tela, foi criada legislação para a implantação do plano de carreira no âmbito do Município de Ribeirão Preto, com fundamento em previsão constitucional, mas sem a devida regulamentação para sua efetividade. Requer a procedência da ação, proclamando a inconstitucionalidade por omissão arguida, comunicando-se ao Prefeito Municipal de Ribeirão a determinação para que seja sanada a omissão ora guerreada, em prazo a ser estabelecido, sob pena de ser concedido o direito dos substituídos processualmente, de serem indenizados pelos prejuízos decorrentes de eventual mora para o acatamento da determinação judicial, que dependerão de liquidação.

Instado a se manifestar para os fins do artigo 90, § 2º, da Constituição Bandeirante, o Procurador Geral do Estado externou desinteresse na defesa do ato impugnado, pois tratam de matéria exclusivamente local (fls. 783/785).

Citado o Prefeito Municipal ofertou informações (fls. 791/803).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pela improcedência da ação (fls. 851/856).

Após, o Presidente da Câmara Municipal juntou suas informações (fls. 858/859 e 862/863).

É o relatório.

2. Ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão é remédio de defesa da Constituição (no caso, Estadual) exercido no nível do controle abstrato concentrado com processo objetivo, pois, seu objeto não é uma relação jurídica concreta (direito subjetivo), mas, medida cabível para tornar efetiva norma constitucional em razão da omissão de qualquer dos Poderes ou de órgão administrativo.

Acesso ao Sumário

3. *In casu*, aduziu o requerente, que os artigos 28 e 29, da Lei Complementar nº 2.515/2012 preveem que a promoção e progressão serão da seguinte forma: exigência para a promoção de média de 70% das notas nas duas últimas avaliações de desempenho e para a progressão a média de 60% nas notas nas duas últimas avaliações de desempenho. A primeira avaliação seria realizada em novembro de 2012 e após seis meses a segunda avaliação de desempenho, conforme dispõe o art. 47 da referida lei complementar. Mas até a presente data não foram realizadas as avaliações de desempenho, sob o

argumento de que não há norma regulamentando a realização das avalições de desempenho e sistematização do procedimento para requerimento da promoção ou progressão.

A pretensão é de que seja reconhecida a demora na produção da norma regulamentadora, como bem anotado no parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça, combater o que a doutrina chama de "síndrome da inefetividade das normas constitucionais", de maneira que não se permite a discussão de situações individuais nem o exame de interesses concretos.

Destarte, não há como acolher o pedido exordial de indenização pelos prejuízos decorrentes da eventual omissão legislativa, suficiente seria a demonstração da omissão inconstitucional total ou parcial quanto ao cumprimento do dever constitucional de legislar, como prevê a Lei nº 9.868/99, em seu art. 12-B, o que inocorreu.

"*O processo de controle abstrato da omissão não tem outro escopo senão o da defesa da ordem fundamental contra condutas com ela incompatíveis. Não se destina, pela própria índole, à proteção de situações individuais ou de relações subjetivadas, mas visa, precipuamente, à defesa da ordem jurídica. Não se pressupõe, portanto, a configuração de um interesse jurídico específico ou de um interesse de agir. Os órgãos ou entes incumbidos de instaurar esse processo de defesa da ordem jurídica agem não como autor, no sentido estritamente processual, mas como um Advogado do Interesse Público ou, para usar a expressão de Kelsen, como advogado da Constituição. O direito de instaurar um processo de controle não lhes foi outorgado tendo em vista a defesa de posições subjetivas. Afigura-se suficiente, portanto, a configuração de um interesse público de controle. Tem-se aqui, pois, para usarmos a denominação usada por Tripel e adotada pela Corte Constitucional Alemã, típico processo objetivo.*"[6]

4. Com efeito, não há norma constitucional que determine o dever de legislar sobre a realização de avaliações de desempenho e sistematização do procedimento para requerimento da promoção por merecimento.

Contrariamente ao alegado, o art. 124 da Constituição Bandeirante, a garantia de plano de carreira é estabelecida em favor dos servidores públicos estaduais, mas não que o será para avaliação de desempenho e para o requerimento de promoção por merecimento.

5. Diante desse quadro, **julga-se improcedente a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.**

Acesso ao Sumário

6 Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, *in* Curso de Direito Constitucional, Ed. Saraiva – 2012, pgs. 1329 e 1330.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2201471-48.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE MARTINÓPOLIS, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE MARTINÓPOLIS.

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 29.251)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente), PAULO DIMAS MASCARETTI, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI e LUIZ AMBRA.

São Paulo, 29 de abril de 2015.

FRANCISCO CASCONI, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI COMPLEMENTAR Nº 275 DE 24 DE OUTUBRO DE 2014, DO MUNICÍPIO DE MARTINÓPOLIS – CONCESSÃO DE ISENÇÃO DO IMPOSTO PREDIAL E TERRITORIAL URBANO A PROPRIETÁRIOS DE IMÓVEIS PORTADORES DE DOENÇAS GRAVES QUE ESPECIFICA – INICIATIVA ORIUNDA DO PODER LEGISLATIVO LOCAL – VIABILIDADE – COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE ENTRE OS PODERES EXECUTIVO E LEGISLATIVO PARA EDIÇÃO DE NORMA TRIBUTÁRIA – PRECEDENTES DO C. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – LEI QUESTIONADA, ADEMAIS, QUE NÃO CRIA OU IMPÕE OBRIGAÇÕES AO EXECUTIVO – AUSÊNCIA DE AUMENTO DE DESPESA OU MESMO OFENSA A PRINCÍPIOS

Acesso ao Sumário

CONSTITUCIONAIS – TESE DE RENÚNCIA DE RECEITA, A DESRESPEITAR ARTIGO 14 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 101/2000 (LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL) QUE REPRESENTA MERO CONTROLE DE LEGALIDADE DA NORMA – PRETENSÃO IMPROCEDENTE.

VOTO

Arguição de inconstitucionalidade voltada contra a Lei Complementar nº 275, de 24 de outubro de 2014, do Município de Martinópolis, que estabelece regras para a concessão da isenção de IPTU a imóveis cujos proprietários sejam portadores de doenças graves que especifica.

Delineada ***causa petendi*** repousa no alegado vício de iniciativa parlamentar para legislar sobre matéria afeta ao Executivo Municipal, a indicar inconstitucionalidade formal do diploma normativo impugnado, além da inobservância de dispositivo previsto na Lei Complementar Federal nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) relacionado a matéria de isenção fiscal, sem prejuízo da criação de despesas sem indicação da fonte de custeio (art. 25 da Constituição Bandeirante), além de ofensa a princípios de índole constitucional (razoabilidade, legalidade, moralidade e supremacia do interesse público), a justificar contraste de caráter material.

Liminar deferida a fls. 156/157.

Citado, o Procurador Geral do Estado manifestou-se a fls. 168/170, apontando desinteresse na defesa da lei contrastada, por tratar de matéria exclusivamente local.

A Câmara Municipal de Martinópolis prestou informações a fls. 172/182, salientando que a lei tem finalidade social, insistindo na competência do Legislativo para a proposição do texto legal, tratando-se de norma de natureza tributária; quanto à renúncia de receita, esclarece que o aspecto envolve controle de legalidade e, por fim, inexistir incremento de despesa a justificar ofensa ao art. 25 da Carta Paulista.

A Douta Procuradoria Geral de Justiça, no parecer encartado a fls. 188/194, em síntese, opinou pela improcedência do pedido, destacando a competência legislativa concorrente do Executivo e do Legislativo para deflagrar a gênese de leis envolvendo normas tributárias.

É o Relatório.

Pretensão deduzida busca extirpar do ordenamento jurídico a Lei Complementar nº 275, de 24 de outubro de 2014, do Município de Martinópolis

Acesso ao Sumário

(fls. 150/151), que ostenta a seguinte redação[7]:

"*Art. 1º. Fica o Poder Executivo autorizado a conceder a isenção do Imposto Predial e Territorial Urbano aos imóveis cujos proprietários sejam portadores de doenças graves.*

Art. 2º. O benefício somente será concedido aos proprietários de um único imóvel utilizado para moradia própria cujo proprietário tenha renda mensal de até 03 (três) salários mínimos, piso nacional.

Parágrafo Único. Os requisitos deverão coexistir simultaneamente para ensejar a concessão do benefício.

Art. 3º.Consideram-se doenças graves para os fins de isenção:

I – AIDS (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida);

II – Alienação mental;

III – Cardiopatia grave;

IV – Cegueira;

V – Contaminação por radiação;

VI – Doença de Paget em estados avançados (Osteíte deformante);

VII – Doença de Parkinson;

VIII – Esclerose múltipla;

IX – Espondiloartrose anquilosante;

X – Fibrose cística (Mucoviscidose);

XI – Hanseníase;

XII – Nefropatia grave;

XIII – Hepatopatia grave;

XV – Paralisia irreversível e incapacitante; e

XVI – Tuberculose ativa.

Art. 4º. Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação, produzindo seus efeitos a partir de 01.01.2015 (primeiro de janeiro de dois mil e quinze), para os lançamentos tributários do exercício de 2015 em diante, revogadas as disposições em contrário."

Acesso ao Sumário

O ato normativo impugnado, de autoria do legislativo municipal (fls. 150/151), foi alvo de parecer contrário da Procuradoria do Município de Martinópolis (fls. 122/134) e vetado pelo Sr. Prefeito Municipal (fls. 135/148), veto este rejeitado na Câmara dos Vereadores (fls. 149), ocasionando sua promulgação pelo Presidente da Casa Legislativa.

Registra-se, ***ab initio***, no âmbito estadual limitado o controle concentrado de constitucionalidade – à luz do art. 125, § 2º, da Constituição da República –, a análise da conformação do ato normativo impugnado tem como parâmetro

7 Nota: ausente o inciso XIV do art. 3º no documento.

dispositivos da Constituição Bandeirante, inviável pronunciamento sobre eventuais violações à Carta Maior – sob pena, inclusive, de usurpação de competência própria do Supremo Tribunal Federal –, ou mesmo à legislação infraconstitucional, a exemplo da Lei Orgânica local.

A despeito de inequívoca intenção de promoção da justiça social, diante da concessão de isenção tributária em situações restritas inseridas no bojo da lei impugnada, a validade do ato legislativo não guarda vinculação exclusiva à matéria nele regulada, que deve apresentar compatibilidade vertical com aquelas que lhe servem de parâmetro – aspecto substancial, ou nomoestática constitucional –, sem prejuízo do rigor e estrita observância ao processo legislativo que o antecedeu – aspecto formal do ato, ou nomodinâmica constitucional – como forma de efetiva, segura e integral inserção no ordenamento jurídico.

A Constituição da República adotou em seu artigo 61 sistema pluralístico de iniciativa legislativa (fase inicial do processo legislativo), conferindo ordinariamente a prerrogativa a sujeitos diversos. Todavia, o § 1º do mesmo dispositivo excepciona a regra geral, dispondo sobre matérias específicas que estão sujeitas à iniciativa legislativa **privativa** do Chefe do Executivo, as quais devem ser interpretadas em caráter restrito por opção político-normativa.

Tratando-se de norma vinculada ao princípio da simetria, seus preceitos devem ser observados nas respectivas Cartas dos Estados-Membros (art. 25 da Constituição da República), bem assim nas próprias Leis Orgânicas dos Municípios do Estado de São Paulo, à luz do que dispõe o art. 144 da Constituição Bandeirante ("*Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por Lei Orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição.*").

Nesse sentido, já definiu o C. Supremo Tribunal Federal:

"***As regras do processo legislativo federal, especialmente as que dizem respeito à iniciativa reservada, são normas de observância obrigatória pelos Estados-membros.***" (ADI 2719, Relator: Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/2003, DJ 25-04-2003) – negritou-se.

Cediço que ao Legislativo local compete ordinariamente a edição de normas gerais, de caráter abstrato e coativo, a serem observadas pelos munícipes, no que se incluem os integrantes da própria administração municipal.

Todavia, a despeito dos fundamentos que compõem a inicial desta ação direta, a competência legislativa sobre matéria tributária não recai, exclusivamente, ao Chefe do Executivo, equivocado o entendimento de que representa exercício de direção superior da Administração (art. 47, inciso II, da Constituição Bandeirante).

Acesso ao Sumário

Interpretação dos artigos 19, inciso I[8], e 24[9], da Carta Paulista, sem olvidar disposições atinentes à iniciativa legislativa insertas na Constituição da República, inequivocamente conduz à conclusão de que há verdadeira competência legislativa concorrente, dos Poderes Executivo e Legislativo, para proposições de leis que envolvam normas de natureza tributária.

O C. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do ARE nº 743480 RG, rel. Min. Gilmar Mendes, atribuindo repercussão geral ao tema, posicionou-se no seguinte sentido:

"*Tributário. Processo legislativo. Iniciativa de lei. 2. Reserva de iniciativa em matéria tributária. Inexistência. 3. Lei municipal que revoga tributo. Iniciativa parlamentar. Constitucionalidade. 4. Iniciativa geral. Inexiste, no atual texto constitucional, previsão de iniciativa exclusiva do Chefe do Executivo em matéria tributária. 5. Repercussão geral reconhecida. 6. Recurso provido. Reafirmação de jurisprudência.*" (ARE 743480 RG, Relator: Min. GILMAR MENDES, julgado em 10/10/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-228 DIVULG 19-11-2013 PUBLIC 20-11-2013)

Em outras oportunidades, questionada a iniciativa legislativa de leis envolvendo matéria tributária propostas pelo Legislativo, mesmo com repercussão no orçamento do Executivo, como assentado na exordial, foi ratificada a competência concorrente em caso de estrita similitude:

"*AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO.* ***CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. INICIATIVA LEGISLATIVA. MATÉRIA TRIBUTÁRIA. CONCORRÊNCIA ENTRE PODER LEGISLATIVO E PODER EXECUTIVO. LEI QUE CONCEDE ISENÇÃO. POSSIBILIDADE AINDA QUE O TEMA VENHA A REPERCUTIR NO ORÇAMENTO MUNICIPAL.*** *RECURSO QUE NÃO SE INSURGIU CONTRA A DECISÃO AGRAVADA. DECISÃO QUE SE MANTÊM POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. 1. O recurso extraordinário é cabível contra acórdão que julga constitucionalidade* in abstracto *de leis em face da Constituição Estadual, quando for o caso de observância ao princípio da simetria. Precedente: Rcl 383, Tribunal Pleno, Rel. Min. Moreira Alves. 2.* ***A iniciativa para início do processo legislativo em matéria tributária pertence concorrentemente ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo (art. 61, § 1º, II, b, da CF). Precedentes: ADI 724-MC, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso***

Acesso ao Sumário

8 "Artigo 19 – Compete à Assembleia Legislativa, com a sanção do Governador, dispor sobre todas as matérias de competência do Estado, ressalvadas as especificadas no art. 20, e especialmente sobre:

I – sistema tributário estadual, instituição de impostos, taxas, contribuições de melhoria e contribuição social;"

9 "Artigo 24 – A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Assembleia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Tribunal de Justiça, ao Procurador-Geral de Justiça e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição."

de Mello, DJ de 15.05.92; RE 590.697-ED, Primeira Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Dje de 06.09.2011; RE 362.573-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Eros Grau, Dje de 17.08.2007). *3.* In casu*, o Tribunal de origem entendeu pela inconstitucionalidade formal de lei em matéria tributária por entender que a matéria estaria adstrita à iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo, dada a eventual repercussão da referida lei no orçamento municipal. Consectariamente, providos o agravo de instrumento e o recurso extraordinário, em face da jurisprudência desta Corte. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.*" (AI 809719 AgR, Relator: Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 09/04/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-078 DIVULG 25-04-2013 PUBLIC 26-04-2013) – grifou-se. No mesmo sentido: ARE 640208 AgR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 20.09.2011; RE 590697 ED, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 23.08.2011.

Consagrada a competência concorrente para deflagração do processo legislativo, conclui-se pela inexistência de violação do princípio da separação dos poderes, irrelevante, como visto, que o tema implique em possíveis reflexos no orçamento municipal.

Frisa-se que a lei impugnada não instituiu qualquer programa de governo, não impôs obrigações ao Executivo, ou mesmo revelou ato típico de administração municipal a justificar sustentada ingerência na esfera própria deste Poder. Tratou-se, apenas, de criar norma isentiva tributária, à luz da discricionariedade inerente às políticas públicas, de caráter excepcional e restritivo.

Em obra dedicada ao estudo do Direito Municipal, Hely Lopes Meireles[10] bem disseca o tema:

"*A atribuição típica e predominante da Câmara é a 'normativa', isto é, a de regular a administração do Município e a conduta dos munícipes, no que afeta aos interesses locais. A Câmara não administra o Município; estabelece, apenas, normas de administração. Não executa obras e serviços públicos, dispõe, unicamente, sobre a sua execução. Não compõe nem dirige o funcionalismo da Prefeitura; edita, tão somente, preceitos para sua organização e direção. Não arrecada e nem aplica as rendas locais; apenas institui ou altera tributos e autoriza sua arrecadação e aplicação. Não governa o Município; mas regula e controla a atuação governamental do Executivo, personalizado no Prefeito.*

(...)

A interferência de um Poder no outro é ilegítima, por atentatória da separação institucional de suas funções (CF, art. 2º).

Por idêntica razão constitucional, a Câmara não pode delegar funções ao prefeito, nem receber delegações do Executivo. Suas atribuições são incomunicáveis, estanques, intransferíveis (CF, art. 2º). Assim como não cabe à

Acesso ao Sumário

10 Direito Municipal Brasileiro, 1ª ed., São Paulo, Malheiros, 2000, p. 506-507.

Edilidade praticar atos do Executivo, não cabe a este substituí-la nas atividades que lhe são próprias."

Nesse contexto, não há que se falar em invasão da esfera de atuação exclusiva do Poder Executivo, quando ao Legislativo é assegurada a competência concorrente para legislar sobre matéria tributária – que não se confunde com orçamentária (art. 47, XVII, Constituição Estadual) –, ausente violação aos princípios constitucionais invocados (independência dos poderes, razoabilidade, legalidade, moralidade e supremacia do interesse público) nem mesmo no aspecto material da norma atacada.

Não bastasse, pertinente transcrever os judiciosos fundamentos do parecer ministerial de fls. 188/194, que opinou pela improcedência do pedido, em acréscimo aos já declinados, ***verbis***:

"*Também não se verifica ofensa aos arts. 174, I a III, e 176, I, da Constituição Estadual porque não se trata de matéria orçamentária, cuja reserva de iniciativa pertence ao Chefe do Poder Executivo, nem de início de programa ou projeto não previsto no orçamento. Quando muito, a imprevisão obstaria a execução da lei no exercício de sua edição, não nos subsequentes.*

E nem se arquitete óbice radicado no art. 25 da Constituição Estadual. O preceito normativo veda projetos de lei sem indicação de recursos próprios para fazer face à majoração de despesa pública, não inviabilizando isenções ou reduções tributárias. (...)

*De outra parte, não há, na Constituição Paulista em vigor, nenhum dispositivo expresso que atribua a exclusividade de iniciativa das leis concessivas de isenção fiscal ao Executivo. Como se sabe, a iniciativa reservada constitui exceção à regra da iniciativa geral ou concorrente e, consoante lição básica de hermenêutica da pena de Carlos Maximiliano, '**interpretam-se estritamente os dispositivos que instituem exceções às regras gerais firmadas pela Constituição**' (Hermenêutica e Aplicação do Direito, Rio de Janeiro: Forense, 16ª ed., p. 313)*".

Ademais, nem mesmo a tese de "renúncia de receita", com invocação do art. 14 da Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) pode subsidiar o exame específico de constitucionalidade à luz dos requisitos elencados no dispositivo, tratando-se a hipótese, quando muito, de controle de legalidade da norma questionada.

Restrito o âmbito da ação direta, à luz do art. 125, § 2º, da Carta Federal, é parâmetro ao controle de constitucionalidade os dispositivos da Constituição Estadual. Nesse sentido:

"*AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECRETO Nº 41.149/2008 DO GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. NATUREZA REGULAMENTAR.*

ATO SECUNDÁRIO. CONTROLE DE LEGALIDADE. PRETENSÃO INCOMPATÍVEL COM A VIA DA AÇÃO DIRETA. 1. Decisão denegatória de seguimento de ação direta de inconstitucionalidade por manifesto descabimento. 2. Vocacionada ao controle da constitucionalidade das leis e atos normativos, a ação direta de inconstitucionalidade não constitui meio idôneo para impugnar a validade de ato regulamentar e secundário em face de legislação infraconstitucional. Precedentes. Agravo regimental conhecido e não provido." (STF – ADI: 4127 RJ, Relator: Min. ROSA WEBER, Data de Julgamento: 16/10/2014, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-217 DIVULG 04-11-2014 PUBLIC 05-11-2014)

Por fim, pertinente consignar que este Colendo Órgão Especial, em oportunidades distintas, declarou a constitucionalidade de leis municipais de iniciativa do Legislativo que dispunham sobre isenção do imposto predial e territorial urbano em hipóteses específicas:

"*AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade promovida pelo Ilustre Prefeito do Município de Ocauçu, Estado de São Paulo, por meio da qual se questiona a adequação constitucional da Lei Complementar Municipal nº 06, de 09 de setembro de 2013, que* '*dispõe sobre a isenção do imposto Predial e Territorial Urbano e das taxas de Serviços Urbanos e dá outras providências.*' *CONSTITUCIONALIDADE – A Constituição de 1988 não veda a iniciativa do Poder Legislativo em legislar sobre matéria tributária. A circunstância de as leis que versem sobre matéria tributária poderem repercutir no orçamento do ente federado não conduz à conclusão de que sua iniciativa é privativa do chefe do executivo. Por sua vez, a concessão de isenção tributária por meio de lei de iniciativa do Poder Legislativo também não representa nenhum vício de inconstitucionalidade Precedentes. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE IMPROCEDENTE.*" (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2011272-69.8.26.0000, rel. Des. Roberto Mac Cracken, j. em 14.05.2014)

"*Lei Municipal, de iniciativa parlamentar, que concede isenção de IPTU aos portadores de doenças graves (que especifica) e seus responsáveis legais – Inconstitucionalidade pleiteada pelo Prefeito por entender que a matéria é de competência exclusiva do Poder Executivo – Posição do colendo STF no sentido de admitir a competência concorrente do Legislativo – Diretriz que se segue – Ação improcedente*" (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0270090-35.2012.8.26.0000, rel. Des. Ênio Zuliani, j. em 26.06.2013).

Meu voto, portanto, julga improcedente a pretensão.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0303318-69.2010.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é requerente FEDERAÇÃO BRASILEIRA DOS BANCOS – FEBRABAN, é requerido PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE LIMEIRA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "MANTIVERAM A DECISÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35014)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente), EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY e JOÃO NEGRINI FILHO.

São Paulo, 29 de abril de 2015.

CAMPOS MELLO, Relator

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 4.480/2009 de Limeira, por vício de iniciativa. Acórdão que não divergiu do entendimento externado no Acórdão de Repercussão Geral em Recurso Extraordinário nº 610.221/SC. Descabimento da retratação. Decisão mantida.

Acesso ao Sumário

VOTO

O Órgão Especial, por maioria, julgou procedente ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pela Federação Brasileira dos Bancos – FEBRABAN, para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 4.480/2009 do Município de Limeira, que dispunha sobre isolamento visual e implantação de senhas para controle do atendimento nas agências de instituições bancárias, por vício de iniciativa.

O Ministério Público interpôs recurso extraordinário, que foi admitido a fls. 482/483. Remetidos os autos ao Supremo Tribunal Federal (cf. fls. 485), os

autos retornaram, em virtude de existência da repercussão geral (cf. fls. 485vº). Em seguida, analisado o processo precedente (Rec. Ext. 610.221), retornaram os autos e o recurso extraordinário foi julgado prejudicado, pelo então presidente da Corte, Desembargador Ivan Sartori. Foi interposto agravo de instrumento, o qual não foi conhecido (cf. fls. 560/562). A Procuradoria Geral de Justiça peticionou, com o argumento de que ocorrera erro material e pediu para que os autos fossem encaminhados ao Órgão Especial para que fosse exercido o juízo de retratação. Após, foi proferida a decisão a fls. 575, com base no art. 543-B, § 3º do C.P.C. e os autos vieram-me conclusos.

É o relatório.

Não é caso de retratação, nem era caso de remessa destes autos a este Relator. O ilustre subscritor da decisão a fls. 575 não se houve com o costumeiro acerto.

Com efeito, a decisão deste Órgão Especial **não** divergiu do entendimento consolidado no Supremo Tribunal Federal, segundo o qual o Município dispõe de competência para legislar sobre assuntos locais, entre os quais as circunstâncias de atendimento de usuários da rede bancária estabelecida na localidade (Rec. Ext. 610.221/SC – Repercussão Geral – Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie, DJE 20.08.2010).

Muito ao contrário, o acórdão a fls. 383/387 taxativamente proclamou que o Município dispõe de competência para legislar sobre o atendimento do público em agências bancárias, por força do disposto no art. 30, I, da Constituição Federal e ainda trouxe à colação precedente do Pretório Excelso a respeito do tema (Rec. Ext. 432.789-9/SC, 1ª T., Rel. Min. Eros Grau, DJU 7.10.2005). Ocorre que a lei municipal de Limeira nº 4.480/2009 foi declarada inconstitucional por outro motivo. O que esta Corte decidiu é que a lei em questão padecia de vício de iniciativa, o que redundou na respectiva inconstitucionalidade. Apenas isso. Em consequência não é cabível nenhuma retratação, pois não há nenhuma discrepância com o entendimento externado no leading case.

Pelo exposto, mantenho o acórdão a fls. 383/387, tal como lançado.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2153392-38.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE ILHA COMPRIDA e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE ILHA COMPRIDA.

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 19.035)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente), EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY e BORELLI THOMAZ.

São Paulo, 29 de abril de 2015.

JOÃO NEGRINI FILHO, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI MUNICIPAL Nº 61/1993 – ILHA COMPRIDA – NORMA QUE DELIMITA COMO ZONA URBANA TODO O TERRITÓRIO DO MUNICÍPIO DE ILHA COMPRIDA – MEDIDA QUE VIOLA O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E REDUZ A PROTEÇÃO AMBIENTAL DA UNIDADE DE CONSERVAÇÃO DE ESPECIAL INTERESSE (ART. 196 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO) – AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE, PARA DECLARAR INCONSTITUCIONAL A LEI EM QUESTÃO.

VOTO

Trata-se de ação, com pedido de tutela antecipada liminar, movida pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo objetivando a declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 61, de 15 de dezembro de 1993. A norma em questão delimita como Zona Urbana todo o território do Município de Ilha Comprida.

Funda-se a inicial, primeiramente, na assertiva de que o processo legislativo da referida norma contrariou o disposto nos arts. 180, inc. II; 181, *caput* e § 1º; e 191, todos da Constituição Estadual de São Paulo, ao não propiciar a participação popular na discussão do projeto de lei e no planejamento urbanístico do Município. Em seguida, argumenta a Procuradoria Geral de Justiça que o direito ao meio ambiente equilibrado tem índole constitucional (federal e estadual)

Acesso ao Sumário

fundamental, sendo certo que tal preceito resta desrespeitado pela consideração de todo o território do Município como Área Urbana, medida que busca permitir o uso do território de forma incompatível com a proteção ambiental exigida pelas características naturais da área (existência de remanescentes de Mata Atlântica, praias, mangues, dunas, sítios arqueológicos e espécies raras de aves no local). Salienta que a região em análise é considerada Reserva da Biosfera do Planeta (característica reconhecida e declarada pela UNESCO) e que o Município integra o "Complexo Estuarino Lagunar de Iguape-Paranaguá", área especialmente protegida cuja utilização, nos termos do art. 196 da Constituição Paulista, depende de prévia autorização e deve se dar dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente. Esclarece que a lei em questão fez com que todo o território municipal se tornasse passível de ocupação, para as mais diversas formas de uso (instalação de moradia, comércio e até indústria), o que evidentemente restringe a sua proteção ambiental e, por consequência, viola os arts. 180, incs. III, IV, e V; 184, inc. IV; 191; 192; 196; 197; e 198 da Constituição Estadual. Sustenta, outrossim, que a Lei Municipal nº 61/1993 não passa pelo "teste" da razoabilidade e viola tal princípio, expressamente previsto pela Carta Paulista (art. 111) para nortear não só a Administração Pública, mas também a atividade legislativa. Por fim, argumenta que a aludida lei contraria o princípio da vedação ao retrocesso socioambiental.

A liminar foi indeferida (fl. 69).

A Câmara Municipal de Ilha Comprida prestou informações às fls. 86/104. Afirmou que em todo o território do Município há 175 loteamentos aprovados e implantados ao longo das décadas de 1950 a 1980, com as correspondentes matrículas junto ao Registro de Imóveis. Sustentou, outrossim, que Ilha Comprida foi classificada como Área de Proteção Ambiental (APA) pelo Decreto Estadual nº 30.817/1989, porém até o presente momento não foi elaborado o necessário Plano de Manejo (o Estado de SP apenas recentemente constituiu a Comissão de Integração Ambiental para tal finalidade – 13.05.2014, conforme Resolução copiada à fl. 104), o que tem dificultado a ordenação urbanística e ambiental da Municipalidade. Reconheceu que o Plano de Manejo constitui o instrumento próprio e competente para regulamentar a APA de Ilha Comprida, sobrepondo-se a toda e qualquer legislação, inclusive a Lei Municipal nº 61/1993. Salientou, ainda, que o Município tem autonomia político-administrativa (art. 2ª da Constituição Federal), a qual inegavelmente inclui o poder de legislar sobre sua auto-organização e sobre os interesses peculiares à circunscrição da Municipalidade. E salientou que o Município emancipou-se apenas em 1992, sendo certo que o Decreto instituidor da APA, de 1989, já havia disciplinado as exigências ambientais para novos loteamentos, o que não afetou a questão registral dos imóveis, mas modificou em sua essência a função social da propriedade privada. Esclareceu, com base nisso, que a Lei nº 61/1993

Acesso ao Sumário

não é incompatível com a CE, visto que outras normas já trazem exigências ambientais para a concessão de autorização para empreendimentos imobiliários. Concluiu, por fim, que apenas a elaboração do Plano de Manejo (art. 27 da Lei do SNUC) teria o condão de interferir na regulamentação territorial municipal sem que isso ofendesse a autonomia e a independência político-administrativa local.

A Prefeitura Municipal de Ilha Comprida também se manifestou, apontando, em acréscimo aos argumentos da Câmara Municipal, que, ao contrário de outros municípios que se desenvolveram ao redor de um centro, Ilha Comprida tem seus 175 loteamentos (criados entre 1950 e 1970, época em que ainda não estava emancipada) espalhados por todo o território, estando correta, portanto, a classificação de todo o perímetro municipal como zona urbana. Acrescenta que a maioria dos lotes autorizados possui 250 metros quadrados, o que é incompatível com qualquer área rural. Esclarece, outrossim, que tal situação não prejudica a proteção ambiental da região, visto que as intervenções nos lotes deverão obedecer o regramento da APA, segundo outras leis municipais. Salienta, ainda, que a competência legislativa para a delimitação da área urbana, inclusive para fins de tributação (ITR x IPTU), é do município, conforme se depreende do art. 30 da CF e dos arts. 29 e 32 do CTN. E registra, por fim, que o Ministério Público obteve a concessão de antecipação de tutela em ação civil pública movida contra o Município de Ilha Comprida, na qual se determinou a obrigatoriedade de exigência de licenciamento ambiental para a concessão de alvará municipal de construção, medida que vem sendo regularmente cumprida (fls. 109/130).

A D. Procuradoria-Geral do Estado entendeu falecer-lhe interesse da defesa do ato impugnado (fls. 75/77).

Devidamente intimada, a D. Procuradoria de Justiça reiterou os argumentos apresentados na inicial, ressaltando que, se quase toda a área do Município está ocupada por loteamentos, não seria necessária a edição da lei em debate para a declaração de que todo o território municipal é considerado como área urbana, visto que o pressuposto para o parcelamento do solo é a condição urbana da área (fls. 162/168).

É o relatório.

A ação deve ser julgada procedente.

Inicialmente, cumpre registrar não haver evidências de que a Lei Municipal nº 61, de 15 de dezembro de 1993, padeça de vício de inconstitucionalidade formal.

Isso porque o autor da ação não se desincumbiu do ônus de demonstrar que o processo legislativo da referida norma teria contrariado o disposto nos arts. 180, inc. II; 181, *caput* e § 1º; e 191, da Constituição Estadual de São

Acesso ao Sumário

Paulo, ao não propiciar a participação popular na discussão do projeto de lei e no planejamento urbanístico do Município.

Observe-se que não consta da inicial ou da manifestação da Procuradoria de Justiça de fls. 162/168 requerimento de produção de provas da irregularidade formal no processo legislativo da referida norma. É certo, ademais, que a Câmara e a Prefeitura Municipais, sem a devida provocação da parte contrária, não apresentaram cópia do procedimento de aprovação do projeto de lei pelo Legislativo e da posterior sanção pelo Executivo.

Diante disso, inviável o acolhimento de inconstitucionalidade por vício formal.

Todavia, no que tange à parte material da norma, o reconhecimento da inconstitucionalidade é de rigor, por duplo fundamento.

O primeiro diz respeito à diminuição da proteção ambiental provocada pela delimitação de todo o território do Município de Ilha Comprida como Zona Urbana.

Como bem apontado pelo Ministério Público, o território da Municipalidade está situado no Complexo Estuarino Lagunar de Iguape-Cananéia, espaço que goza de especial proteção ambiental, segundo o art. 196 da Constituição do Estado de São Paulo, devendo a sua utilização estar de acordo com lei específica e contar com prévia autorização, a fim de assegurar a preservação do meio ambiente.

Ou seja, a área em questão tem relevância ambiental destacada em texto constitucional (além da sua elevação ao *status* de Área de Proteção Ambiental – APA pelo Decreto Estadual nº 30.817/1989), o que denota a super-proteção que sobre ela deve recair.

Diante disso, e considerando que as exigências previstas no nosso ordenamento (federal, estadual e municipal) para a intervenção em terrenos urbanos são nitidamente mais brandas do que aquelas referentes à intervenção em terrenos rurais ou situados em áreas de proteção ou especial interesse ambiental, é certo que a Lei Municipal em tela reduz o arcabouço jurídico de proteção ambiental de todo o território de Ilha Comprida. Isso contraria frontalmente a disposição constitucional que reconhece tal área como especialmente protegida em termos ambientais (art. 196 da CE).

Sem prejuízo, vale registrar que perante a 1ª Vara Judicial de Iguape tramita Ação Civil Pública movida pelo *Parquet* contra o Município de Ilha Comprida, na qual se pleiteia a correção da ocupação territorial desordenada que vem ocorrendo na Municipalidade-ré, inclusive com edificação de imóveis em APP e a realização de obras públicas sem a avaliação e a prévia autorização pela autoridade ambiental competente.

O processo está em fase de instrução, mas foi deferido o pedido de

Acesso ao Sumário

tutela antecipada formulado pelo MP (fls. 138/139), no sentido de se passar a exigir a avaliação ambiental antes da concessão de autorização municipal para construções ou execuções de obras públicas, momento a partir do qual, segundo informou a própria Prefeitura na sua manifestação de fls. 109/130, o número de alvarás concedidos pela Administração Municipal reduziu sensivelmente.

Tal fato demonstra inequivocamente que a classificação da integralidade do território do Município como Zona Urbana diminui, na teoria e na prática, a proteção ambiental que deve recair sobre a área, que possui especial interesse constitucional, como já dito.

O segundo motivo que fundamenta a procedência da presente ação é a violação ao princípio da razoabilidade, insculpido no art. 111 da Constituição de São Paulo.

Mesmo quem nunca esteve em Ilha Comprida pode verificar de casa, por meio de recursos de informática como o *Google Earth*, que o território daquele Município é recoberto em sua maior parte por vegetação – nativa ou em diversos graus de regeneração.

Não se nega que parte significativa do local esteja urbanizada. Todavia, o fato de a vegetação de grande parte dos loteamentos realizados entre as décadas de 1950 e 1980 restar intocada – motivo pelo qual, aliás, positivou-se na Constituição do Estado o especial interesse ambiental daquela região, instituindo-se inclusive APA no local – demonstra claramente que a classificação de todo o território de Ilha Comprida não obtém sucesso no chamado "teste" de razoabilidade.

De fato, na linha do que argumenta o MP na inicial, a norma em questão não é necessária (a delimitação de todo o território como Zona Urbana interessa aos proprietários de terrenos cuja finalidade é a ocupação e o uso do solo, não à Administração Pública em si); adequada (sendo área de relevante interesse ambiental, não se mostra pertinente reduzir, como visto, o arcabouço de proteção de todo o território do Município); ou proporcional em sentido estrito (o eventual ganho obtido com a classificação de toda a sua área como Zona Urbana – possivelmente apenas de natureza tributária – não suplanta os prejuízos trazidos pela diminuição da proteção ambiental de Ilha Comprida).

Enfim, ainda que o Município tenha competência para legislar sobre assuntos de interesse local (art. 30, inc. I, da Constituição Federal), é imperiosa a conformidade da lei municipal à Constituição do Estado e da República. E, como demonstrado acima, no caso em tela a norma municipal contrariou ditames constitucionais – o que não impede, todavia, que a Zona Urbana seja delimitada em nova lei que não reduza a proteção ambiental da região e, ao mesmo tempo, atenda ao critério da razoabilidade, visto que o centro da cidade de Ilha Comprida, por exemplo, é área inegavelmente já urbanizada.

Acesso ao Sumário

Pelo exposto, a presente ação deve ser julgada procedente, reconhecendo-se a inconstitucionalidade da Lei nº 61, de 15 de dezembro de 1993, do Município de Ilha Comprida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2009802-66.2015.8.26.0000, 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 29.345)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (Presidente), 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, FRANÇA CARVALHO, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI e LUIZ AMBRA.

São Paulo, 13 de maio de 2015.

FRANCISCO CASCONI, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI Nº 6.151 DE 15 DE OUTUBRO DE 2014, DO MUNICÍPIO DE OURINHOS, QUE INSTITUI A 'SEMANA DE CONSCIENTIZAÇÃO, PREVENÇÃO E COMBATE À VERMINOSE' – INICIATIVA ORIUNDA DO PODER LEGISLATIVO LOCAL – INVIABILIDADE – INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL CARACTERIZADA – LEI QUE DISCIPLINA MATÉRIA PRÓPRIA DE GESTÃO PÚBLICA, EM ATO DE ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL, CUJA INICIATIVA CABE EXCLUSIVAMENTE AO CHEFE DO EXECUTIVO – VIOLAÇÃO DO

Acesso ao Sumário

PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – ATO LEGISLATIVO IMPUGNADO, ADEMAIS, QUE ACARRETA CRIAÇÃO DE DESPESA SEM INDICAR RESPECTIVA FONTE DE CUSTEIO – OFENSA AOS ARTIGOS 5º, 24, § 2º, ITEM 2, 25, 47, INCISOS II, XIV, XIX, ALÍNEA 'A', 144, E 176, INCISO I, DA CONSTITUIÇÃO BANDEIRANTE – PRECEDENTES – PRETENSÃO PROCEDENTE.

VOTO

Ação de inconstitucionalidade voltada contra a Lei nº 6.151, de 15 de outubro de 2014, do Município de Ourinhos, que institui a "Semana de Conscientização, Prevenção e Combate à Verminose" no município de Ourinhos, na primeira semana de abril de cada ano (art. 1º) e dá outras providências.

Fundamentada pretensão em apontado vício de iniciativa, porquanto a lei impugnada ostenta autoria de vereador municipal, alcançando matéria de administração pública, além de macular princípio da separação dos poderes diante da imposição de obrigações ao Executivo local, sem indicação da fonte de custeio para sua concretização, ofendendo, neste particular, artigos 25 e 176, inciso I, da Carta Bandeirante.

Liminar deferida a fls. 23/24. Citado, o Procurador Geral do Estado manifestou-se a fls. 30/32, apontando desinteresse na defesa da lei contrastada, por tratar de matéria exclusivamente local.

A Câmara Municipal de Ourinhos prestou informações e acostou documentos a fls. 38/59, destacando a ilegitimidade ativa ***ad causam***.

A Douta Procuradoria Geral de Justiça, em parecer encartado a fls. 61/69, opinou pela procedência do pedido.

É o Relatório.

Prefacialmente, ratifica-se a legitimidade ativa da Sra. Prefeita Municipal na hipótese dos autos, com assento no art. 90, inciso II, da Constituição Estadual, ainda que subscrita a vestibular somente por procurador, uma vez firmado instrumento mandatário com poderes especiais (fls. 9).

Acesso ao Sumário

A propósito, assim já decidiu este C. Órgão Especial:

"*AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEGITIMIDADE ATIVA. Propositura pelo Prefeito Municipal (artigo 90, II, da Constituição Estadual). Como o Prefeito pode propor diretamente a ação direta sem o concurso de advogado, indiferente que o faça outorgando poderes a outro procurador, ainda que não Procurador do Município, não podendo a lei municipal se sobrepor ao disposto na Constituição Federal. Procuração outorgada pelo Prefeito com poderes especiais para propor ação direta de*

inconstitucionalidade. Preliminar suscitada pela Câmara Municipal, afastada." (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0188372-79.2013.8.26.0000, rel. Des. João Carlos Saletti, j. em 22.10.2014).

Pretensão deduzida busca extirpar do ordenamento jurídico a Lei nº 6.151, de 15 de outubro de 2014, do Município de Ourinhos (fls. 20), que "*institui a Semana de Conscientização, Prevenção e Combate à Verminose no Município de Ourinhos e dá outras providências*", ostentando a seguinte redação, ***verbis***:

"***Art. 1º.*** *Fica instituída a Semana de Conscientização, Prevenção e Combate à Verminose na primeira semana de abril de cada ano.*

Art. 2º. *A Semana de Conscientização, Prevenção e Combate à Verminose tem como objetivos:*

I – *Promover a conscientização e orientar com regras básicas de cuidados de higiene domiciliar e pessoal para evitar a contaminação, através de profissionais qualificados;*

II – *Viabilizar a integração de órgãos e entidades, públicos e privados, em ações conjuntas em benefício da comunidade;*

III – *Viabilizar aos acadêmicos de diversos cursos de graduação em nível superior a realização de trabalhos de campo junto à comunidade, em conjunto com os voluntários das instituições participantes;*

IV – *Possibilitar através de órgãos competentes, exames clínicos a serem realizados junto à Rede Pública de Saúde;*

V – *Disponibilizar, durante a Semana, distribuição gratuita de vermífugos, mediante requisição médica;*

VI – *Elaborar e distribuir cartilhas didáticas para ficar à disposição da comunidade em geral, apontando as causas, os sintomas, os meios de prevenção à verminose e onde procurar tratamento.*

Art. 3º. *As despesas decorrentes da presente Lei correrão por conta das dotações orçamentárias próprias, suplementadas se necessário.*

Art. 4º. *Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.*"

O ato legislativo impugnado tem gênese no Projeto de Lei nº 22/2014, de autoria do Vereador José Roberto Tasca (fls. 42/46), sendo alvo de pareceres contrários de lavra da assessoria jurídica da Câmara Municipal (fls. 12/15) e do Relator da Comissão de Justiça e Redação (fls. 16), ambos fundamentados em inconstitucionalidade formal por vício de origem.

A despeito da competência do Município para legislar sobre tema de interesse eminentemente local (art. 30, inciso I, da Constituição da República), inclusive sobre saúde a demonstrar preocupação com melhoria do bem-estar populacional, o ato legislativo municipal deve guardar obrigatória

Acesso ao Sumário

compatibilidade vertical com aqueles que lhe servem de parâmetro – aspecto substancial, ou nomoestática constitucional –, sem prejuízo do rigor e estrita observância ao processo legislativo que o antecedeu – aspecto formal do ato, ou nomodinâmica constitucional – como forma de efetiva, segura e integral inserção no ordenamento jurídico.

A Constituição da República adotou em seu artigo 61 sistema pluralístico de iniciativa legislativa (fase inicial do processo legislativo), conferindo ordinariamente a prerrogativa a sujeitos diversos. Todavia, o § 1º do mesmo dispositivo excepciona a regra geral, dispondo sobre matérias específicas que estão sujeitas à iniciativa legislativa **privativa** do Chefe do Executivo, as quais devem ser interpretadas em caráter restrito por opção político-normativa.

Trata-se de norma vinculada ao princípio da simetria, cujos preceitos devem ser observados nas respectivas Cartas dos Estados-Membros (art. 25 da Constituição da República), bem assim nas próprias Leis Orgânicas dos Municípios do Estado de São Paulo, à luz do que dispõe o art. 144 da Constituição Bandeirante ("*Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por Lei Orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição.*").

Nesse sentido, já definiu o C. Supremo Tribunal Federal na ADI 2719, Relator Min. CARLOS VELLOSO, Pleno, julgado em 20/03/2003, DJ 25-04-2003.

Cediço que ao Legislativo local compete ordinariamente a edição de normas gerais, de caráter abstrato e coativo, a serem observadas pelos munícipes, no que se incluem os integrantes da própria administração municipal.

Com efeito, na linha do fundamentado parecer ministerial acostado a fls. 61/69, as disposições do ato normativo impugnado revelam interferência do Poder Legislativo na esfera do Executivo Municipal, ao invadir seara de ato concreto de administração.

Ao instituir a "Semana de Conscientização, Prevenção e Combate à Verminose", programa público municipal de saúde – buscando eminentemente conscientização e prevenção dos munícipes – no âmbito da Administração Municipal, houve evidente ingerência do Legislativo local em matéria de competência própria do Executivo com imposição de obrigações (***v.g.***, a realização de exames clínicos na Rede Pública de Saúde, distribuição gratuita de vermífugos e elaboração de cartilhas didáticas sobre prevenção e tratamento – art. 2º, incisos IV, V e VI). Trata-se, inequivocamente, de tema próprio de **organização administrativa** (artigo 61, § 1º, II, 'b', Constituição da República), adentrando seara atinente às realizações materiais inerentes à Administração, alterando a rotina e estrutura das unidades administrativas.

Como bem fundamentou o ilustre parecer da D. Procuradoria de Justiça,

Acesso ao Sumário

"*a inconstitucionalidade transparece exatamente pelo divórcio da iniciativa parlamentar da lei local com esses preceitos da Constituição Estadual. Pois, ao estabelecer atribuições ao Poder Executivo, de um lado, ela viola o art. 47, II, XIV e XIX, 'a', no estabelecimento de regras que respeitam à direção da administração e à organização e ao funcionamento do Poder Executivo, matéria essa que é da alçada da reserva da Administração, e de outro, ela ofende o art. 24, § 2º, 2, na medida em que impõe atribuição ao Poder Executivo, assunto cuja iniciativa legislativa lhe é reservada*".

Logo, a deflagração do processo legislativo competia, privativamente, ao Chefe do Executivo Municipal, à luz do que dispõe o artigo 24, § 2º ("*Compete, exclusivamente, ao Governador do Estado a iniciativa das leis que disponham sobre*"), item 2 ("*criação e extinção das Secretarias de Estado e órgãos da administração pública, observado o disposto no artigo 47, XIX;*"), e 47, incisos II ("*exercer, com o auxílio dos Secretários de Estado, a direção superior da administração estadual*"), XIV ("*praticar os demais atos de administração, nos limites da competência do Executivo*") e XIX ("*dispor, mediante decreto, sobre:*"), alínea "a" ("*organização e funcionamento da administração estadual, quando não implicar aumento de despesa, nem criação ou extinção de órgãos públicos;*"), c.c. artigo 144 da Constituição Estadual.

In casu, a iniciativa legislativa é atribuída ao Vereador José Roberto Tasca (42/46), o que reflete grave mácula do ato legislativo promulgado, abalando a independência e separação dos Poderes asseguradas no art. 5º da Constituição Bandeirante ("*São Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.*"). Registra-se, também, pareceres contrários da Assessoria Jurídica da própria Câmara Municipal (fls. 12/15) e do Relator da Comissão de Justiça e Redação (fls. 16), onde apontado o vício sumariamente ignorado pelos edis.

Tratando-se o vício de iniciativa de invalidade insuscetível de convalidação mesmo por eventual sanção do Chefe do Executivo (nesse sentido, superada a Súmula nº 5 do Pretório Excelso – ADI nº 1.438/DF, rel. Min. Ilmar Galvão, Douto Juízo 11.08.2002; opinião também sustentada por Gilmar Ferreira Mendes *in* "Curso de Direito Constitucional", Saraiva, 8ª edição, pág. 871, bem como Alexandre de Moraes *in* "Direito Constitucional", Atlas, 27ª edição, pág. 676), não há como afastar a mácula que assola o ato legislativo impugnado, flagrante a inconstitucionalidade formal.

Não bastasse, a lei impugnada invariavelmente acarreta, além de providências administrativas incutidas ao Executivo, diante de necessária incrementação da estrutura da Administração para adequada prestação do serviço público, inegável aumento de despesa.

Entretanto, não há indicação da correlata fonte de custeio a suportar tais

Acesso ao Sumário

gastos, violando o contido no artigo 25 da Constituição Bandeirante ("*Nenhum projeto de lei que implique a criação ou o aumento de despesa pública será sancionado sem que dele conste a indicação dos recursos disponíveis, próprios para atender aos novos encargos.*"). É o que tem decidido este C. Órgão Especial: ADIn nº 0.186.864-35.2012.8.26.0000, j. de 08.05.13, Rel. Des. CAUDURO PADIN; ADIN nº 0.039.795-62.2013.8.26.0000, j. de 12.06.13, Rel. Des. ENIO ZULIANI; ADIn nº 0.084.460-66.2013.8.26.0000, j. de 12.03.14, Rel. Des. FERREIRA RODRIGUES; e ADIn nº 0.189.321-06.2013.8.26.0000, v.u., j. de 26.03.14, Rel. Des. EVARISTO DOS SANTOS, dentre outros arestos.

Nesse particular, insuficiente alusão genérica contida no artigo 3º ("*As despesas decorrentes com a execução desta Lei correrão por conta de dotações orçamentárias próprias, suplementadas se necessário*").

Não se tem notícia, ademais, de inclusão do programa na lei orçamentária anual, contrastando assim com disposição do artigo 176, inciso I, da Constituição do Estado ("*Artigo 176. São vedados: I – o início de programas, projetos e atividades não incluídos na lei orçamentária anual;*").

Por fim, pertinente consignar que este Colendo Órgão Especial já declarou a inconstitucionalidade de leis estritamente similares, diante da iniciativa parlamentar, editadas em outras Municipalidades:

"*AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MUNICÍPIO DE OURINHOS. LEI MUNICIPAL Nº 6.070, QUE ESTABELECE A SEMANA DE EDUCAÇÃO À EXPOSIÇÃO SOLAR INFANTIL PREVENTIVA AO CÂNCER DE PELE* '*SOL AMIGO DA INFÂNCIA*'. INICIATIVA PARLAMENTAR. INVASÃO DA COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. VÍCIO FORMAL RECONHECIDO. AUSÊNCIA DA ESPECIFICAÇÃO DA FONTE DE CUSTEIO DAS DESPESAS DECORRENTES DA LEI. AFRONTA AOS ARTIGOS 25 E 176, I, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. PRECEDENTES DO ÓRGÃO ESPECIAL. AÇÃO PROCEDENTE." (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2121973-97.2014.8.26.0000, rel. Des. Neves Amorim, j. em 12.11.2014). No mesmo sentido: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0088295-62.2013.8.26.0000, rel. Des. Ênio Zuliani, j. em 14.08.2013; Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0088281-78.2013.8.26.0000, rel. Des. Ruy Coppola, j. em 28.08.2013.

Meu voto julga procedente a pretensão para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 6.151, de 15 de outubro de 2014, do Município de Ourinhos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de

Inconstitucionalidade nº 2223742-51.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor ASSOCIAÇÃO COMERCIAL E INDUSTRIAL DE GARÇA – ACIG, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE GARÇA e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE GARÇA.

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 25.752/15)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (Presidente), ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, FRANÇA CARVALHO, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI e PAULO DIMAS MASCARETTI.

São Paulo, 13 de maio de 2015.

VANDERCI ÁLVARES, Relator

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei Municipal nº 4.928/2014 que, alterando a Lei nº 3.908/2005, do município de Garça, alterou seu artigo 1º para incluir o § 4º, proibindo o "funcionamento dos estabelecimentos comerciais no dia 5 de maio, data da emancipação político administrativa do Município, exceto os estabelecimentos regidos por legislação específica, tais como: farmácias e drogarias, supermercados, postos de combustível, padarias, açougues, bares e similares".

1. Não afronta a Constituição Estadual norma municipal que disciplina interesse local sem afrontar os princípios constitucionais de direito, mormente o princípio da isonomia, ao conferir tratamento desigual a desiguais, mantendo abertos estabelecimentos que comercializam produtos considerados de natureza essencial, determinando o fechamento do restante do comércio no dia 5 de maio, visando a plena comemoração do dia reservado à emancipação político-administrativa da cidade.

Acesso ao Sumário

Reserva constitucional prevista no artigo 144, da Constitucional Estadual, ratificando a autorização contida no artigo 30, I, da Carta Magna.

2. Ausência de disciplina envolvendo interesses trabalhistas na norma em questão, vislumbrando-se nesta propositura precípuo interesse particular, visando resguardar lucro pessoal dos associados à entidade autora, tutela amparada, em tese, por remédio jurídico diverso da presente ação direta de inconstitucionalidade.

3. Julgaram improcedente a ação.

VOTO

Vistos.

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade manejada pela ASSOCIAÇÃO COMERCIAL E INDUSTRIAL DE GARÇA contra o PREFEITO e o PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE GARÇA, em face da Lei Municipal nº 4.928/2014 que, alterando a Lei nº 3.908/2005, alterou seu artigo 1º para incluir o § 4º com a seguinte disposição : "***Fica terminantemente proibido o funcionamento dos estabelecimentos comerciais no dia 5 de maio, data da emancipação político administrativa do Município, exceto os estabelecimentos regidos por legislação específica, tais como: farmácias e drogarias, supermercados, postos de combustível, padarias, açougues, bares e similares***".

Prestaram informações o digno Prefeito e o Presidente da Câmara Municipal de Garça, em fls. 119 e 110/116, respectivamente.

Opinou a douta Procuradoria Geral de Justiça pela improcedência da ação (fls. 122/127).

É o sucinto relatório.

2. Voto.

A ação é improcedente.

Os fundamentos da autora expostos na inicial se dividem, ora asseverando não se mostrar "*justo e muito menos moral que parte da população se beneficie com a lei enquanto muitos outros (funcionários de postos de combustível, bares, padarias, farmácias, supermercados, etc) tenham que continuar trabalhando na referida data*" – fls. 3 – ora afirmando que o ato normativo impugnado "*infringe totalmente ... preceito constitucional na medida que possibilita que uma parte dos comerciantes continue desempenhando suas atividades em feriado municipal, auferindo lucro, enquanto outros devem cessá-las e arcar*

com os prejuízos advindos da paralisação indevida" – fls. 6.

Invoca, precipuamente, ofensa ao princípio constitucional da isonomia.

Essa impugnação, ora defendendo os interesses dos empregados, ora dos empregadores, aí incluídos os donos de comércio, indústrias e prestadores de serviços, não deixando entrever onde e em favor ou desfavor de quem há ofensa a direito amparado por norma constitucional, bem revela a ausência da propalada inconstitucionalidade, como se verá a seguir.

No ato normativo impugnado não existem contornos trabalhistas, ausente disciplina dirigida aos funcionários do comércio.

Há disciplina regulando o movimento comercial da cidade, frente às comemorações da emancipação político-administrativa do município.

O princípio da isonomia se encontra preservado, na medida em que os estabelecimentos que permanecerão em funcionamento são diferentes e comercializam produtos considerados essenciais, de natureza diversa daqueles que deverão permanecer fechados.

É o tratamento desigual a desiguais, já interpretado por Rui Barbosa, na Oração aos Moços: "***...Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real***".

A Súmula 419 do Supremo Tribunal Federal assim preceitua: "***OS MUNICÍPIOS TÊM COMPETÊNCIA PARA REGULAR O HORÁRIO DO COMÉRCIO LOCAL, DESDE QUE NÃO INFRINJAM LEIS ESTADUAIS OU FEDERAIS VÁLIDAS***".

O interesse tutelado pela Lei Municipal nº 4.928/2014 é local, disciplina as festividades próprias da cidade, o que se insere na autorização constitucional descrita no artigo 30, I, da própria Carta Magna: "***Compete aos Municípios: I – legislar sobre assuntos de interesse local; ...***".

Essa delegação vem ratificada pelo artigo 144, da Constituição Estadual, ditando: "***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***".

Anote-se que a pretensão inicial, a despeito da legitimidade ativa conferida à Associação Comercial autora para perseguir os direitos de seus associados, defende interesses particulares restritos a um determinado grupo de comerciantes, os quais, em tese, poderiam se valer de remédio jurídico diverso desta ação direta de inconstitucionalidade, acaso se sentissem efetivamente lesados em seu interesse pessoal.

3. *Ex positis*, pelo meu voto, julgo improcedente a ação.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2000372-90.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autora PREFEITA MUNICIPAL 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 36415)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (Presidente), LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, FRANÇA CARVALHO, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, 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, 13 de maio de 2015.

ADEMIR BENEDITO, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 6.155/2014, do Município de Ourinhos – Legislação, de iniciativa parlamentar, que dispõe sobre a implantação do serviço de "Disque-Violência contra a Mulher" do Município de Ourinhos e dá outras providências – 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 Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pela PREFEITA DO MUNICÍPIO DE OURINHOS, com pedido liminar, impugnando a Lei Municipal nº 6.155/2014, oriunda do Projeto de Lei nº 146/2013, que tem por objetivo "*autorizar a implantação do serviço Disque-Violência Contra a*

Mulher".

Em síntese, alega existência de vício de iniciativa e ofensa ao princípio da separação dos poderes. Diz que ao estabelecer que o Executivo municipal implante serviço de "Disque-Violência Contra a Mulher", pratica ato administrativo que seria de competência exclusiva da Prefeita, pois claramente refere-se a organização do serviço público, com deslocamento de servidores públicos. Aduz que tal serviço já existe no âmbito do Município de Ourinhos, chamado de "Disque 100". Alega que a lei impugnada não estabelece a origem dos recursos que custearão a execução do programa, o que fere frontalmente o previsto no art. 25 da Constituição Estadual. Cita precedente que lhe favorece.

A liminar foi deferida a fls. 25/26, determinando-se a suspensão da vigência e eficácia da lei inquinada de inconstitucionalidade, até final julgamento da presente ação.

O D. Procurador Geral do Estado entendeu pela ausência de interesse em manifestar-se *in casu* (fls. 37/39).

O Presidente da Câmara Municipal prestou as informações requeridas (fls. 41/43).

A D. Procuradoria de Justiça, no parecer de fls. 65/71, opinou pela procedência da presente ação de inconstitucionalidade.

É o relatório.

Primeiramente analisa-se a preliminar arguida pela Presidência da Câmara Municipal de Ourinhos, que fica rejeitada.

Não há que se falar em indeferimento da petição inicial por vício de representação.

A exordial vem subscrita por advogado do Município, que possui poderes específicos para tanto, conforme se afere de procuração outorgada pela Ilma. Prefeita de Ourinhos (fls. 10).

Passa-se, então, à análise do mérito da ação.

A Lei nº 6.155, de 15 de outubro de 2014, que "*autoriza a implantação do serviço Disque-Violência contra a Mulher*", inquinada de inconstitucional, é de iniciativa parlamentar e, por se tratar de norma afeita à organização da Administração Pública local, entende a requerente, Chefe do Executivo Municipal, que sua competência, privativa, foi usurpada pelo Legislativo daquele Município, em nítida afronta aos termos dos artigos 5º, *caput* e 25 da CF/88 e 47, II e XIX, 144 e 176, estes da Constituição do Estado de São Paulo.

Examinando a questão, 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.

Certo é que ao Município é dado legislar sobre assuntos de interesse local,

nos termos do artigo 30, inciso I, da Constituição Federal de 1988.

Entretanto, faz-se necessária a observância de determinados requisitos na produção legislativa, em especial os princípios extraídos da Lei Maior.

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 privativa, segundo a regra constitucional (artigos 24, § 2º, 4 e 144, da Constituição Estadual), para criar programa governamental, consistente no serviço de "Disque-Violência Contra a Mulher".

A legislação, na forma que apresentada, denota a ingerência da Câmara Municipal de Ourinhos em atribuições exclusivas do Poder Executivo de referido município, 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.***"

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.

Ademais, a Prefeita Municipal de Ourinhos justificou seu veto, afirmando que "*já existe o Disque 100. Tal serviço acolhe denúncias que envolvem todo tipo de violações de direitos contra pessoa humana. Com objetivo de receber/acolher denúncias, procurando interromper a situação de violência de direitos humanos, o serviço atua em três níveis*" (fls. 15/16).

Por fim, deve-se anotar que a realização do programa previsto pela lei trará determinado custo sem que se especifique de onde será retirado esse valor.

É sabido que o empenho de verbas públicas deve vir obrigatoriamente acompanhado da forma de seu custeio, apenas se admitindo a criação de despesas mediante a co-respectiva previsão da receita orçamentária destinada a cobri-la, conforme art. 167, inciso II e § 3º, da Constituição Federal, aplicável,

ante o princípio do paralelismo, aos demais entes da Federação, e também nos arts. 52 e 54 da Lei Complementar nº 101/2000.

Pelo exposto, a presente ação direta deve ser julgada procedente para se reconhecer a inconstitucionalidade da Lei nº 6.155, de 15 de outubro de 2014, do Município de Ourinhos, confirmando-se a liminar anteriormente concedida em todos os seus efeitos.

Agravos Regimentais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2022311-29.2015.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante ASSOCIAÇÃO PAULISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 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. IMPEDIDOS OS EXMOS. SRS. DES. LUIZ ANTONIO DE GODOY E BORELLI THOMAZ.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.566)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente sem voto), TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI e VANDERCI ÁLVARES.

São Paulo, 8 de abril de 2015.

ARANTES THEODORO, Relator

Ementa: Mandado de segurança. Impetração a benefício de integrantes do Ministério Público estadual. Ato Normativo PGJ 836. Supressão da vedação ao auxílio-moradia no caso de o cônjuge

Acesso ao Sumário

ocupar imóvel funcional ou já perceber o benefício na mesma localidade. Liminar. Descabimento. Inocorrência da situação indicada no artigo 7º da Lei 12.016/2009. Ausência de risco de dano de difícil reversão, havendo sim, em contrapartida, o chamado risco reverso. Agravo regimental improvido.

VOTO

Cuida-se de agravo regimental tirado de despacho que negou liminar em mandado de segurança oposto contra a negação de requerimento da Associação Paulista do Ministério Público de concessão de auxílio-moradia sem a restrição do inciso III do artigo 2º do Ato Normativo PGJ nº 836, de 8 de outubro de 2014, isto é, quando "*cônjuge ou companheiro ocupe imóvel funcional ou perceba auxílio-moradia na mesma localidade*".

A recorrente afirma cabível a liminar ante o risco de lesão irreparável consequente à falta de percepção do auxílio-moradia naqueles casos e salienta, a propósito, que a lei de regência do Ministério Público no Estado de São Paulo prevê a concessão do benefício, mas sem dispor sobre aquela sorte de restrição, que tampouco foi apontada na Ação Originária nº 1.773-DF.

A decisão foi mantida.

É o relatório.

O despacho ora combatido assim se apresenta:

"*A impetração se volta contra ato do Procurador Geral da Justiça que indeferiu requerimento formulado pela Associação Paulista do Ministério Público de concessão de auxílio-moradia sem a restrição contida no inciso III do artigo 2º do Ato Normativo nº 836, de 8 de outubro de 2014, qual seja, a vedação ao auxílio quando* '*cônjuge ou companheiro ocupe imóvel funcional ou perceba auxílio-moradia na mesma localidade*'.

O impetrante alega que como a lei de regência do Ministério Público paulista prevê a concessão do auxílio-moradia sem aquela sorte de restrição, o aludido Ato Normativo não poderia instituí-la, tendo ao fazê-lo violado direito líquido dos interessados, contrariado o princípio constitucional proteção à família e afrontado o princípio da igualdade, o que enseja a concessão de liminar.

No entanto, à parte aprofundado exame valorativo do tema, não identifico risco de dano irreparável ou de difícil reparação a justificar a concessão daquela sorte de medida.

Ademais, não posso deixar de considerar que o § 2º do artigo 7º da Lei n.º 12.016/2009 expressamente veda a concessão de liminar que tenha por objeto '*a concessão de aumento ou a extensão e vantagens ou pagamentos de*

qualquer natureza'.

Por isso, indefiro a liminar. Requisitem-se informações à digna autoridade apontada e, oportunamente, dê-se vista à Procuradoria de Justiça."

Vê-se, portanto, que a negação da liminar ocorreu sob duplo fundamento, isto é, (1) a ausência de risco de lesão irreparável ou de difícil reversão e (2) a presença de impedimento legal à concessão ou extensão de vantagens a servidores públicos.

Aqui, porém, a recorrente só se insurge contra o primeiro fundamento.

Logo, ainda que razão ela tivesse quanto a tal tópico remanesceria incólume o segundo motivo apontado pelo relator, por si só suficiente para manter a negação da liminar.

De todo modo, na realidade nem quanto ao primeiro fundamento a recorrente tem razão.

Consoante o artigo 7º da Lei 12.016/2009, a liminar em mandado de segurança só se justifica no caso de sua denegação levar à ineficácia da medida que ao final possa ser concedida.

Mas essa não era a situação, eis que como está evidente nenhum dano irreparável resultava da falta de concessão da liminar.

Afinal, a negação só afetava os membros do Ministério Público cujo "*cônjuge ou companheiro ocupe imóvel funcional ou perceba auxílio-moradia na mesma localidade*", isto é, casais que desfrutavam de moradia oficial ou cujo par já recebia o benefício e que, por isso, bem podiam aguardar o julgamento de mérito quanto ao que aqui era postulado.

Em contrapartida, risco reverso haveria na hipótese de concessão da liminar, no caso de ao cabo do processo se reputar inocorrente o direito àquela vantagem pecuniária.

Isto porque, consoante entendimento corrente, a denegação de mandado de segurança não pode vir acompanhada de ordem para devolução de valores à Fazenda Pública.

De fato, este Órgão Especial mesmo tem decidido que a pretensão ao reembolso de valores deve "*ser exercida em ação própria, com as garantias do contraditório e da ampla defesa, uma vez que o mandado de segurança não constitui sucedâneo da ação de cobrança (Súmula 269 do STF)*" (Emb. Decl. em MS nº 0047805-95.2013.8.26.0000/50001, rel. Des. Pires Neto, 12.2.2014).

Ora, naquele contexto mostrava-se dispensável indagação sobre a realidade do direito alegado pela impetrante, já que conforme se anotou para a concessão de liminar em mandado de segurança a lei não se contenta com a relevância do fundamento, mas exige, concomitantemente, o risco de lesão de difícil reversão.

Acesso ao Sumário

Em suma, a recorrente não apresenta motivo que justifique a reforma da decisão que indeferiu a liminar.

Nega-se provimento ao agravo regimental.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2145290-27.2014.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes DIONE MARTINS MUNIZ e GILSON BRAZ DA CUNHA, é agravada FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "POR MAIORIA DE VOTOS, NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL. FARÁ DECLARAÇÃO DE VOTO O EXMO. SR. DES. ANTONIO CARLOS MALHEIROS.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.555)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente), EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, MOACIR PERES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO e SILVEIRA PAULILO, negando provimento ao agravo regimental; e, ANTONIO CARLOS MALHEIROS (com declaração) julgando prejudicado o agravo regimental, com observação.

São Paulo, 25 de fevereiro de 2015.

JOSÉ RENATO NALINI, Presidente e Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Agravo Regimental – Deferimento do pedido de suspensão dos efeitos da antecipação da tutela concedida, determinando imediata inclusão nas folhas de pagamento do adicional de qualificação (AQ) – Tutelas de urgência inadmitidas pelo ordenamento jurídico (cf. Arts. 5º, *caput*, da Lei nº 4.348/1964, 1º da Lei nº 9.494/1997 e 7º, §§ 2º e 5º, da Lei nº 12.016/2009) – Restrição imposta à concessão de tutelas antecipadas cuja constitucionalidade foi

declarada pelo E. STF – Risco de dano à ordem e à economia públicas – Impacto grave no orçamento e na organização da Administração Pública – Agravo não provido.

VOTO

Vistos, etc.

Irresignados com a decisão que deferiu o pedido de suspensão dos efeitos da tutela antecipada concedida nos autos do processo nº 1009897-85.2014.8.26.0053, Dione Martins Muniz e Gilson Braz da Cunha interpuseram agravo regimental sob a alegação de ausência de perigo de lesão à ordem e à economia públicas.

É uma síntese do necessário.

Conforme consignado na decisão atacada, não se ignora que a suspensão de tutelas de urgência é providência excepcional. Porém, trata-se de medida constitucionalmente admitida, se, como no caso vertente, *provada a flagrante ilegitimidade*, e necessária para evitar grave lesão à ordem e à economia públicas, consoante a pacífica compreensão de nossos tribunais, em especial do STF.[1]

A decisão cujos efeitos são impugnados **determinou** ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo **a imediata inclusão, nas folhas de pagamento dos servidores/autores, do adicional de qualificação (AQ)**, vantagem pecuniária introduzida por meio da LC Estadual nº 1.217/2013, que acresceu os arts. 37-A e 37-B à LC Estadual nº 1.111/2010.

Ocorre que o art. 5º, *caput*, da Lei nº 4.348/1964 – **aplicável à tutela antecipada por força do art. 1º da Lei nº 9.494/1997**[2] – estabelece que "**não será concedida a medida liminar de mandados de segurança** impetrados **visando à** reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou **extensão de vantagens**." (grifei)

Aliás, a constitucionalidade da norma do art. 1º da Lei nº 9.494/1997 – **que então estende à tutela antecipada as restrições existentes à concessão de outras liminares contra o Poder Público** – foi declarada pelo E. Supremo Tribunal Federal na ADC nº 4/DF, rel. Min. Sidney Sanches (rel. p/ acórdão Min. Celso de Mello[3]), **julgada em 1º de outubro de 2008**.

Acesso ao Sumário

1 **SS n.º 432-8 AgR/DF**, rel. Min. Sidney Sanches, j. 11.3.1992; **SS n.º 1.149-9 AgR/PE**, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 3.4.1997; **ADC n.º 4-6/DF**, rel. p/ acórdão Min. Celso de Mello, j. 1.10.2008.

2 **Art. 1º**. Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992.

3 A redação foi confiada regimentalmente ao Min. Celso de Mello porque, quando da conclusão do julgamento, o Min. Sidney Sanches, que não ficou vencido, já estava aposentado.

Se isso não bastasse, **a regra do § 2º do art. 7º da Lei nº 12.016/2009**, cuja eficácia igualmente alcança as situações envolvendo as concessões de tutela antecipada (cf. § 5º do mesmo art. 7º [4]), **estabelece ser vedada a concessão de liminar que tenha por objeto a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamentos de qualquer natureza**.

Ao lado disso, a C. Corte Especial do E. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do AgRg na Suspensão de Segurança nº 1.870/RN, ocorrido em 3 de dezembro de 2008, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, **resolveu**, invocando o impacto orçamentário e os termos da Lei nº 4.348/1964, **pela suspensão do mandado de segurança que determinou a imediata implantação de gratificação de nível superior instituída pela Lei potiguar**.

Em outras oportunidades, o próprio STJ já tinha sublinhado a inadmissibilidade de antecipações de tutela contra a Fazenda Pública que tenham por objeto a concessão de aumento ou vantagem a servidores públicos: **Recurso Especial nº 230.878/PE**, rel. Min. Felix Fischer, j. 4.11.1999; **AgRg no Recurso Especial nº 464.178/RS**, rel. Min. Gilson Dipp, j. 5.12.2002; **Recurso Especial nº 573.281/RS**, rel. Min. Felix Fischer, j. 13.4.2004; **AgRg no Agravo de Instrumento nº 701.863/PE**, rel. Min. Gilson Dipp, j. 6.12.2005.

Enfim, **um juízo mínimo de delibação da controvérsia**, admitido pela jurisprudência do E. STF[5], **e aqui realizado sob o enfoque do princípio constitucional da proporcionalidade e a orientação dos precedentes das E. Cortes Superiores, levou ao deferimento do pedido**, até porque não se ofendeu, naquela decisão, a Súmula nº 729 do STF[6], **tampouco se discutiu restabelecimento de vantagem ou remuneração de servidor público, admitido inclusive em sede liminar, consoante a jurisprudência do C. STJ**[7].

Sob outro prisma, a antecipação da tutela, uma vez subsistindo, desestabilizaria a organização da Administração Pública, repercutiria de modo indesejado sobre o erário, com danoso impacto orçamentário, porque possível sentir seu efeito replicador.

Diante do risco concreto de concessões generalizadas de aumento de vencimentos via implantação judicial do Adicional de Qualificação (AQ) – pois inequívoco o potencial multiplicador da decisão impugnada, que serve de

Acesso ao Sumário

4 Art. 7º. (...)

§ 5º As vedações relacionadas com a concessão de liminares previstas neste artigo se estendem à tutela antecipada a que se referem os arts. 273 e 461 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil.

5 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.

6 A decisão na Ação Direta de Constitucionalidade 4 não se aplica à antecipação de tutela em causa de natureza previdenciária.

7 AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 335.820/PE, rel. Min. Herman Benjamin, j. 15.8.2013; AgRg no Recurso Especial nº 1.196.927/MA, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 2.8.2012.

paradigma para situações símiles relacionadas com milhares de servidores do Tribunal de Justiça de São Paulo – **não há dúvida a respeito do sério perigo de desorganização das finanças públicas estaduais**.

Caso todo e qualquer **curso** de graduação e pós-graduação venha legitimar o AQ, independentemente de sua pertinência com o exercício da função pública, o impacto **mensal** no erário poderá superar R$ 3.000.000,00 (três milhões de reais), e isso se levado em conta, como base de cálculo, o vencimento **básico** dos servidores.[8]

Por sua vez, a normatização que cuida do AQ é complexa, exige estudos e planejamento direcionados à implantação da vantagem pecuniária – já em andamento – de sorte a restar evidente que a decisão questionada, deflagrando prematuramente a incorporação do adicional nas folhas de pagamento, interfere no desenvolvimento das funções da Administração, expondo a risco grave a ordem pública, compreendida como ordem administrativa.

Posto isso, nega-se provimento ao agravo regimental, garantindo-se, porém, e, em nome do mesmo interesse público na regulação uniforme da vantagem, que o ajuizamento de demandas judiciais não será tomado como óbice ao pagamento administrativo do benefício.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 32.273)

Meu voto seguia, ousando divergir da d. Relatoria, pelas razões que expunha, quais sejam, agravo regimental, interposto por funcionários desta Corte, contra decisão que deferiu pedido de suspensão dos efeitos de tutela antecipada, concedida nos autos do processo nº 1009897-85.2014.8.26.0053, sob o fundamento de ausência de perigo de lesão à ordem e à economia públicas.

A decisão, de Primeiro Grau, cujos efeitos são impugnados, determinou ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo a imediata inclusão, nas folhas de pagamento dos servidores/autores, do adicional de qualificação (AQ), vantagem pecuniária introduzida por meio da LC Estadual nº 1.217/2013, que acresceu os arts. 37-A e 37-B à LC Estadual nº 1.111/2010.

"Data venia", entendia que a tese dos agravantes deveria prosperar.

A alegação de sério perigo de desorganização das finanças públicas, que fundamentou a decisão, ora atacada, não prospera, uma vez que o art. 12, da Lei Complementar nº 1.217, de 12 de novembro de 2013, assim dispõe:

> ***Artigo 12 – As despesas decorrentes da aplicação desta lei complementar correrão à conta das dotações próprias consignadas***

Acesso ao Sumário

8 Fls. 106.

no orçamento programa vigente, suplementadas se necessário.

O comando normativo impõe que referido Adicional deveria ser pago desde o começo do ano, uma vez que determina que a produção de seus efeitos vigorou a partir de 1º de dezembro de 2013. Portanto, sendo de conhecimento da Administração que a necessidade de constar da Lei Orçamentária apresentada à Assembleia Legislativa a inclusão de dotação para o pagamento legalmente previsto, na forma do art. 13, da Lei, que assim dispõe:

> ***Artigo 13 – Esta lei complementar entra em vigor na data de sua publicação, produzindo seus efeitos a partir de 1º de dezembro de 2013, revogadas as disposições em contrário.***

Dessa forma, o que o Magistrado "a quo" fez, ao antecipar os efeitos da tutela, foi somente cumprir o que a Lei determina ao caso, uma vez que a Administração não efetivou o pagamento do referido adicional, como estabelecido.

Da mesma forma, a lei analisada não faz qualquer distinção quanto aos cursos de graduação e pós-graduação, para legitimar o direito ao recebimento e, se assim o fez, levava em conta o impacto mensal ao erário, seja de que extensão for, pois, assim, estabelece:

> ***Artigo 2º – Ficam acrescentados os seguintes artigos à Lei Complementar nº 1.111, de 25 de maio de 2010:***
>
> ***I –*** "***Artigo 37-A – É instituído o Adicional de Qualificação – AQ destinado aos servidores do Tribunal de Justiça, em razão dos conhecimentos adicionais adquiridos, comprovados por meio de títulos, diplomas ou certificados de cursos de graduação ou pós-graduação, em sentido amplo ou estrito.*** (grifo nosso)
>
> ***§ 1º – O adicional de que trata este artigo não será concedido quando o curso constituir requisito ou estiver no mesmo nível de escolaridade para ingresso no cargo efetivo ou em comissão.***
>
> ***§ 2º – Para efeito do disposto neste artigo, serão considerados somente os cursos e as instituições de ensino reconhecidos pelo Ministério da Educação, na forma da legislação.***
>
> ***§ 3º – Serão admitidos cursos de pós-graduação 'lato sensu' somente com duração mínima de 360 (trezentas e sessenta) horas.***
>
> ***§ 4º – O adicional de que trata este artigo não se incorporará para nenhum efeito e sobre ele não incidirá vantagem de qualquer natureza.***
>
> ***§ 5º – O adicional contemplará os aposentados somente se o título ou o diploma forem anteriores à data da inativação.***"***(NR)***
>
> ***II –*** "***Artigo 37-B – O Adicional de Qualificação – AQ incidirá sobre os vencimentos brutos equivalentes à base de contribuição previdenciária do cargo em que o servidor estiver em exercício, da***

Acesso ao Sumário

seguinte forma: (grifo nosso)

I – 12,5% (doze inteiros e cinco décimos por cento), em se tratando de título de Doutor;

II – 10% (dez por cento), em se tratando de título de Mestre;

III – 7,5% (sete inteiros e cinco décimos por cento), em se tratando de certificado de Especialização;

IV – 5% (cinco por cento), em se tratando de diploma de graduação em curso superior.

Portanto, as objeções, que também fundamentaram a decisão recorrida neste sentido, não mereciam guarida, uma vez que a lei tramitou por regular processo legislativo, devidamente aprovado pela Assembleia Legislativa, com a respectiva sanção do Governador do Estado de São Paulo (arts. 21 e ss. da Constituição Bandeirante), o que denota que, já submetido ao controle prévio de constitucionalidade (art. 28 da Constituição Estadual), com amplo conhecimento e acompanhamento pela Administração do Tribunal, à época.

Noto que qualquer postergação geraria direito ao pagamento de juros de mora e correção monetária, como já ocorreu no conhecido caso dos FAM's.

O direito ao Adicional de Qualificação foi uma conquista dos servidores, que, há anos buscavam reconhecimento profissional, já incorporados pelos demais Tribunais do país e, também, pelo Ministério Público estadual.

Por fim, não se verifica qualquer complexidade na normatização do Adicional criado pela Lei, uma vez que, mesmo antes da edição da norma, o próprio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo solicitou aos funcionários, quase um ano antes, que providenciassem a comprovação da escolaridade que lhes atribuíssem o direito aqui pleiteado.

Isto posto, pelo meu voto, eu dava provimento ao recurso.

No entanto, com a implementação administrativa, na própria data do julgamento, do que pleiteavam os servidores, nada mais resta do que dar-se o seu recurso como **prejudicado**.

ANTONIO CARLOS MALHEIROS. Desembargador

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 0021061-92.2015.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravada MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo,

proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.630)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente), EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, BORELLI THOMAZ e JOÃO NEGRINI FILHO.

São Paulo, 29 de abril de 2015.

JOSÉ RENATO NALINI, Presidente e Relator

Ementa: Agravo Regimental – Deferimento do pedido de suspensão dos efeitos da antecipação da tutela concedida em Ação Civil Pública, pela qual foi determinada a paralisação de todas as implantações de novas ciclovias, ciclofaixas e ciclorrotas de caráter permanente no Município de São Paulo – Evidenciado o risco de dano à ordem, à segurança e economia públicas – Agravo não provido.

VOTO

Vistos, etc.

Irresignado com a decisão que deferiu o pedido de suspensão dos efeitos da antecipação de tutela concedida nos autos da ação civil pública nº 1009441-04.2015.8.26.0053, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO interpôs agravo regimental sob a alegação de ausência de grave lesão de difícil reparação.

É uma síntese do necessário.

Sem embargo de zelo e cuidado que se reconhece na atuação do ilustre subscritor, o recurso descomporta provimento.

Conforme constou na decisão hostilizada, o pedido de suspensão de liminar ou de segurança é medida excepcional; é "*mecanismo de que se serve a Fazenda Pública para pleitear a suspensão, junto aos Presidentes dos Tribunais competentes para julgar o recurso interponível da decisão respectiva, dos efeitos de decisão proferida em seu desfavor por razões muito mais políticas, quiçá de conveniência administrativa, do que jurídicas. A maior*

Acesso ao Sumário

parte da doutrina defende arduamente a inconstitucionalidade do mecanismo, que, não obstante, tem ampla aceitação e aplicabilidade diuturna em todos os Tribunais brasileiros" (Cf. Cassio Scarpinella Bueno, Curso Sistematizado de Direito Processual Civil, Saraiva, vol. 4, p. 117).

A suspeita de inconstitucionalidade decorre, em linhas amplas, de sua colisão com a garantia de inafastabilidade do controle judicial e da garantia da efetividade da tutela jurisdicional, ambas derivadas do artigo 5º, XXXV, da CF. Todos os atos da Administração Pública podem, no sistema constitucional brasileiro, ser confrontados jurisdicionalmente, uma vez que a atividade administrativa é baseada no sistema da legalidade dita estrita, ou seja, o Administrador só pode praticar os atos que a lei impõe sejam praticados. Consequentemente, os limites do poder administrativo são os limites legais, e a verificação final de que esses limites foram obedecidos cabe ao Poder Judiciário.

Quando o Poder Judiciário atua, portanto, deve fazer valer a norma legal, e a proteção a quem viu violada a norma legal que o beneficia deve ser efetiva. Trata-se da ideia do *processo civil de resultados, que consiste* "*na consciência de que o valor de todo sistema processual reside na capacidade, que tenha, de propiciar ao sujeito que tiver razão uma situação melhor do que aquela em que se encontrava antes do processo. Não basta o belo enunciado de uma sentença bem estruturada e portadora de afirmações inteiramente favoráveis ao sujeito, quando o que ela dispõe não se projetar utilmente na vida deste, eliminando a insatisfação que o levou a litigar e propiciando-lhe sensações felizes pela obtenção da coisa ou da situação postulada. Na medida em que for praticamente possível, o processo deve propiciar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de receber (Chiovenda), sob pena de carecer de utilidade e, portanto, de legitimidade social. O processo vale pelos resultados que produz na vida das pessoas ou grupos, em relação a outras ou aos bens da vida (...)*" (cf. Cândido Rangel Dinamarco, Instituições de Direito Processual Civil, tomo I, 6ª ed., p. 111).

É este o fundamento constitucional da possibilidade de tutela de urgência, seja deferida como cautelar, seja como antecipatória. Caso não se garantam as condições para o futuro exercício da tutela jurisdicional, ou caso não se possa aguardar o encerramento do processo para os atos práticos decorrentes da decisão, indispensável deferir essas providências acautelatórias ou impor provisoriamente o cumprimento da tutela pretendida, sob pena de, isso não acontecendo, ser ineficaz o ato estatal e a tutela que é constitucionalmente garantida.

Acesso ao Sumário

Destarte, limitações a essas providências são excepcionais. Aliás, não obstante a doutrina, o Supremo Tribunal Federal já declarou constitucional o instituto da chamada "suspensão de segurança" ou de liminar (ADC 4), tornando-se claro ser justificável a restrição à garantia de acesso ao Poder Judiciário e suas decorrências, na hipótese de colisão com outros valores,

também constitucionalmente albergados, que estão incluídos na cláusula legal autorizadora da suspensão nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública (Lei n. 12.016/09).

Na espécie, justificou-se a suspensão pretendida.

Na decisão de antecipação de tutela impôs-se "a paralisação de todas as implantações de novas ciclovias, ciclofaixas e ciclorrotas de caráter permanente no Município de São Paulo, sem prévio estudo de impacto viário global e local, excetuando-se a continuidade da implantação da ciclovia da Avenida Paulista", sob pena de multa diária de R$ 10.000,00 para o caso de descumprimento, sem limite de cômputo global.

De início, o fundamento da decisão – falta de prévio estudo de impacto viário – não é o bastante, pelo menos, sem prévia oitiva do Município, para se determinar a suspensão das obras. Isso porque não se pode equiparar a alegação de estudo deficiente, como quer o agravante, à ausência completa de prévia avaliação do impacto.

Em segundo lugar, a decisão de paralisação parcial das obras reduz a capacidade do Município de interferir no tráfego urbano, causa pesado impacto na comunicação entre as vias e potencializa o risco de acidentes.

Ficou, assim, comprovada a alegação inicial de risco à economia, à ordem, à saúde e à segurança.

Posto isso, **nega-se** provimento ao agravo regimental.

Arguições de Inconstitucionalidade

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0088287-51.2014.8.26.0000, da Comarca de Bauru, em que é suscitante 6ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NÃO CONHECERAM DA ARGUIÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº**

30.875)

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente), EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES e FERREIRA RODRIGUES.

São Paulo, 8 de abril de 2015.

PÉRICLES PIZA, Relator

Ementa: ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. § 1º do art. 8º c.c. o art. 1º, VIII do Decreto Federal nº 7.420/2010, que possibilita o deferimento de indulto à pena de multa imposta aos condenados por crime de tráfico de drogas. Questão já enfrentada pelo Órgão Especial em outro incidente de inconstitucionalidade. Desnecessidade de novo pronunciamento sobre o tema. Inteligência do art. 481, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Arguição não conhecida.

VOTO

I – Trata-se de arguição de inconstitucionalidade suscitada pela C. 6ª Câmara de Direito Criminal, quando do julgamento do Agravo de Execução nº 0244516-44.2011.8.26.000, em relação ao art. 8º, § 1º, que, combinado com o art. 1º, VIII, do Decreto Federal nº 7.420/2010, possibilita o deferimento de indulto à pena de multa imposta aos condenados por crime de tráfico de drogas.

A Douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se preliminarmente pelo não conhecimento da arguição ou, no mérito, pelo acolhimento do incidente de inconstitucionalidade.

II – Não se conhece da arguição.

Isso porque a questão constitucional em análise já foi enfrentada por este C. Órgão Especial quando do julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade nº 0229909-89.2012.8.26.0000.

Assim ficou exposto na Ementa da supracitada arguição:

Acesso ao Sumário

"*Arguição de inconstitucionalidade – Suscitação pela 4ª Câmara Criminal desta Corte relativamente ao artigo 8º, 1º do Decreto Presidencial nº 7.420/2010 – Dispositivo que não excluiu da benesse (indulto) o condenado a pena de multa aplicada cumulativamente com a pena corporal em crime hediondo (artigo 33 da Lei nº 11.343/06) – Afronta à Constituição Federal – Arguição procedente*".

Assim sendo, já existindo pronunciamento deste C. Órgão Especial sobre o tema referente à inconstitucionalidade de se conceder indulto a condenados a pena de multa por crime de tráfico de drogas, é de se ter como prejudicado o conhecimento do presente incidente.

Tal entendimento reside de disposição expressa do artigo 481, parágrafo único, do CPC:

"*Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão*".

É exatamente o que ocorre no presente caso.

No mesmo sentido é a jurisprudência deste Tribunal de Justiça:

"*Arguição de Inconstitucionalidade. Lei Municipal de Guarulhos nº 5.753/2001, que deu nova redação ao art. 15 do Código Tributário local, e instituiu alíquotas progressivas do Imposto Predial e Territorial Urbano com base no fato de ser o imóvel residencial atendido por coleta de lixo e/ou iluminação. Reapreciação desnecessária nesta sede. Inteligência do art. 481, parágrafo único, do CPC. Recurso não conhecido*" (Arguição de Inconstitucionalidade nº 0431739-77.2010.8.26.0000, Rel. Des. Antonio Luiz Reis Kuntz, j. em 02.02.2011).

"*ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. Art. 26 da Lei nº 6.793, de 28 de dezembro de 2010, do município de Guarulhos. Norma que dispõe sobre lançamento, arrecadação e fiscalização do IPTU, reportando-se, entretanto, as alíquotas previstas no art. 15 da Lei nº 2.210, de 27/12/1997, com a redação dada pelo art. 7º da Lei nº 5.573, de 21/12/2001, cuja inconstitucionalidade já havia sido reconhecida por este C. Órgão Especial na arguição de inconstitucionalidade nº 185.741.0/2 (Rel. Des. Marco César Muller Valente, j. 16/12/2009). Desnecessidade de novo pronunciamento sobre o tema. Incidente não conhecido. Inteligência do art. 481, parágrafo único, do Código de Processo Civil:* '*Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão*'." (Arguição de Inconstitucionalidade nº 0001511-82.2013.8.26.0000, Rel. Des. Ferreira Rodrigues, j. em 12.11.2014).

E também do Supremo Tribunal Federal:

"*O art. 481, parágrafo único, introduzido no CPC pela L. 9.756/1998 que dispensa a submissão ao plenário, ou ao órgão especial, da arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do STF sobre a questão alinhou-se à construção jurisprudencial já então consolidada no Supremo Tribunal, que se fundara explicitamente na função outorgada à Corte de árbitro definitivo da constitucionalidade das leis*" (RE 433.101-AgRg, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 06/12/2005).

Assim, por já ter ocorrido pronunciamento por parte deste C. Órgão Especial reconhecendo a inconstitucionalidade do mesmo dispositivo inserto no Decreto nº 7.420/2010, este incidente não deve ser conhecido.

Ante ao exposto, não se conhece da presente arguição de inconstitucionalidade, nos termos do art. 481, parágrafo único, do Código de Processo Civil, determinando-se o retorno dos autos à C. 6ª Câmara de Direito Criminal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0081718-34.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 13ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NÃO CONHECERAM DA ARGUIÇÃO. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. BORELLI THOMAZ.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32291)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente), JOÃO NEGRINI FILHO, EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN e ADEMIR BENEDITO.

São Paulo, 29 de abril de 2015.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 15.573/2012,

do Município de São Paulo – Idêntica questão examinada anteriormente pelo Órgão Especial – Inexistência de conflito de constitucionalidade direto – Arguição de inconstitucionalidade não conhecida.

VOTO

Trata-se de arguição de inconstitucionalidade da Lei nº 15.573/2012, do município de São Paulo, suscitada pela Colenda 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, tendo sido determinada a suspensão do julgamento do Agravo de Instrumento nº 2030523-73.2014.8.26.0000, por entender a Turma Julgadora que, "*embora ainda se esteja no início de análise dos efeitos da referida lei, pois apenas iniciado o processo, já se antevê, também ante as primorosas considerações feitas na origem, desrespeito à Constituição Federal e à referida Lei de Licitações*" (fls. 285). Foram os autos encaminhados ao Órgão Especial. A Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo conhecimento e acolhimento do incidente (fls. 295/299).

É o relatório.

Idêntica questão foi objeto da Arguição de Inconstitucionalidade nº 0076743-66.2014.8.26.0000, julgada por este Colendo Órgão Especial em 28 de janeiro de 2015. Em conformidade com o voto do eminente Relator designado, Des. Márcio Bartoli, por maioria de votos, eis o que restou decidido naquela oportunidade:

> "1. Trata-se de arguição de inconstitucionalidade suscitada pela 13ª Câmara de Direito Público deste Tribunal de Justiça no julgamento do Agravo de Instrumento nº 2033786-16.2014.8.26.0000, a fim de dirimir, em sede de **controle difuso**, questão acerca da constitucionalidade da Lei nº 15.573, de 31 de maio de 2012, do Município de São Paulo, que autorizou '*a concessão administrativa de uso das áreas municipais situadas na Rua dos Protestantes, Centro, ao Instituto Luiz Inácio Lula da Silva – Instituto Lula*'.
>
> Consta do acórdão suscitante: '*[t]em-se que o Ministério Público ajuizou ação civil pública contra a Prefeitura Municipal de São Paulo e Instituto Luiz Inácio Lula da Silva, em busca de invalidar concessão de uso de imóvel a este, localizado na Rua dos Protestantes, no Centro desta Capital, autorizada pela Lei nº 15.573/12, por vislumbrar inconstitucionalidade na divulgação de acervo de apenas um ex-Presidente, sem lei municipal de incentivo a acervo presidencial, em ofensa aos princípios da legalidade, igualdade e da democracia e aos princípios da administração pública da impessoalidade, publicidade, moralidade, eficiência (art. 37, caput, da Constituição Federal), de exigência de*

Acesso ao Sumário

licitação, proporcionalidade, razoabilidade, economicidade, além de outros que tratam da boa administração e correta utilização de recursos e bens públicos, em prejuízo ao patrimônio público, à administração pública e ao interesse e patrimônio social. Ao apreciar o pedido de liminar, o D. Juiz decidiu: 'O controle da constitucionalidade e da legalidade da Lei Municipal nº 15.573/2012 é possível, pois esta, enquanto mera autorização legislativa para a concessão de uso de bem público a entidade privada, caracteriza-se como ato administrativo em sentido material; ou seja é lei apenas em sentido formal (...) 1) Verossimilhança do alegado. Assiste razão ao Ministério Público Estadual, pois, à primeira vista, a lei supra, enquanto ato administrativo em sentido material, ofende os princípios constitucionais da impessoalidade, da moralidade, da isonomia e da vedação de publicidade de programa ou atividade pública em promoção pessoal de autoridade ou servidor público e, ainda, a norma legal que exige licitação para a concessão de uso de bem público (...) 2) Dano de difícil reparação ou dano irreparável. O indeferimento da tutela antecipada importaria, evidentemente, em provável irreversibilidade da situação física do imóvel, pois seria possível ao instituto-réu iniciar a construção do memorial na área pública, inclusive finalizando-a durante o transcurso do processo, o que poderia futuramente ensejar a alegação de fato consumado, por sinal admitido em alguns casos pelo Egrégio TJSP, a despeito dos danos ambientais, urbanísticos e econômicos. (...) Nesse contexto, presentes os requisitos legais (artigo 273, caput *e incisos do CPC), concedo a tutela antecipada, requerida pelo MPE, para suspender a eficácia do ato administrativo em sentido material consubstanciado na Lei nº 15.573/2012 e, por conseguinte, determinar que os réus se abstenham de assinar o contrato de concessão administrativa de uso de imóvel público autorizada por tal lei e, caso já o tenham feito, que não iniciem ou continuem a sua execução, sobretudo quanto à ocupação efetiva da área pública concedida, sob pena de multa diária de quinhentos mil reais, a contar da intimação (...)', contra o que vem a insurgência recursal. Respeitado o esforço recursal, tem-se que a excelência na análise feita na r. decisão recorrida já deixa entrevista situações de inconstitucionalidade, tanto que o D. Magistrado deu início a ela com observação de que 'o controle da constitucionalidade e da legalidade da Lei Municipal nº 15.573/2012 é possível, pois esta, enquanto mera autorização legislativa para a concessão de uso de bem público a entidade privada, caracteriza-se como ato administrativo em sentido material; ou seja é lei apenas em sentido formal' (fls. 66). Depois, sem fugir ao tema da inconstitucionalidade, o D. Magistrado discorre sobre referida lei municipal atentar também contra a Lei Federal nº 8.666/93.*

Acesso ao Sumário

Conclui-se, pois, por ocorrer atentado contra os artigos 37, caput, 37, § 1º e 216, I da Constituição Federal, e, ainda ofensa aos artigos 17 e 24 da Lei Federal nº 8.666/93. E, com a devida vênia, embora ainda se esteja no início de análise dos efeitos da referida lei, pois apenas iniciado o processo, já se antevê, também ante as primorosas considerações feitas na origem, desrespeito à Constituição Federal e à referida Lei de Licitações. A destinação de imóvel público para fim reservado a particular, ainda que ex-Presidente da República, é vedada pela Constituição Federal, tal qual apontou o D. prolator da r. decisão recorrida, a exigir o também referido controle de constitucionalidade, que, embora permitido ao Juiz singular, é defeso ao segundo grau de jurisdição. À vista das indicações acima, precisas e concretas acerca da inconstitucionalidade da Lei nº 15.573, de 31 de maio de 2012, do Município de São Paulo, entendo deva ser o caso submetido ao C. Órgão Especial deste Tribunal de Justiça, para, depois, prosseguir a Turma Julgadora no julgamento ora suspenso' (fls. 1288/1290).

Manifestou-se a Procuradoria-Geral de Justiça pelo conhecimento e acolhimento do incidente, declarando-se a inconstitucionalidade da lei (fls. 1320/1324).

2. Por este voto, ouso divergir das posições adotadas em sessões anteriores, pelo E. Relator Des. **Luiz Antonio de Godoy**, que **acolhia** a arguição de inconstitucionalidade, e pelo E. Des. **Xavier de Aquino que a rejeitava**, por entender que essa **arguição de inconstitucionalidade não deve ser conhecida por este Órgão Especial**.

A Câmara suscitante afirmou a inconstitucionalidade da lei questionada, porque, ao autorizar a cessão de bem imóvel público para associação civil sem finalidade econômica (Instituto Luiz Inácio Lula da Silva), o legislador teria agido em desobediência aos artigos 37, *caput*, e § 1º, e 216, I, da Constituição Federal. Aponta, ainda, afronta aos artigos 17 e 24 da Lei Federal nº 8.666/93.

Acesso ao Sumário

3. Trata-se, contudo, de clara **hipótese de inconstitucionalidade reflexa, porque a aferição de eventual ofensa ao texto constitucional é condicionada, primeiramente, à análise da norma infraconstitucional** que trata dos **casos de dispensa de licitação**, que regulamenta o dispositivo constitucional que se reputa violado, o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal.

Com efeito, o mencionado dispositivo estabelece: '***ressalvados os casos especificados na legislação***, *as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas*

que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações' – grifado.

Veja-se, nesse sentido, que **o próprio acórdão que determinou a submissão da arguição a este Órgão Especial, destacou o fato de a Lei Municipal questionada afrontar disposições da Lei Federal nº 8.666/93**.

Cuidando-se, portanto, de inconstitucionalidade verificada por **via oblíqua**, em situação que o **Supremo Tribunal Federal** classifica como mera '*crise de legalidade*', desnecessária a manifestação deste Órgão Especial – que resta limitada, pela cláusula de reserva de plenário, a questões de constitucionalidade, quer em controle concentrado ou abstrato, quer em controle difuso ou incidental.

4. Em sede de **controle incidental**, assim como nesta arguição, ao tratar do tema da **inconstitucionalidade reflexa**, o **Ministro Sepúlveda Pertence** asseverou em julgamento do **STF**: '*De modo especial, se a Constituição, explícita ou implicitamente, remete o trato de determinada matéria à **lei ordinária**, não cabe o recurso extraordinário por contrariedade à Carta Fundamental, se a aferição desta pressupõe a revisão da inteligência e da aplicação dadas à norma inferior interposta*' – grifado.

Luís Roberto Barroso salienta: '*A ofensa à Constituição, como regra, deverá ter sido direta e frontal, e não indireta ou reflexa, como sucede nos casos em que um determinado ato normativo viole antes a lei*' – grifado.

Gilmar Ferreira Mendes e **Paulo Gustavo Gonet Branco** observam: '*A exigência de questão constitucional autorizou o Supremo Tribunal Federal a **rejeitar** repercussão geral sobre **temas cuja discussão seja infraconstitucional e a ofensa à Constituição reflexa ou indireta**. A Emenda Regimental n. 31/2009 do RISTF expressamente prevê que o relator poderá rejeitar a repercussão geral, declarando que a matéria é infraconstitucional (art. 324, § 2º, RISTF)*' – grifado.

Assim entende o **Supremo Tribunal Federal**: "*(...) Na realidade, a análise do conteúdo dos atos estatais em causa, para efeito de aferição de seu grau de compatibilidade vertical com a Constituição da República, impõe que se examinem, previamente, os textos de* '*diplomas legais de repercussão local*'. *Disso decorre que, entre os atos estatais ora questionados e as normas constitucionais invocadas como padrões de confronto, interpõem-se, como elementos interpretativos condicionantes,*

Acesso ao Sumário

diversas espécies jurídicas de índole meramente legal, de cuja eventual inobservância – e somente dela – poderá emergir o pretendido juízo de inconstitucionalidade, o que faz incidir, no caso, a restrição firmada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (...)' – grifado; *'(...) A afronta aos princípios da legalidade, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, dos limites da coisa julgada ou da prestação jurisdicional, quando depende, para ser reconhecida como tal, da análise de normas infraconstitucionais, configura apenas ofensa indireta ou reflexa à Constituição da República*'; '*(...) Esta Corte firmou orientação no sentido de ser inadmissível, em regra, a interposição de recurso extraordinário para discutir matéria relacionada à ofensa aos princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, quando a verificação dessa alegação depender de exame prévio de legislação infraconstitucional, por configurar situação de ofensa reflexa ao texto constitucional*"; "*A inconstitucionalidade reflexa pressupõe a existência, no mínimo, de duas normas infraconstitucionais; e se configura quando o confronto do ato questionado com os dispositivos constitucionais da Carta teria que passar, primeiramente, pelo exame* in abstracto *de outras normas infraconstitucionais, de tal forma que não haveria confronto direto da lei em causa com a Constituição*".

5. **Os vícios constitucionais apontados tanto pela decisão agravada quanto pelo acórdão suscitante, de ofensa aos princípios da moralidade e impessoalidade, seriam decorrência, portanto, de eventual inadequação da norma questionada às hipóteses legais de dispensa de licitação.**

Cabe destacar que, em recente julgado, **este Órgão Especial**, apreciando questão bastante assemelhada a este caso, decidiu, por votação unânime: '*1. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL. NORMA DE EFEITOS CONCRETOS – LEI MERAMENTE FORMAL. ATO ADMINISTRATIVO QUE AUTORIZOU A ALIENAÇÃO DE BEM IMÓVEL MUNICIPAL MEDIANTE PERMUTA, SENDO DISPENSADA, PARA TANTO, A REALIZAÇÃO DE PROCESSO CONCORRENCIAL OU LICITATÓRIO. DÚVIDA QUANTO À CONSTITUCIONALIDADE DESSA DISPENSA. 2. SUPOSTA INCONSTITUCIONALIDADE REFLEXA DA LEI MUNICIPAL QUE AUTORIZARA A PERMUTA, POR INOBSERVÂNCIA DA DETERMINAÇÃO CONSTITUCIONAL DE REALIZAÇÃO DE PROCESSO LICITATÓRIO PARA ALIENAÇÃO DE BENS PÚBLICOS (ARTIGO 37, INCISO XXI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). NORMA CONSTITUCIONAL REGULAMENTADA, QUANTO ÀS HIPÓTESES DE DISPENSA, PELA LEI FEDERAL Nº 8.666/93 (REGRAS DO ARTIGO*

Acesso ao Sumário

17, INCISO I, ALÍNEA 'C', C.C. ARTIGO 24, INCISO X). 3. CASO DE INAPLICABILIDADE, CONTUDO, DOS ALUDIDOS DISPOSITIVOS LEGAIS NA ESFERA MUNICIPAL, POR DETERMINAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NO JULGAMENTO DA MEDIDA CAUTELAR DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 927-3, COM EFICÁCIA ERGA OMNES. 4. EXISTÊNCIA, POR FIM, DE DISPOSITIVO DA LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE SOCORRO QUE ESTABELECE OS CRITÉRIOS PARA A ALIENAÇÃO MEDIANTE PERMUTA DE BENS IMÓVEIS MUNICIPAIS – DISPENSADA A REALIZAÇÃO DE LICITAÇÃO E CONDICIONADA A VALIDADE DO ATO, UNICAMENTE, À EXISTÊNCIA DE INTERESSE PÚBLICO DEVIDAMENTE JUSTIFICADO E À PRÉVIA AVALIAÇÃO DOS BENS PERMUTADOS. 5. AUSÊNCIA, PORTANTO, DE CONFLITO DE ORDEM CONSTITUCIONAL, DEVENDO A CÂMARA JULGADORA DIRIMIR A QUESTÃO, QUE SE AFIGURA MERAMENTE LEGAL. 6. INCIDENTE QUE SE DEIXA DE CONHECER, DETERMINANDO A REMESSA DOS AUTOS À CÂMARA SUSCITANTE PARA JULGAMENTO'.

6. Verificada, assim, a **inexistência de conflito de constitucionalidade direto**, e situada a **controvérsia apenas no plano da legalidade do ato administrativo concreto autorizado pela referida lei**, **cessa a competência deste órgão julgador**, **devendo se remeter** os autos à Câmara de origem para apreciar a legalidade da cessão efetuada.

7. Ante o exposto, por este voto, não se conhece do presente incidente de inconstitucionalidade e se determina o retorno dos autos à Câmara de origem".

Considerando que aquele incidente de inconstitucionalidade foi arguido em agravo tirado dos autos da mesma ação civil pública (nº 101879-75.2014.8.26.053) e tratando-se de idêntica questão examinada anteriormente, é de rigor a adoção de orientação similar.

Assim sendo, não se conhece do presente incidente.

Remetam-se os autos à 13ª Câmara de Direito Público para prosseguimento do julgamento do Agravo de Instrumento nº 2030523-73.2014.8.26.0000.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0008327-12.2015.8.26.0000, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que é suscitante 9ª 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 A ARGUIÇÃO IMPROCEDENTE. V.U. FARÁ DECLARAÇÃO DE VOTO O EXMO. SR. DES. ANTONIO CARLOS VILLEN.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.892)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EROS PICELI (Presidente), MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN (com declaração), ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, FRANÇA CARVALHO, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE e XAVIER DE AQUINO.

São Paulo, 13 de maio de 2015.

ANTONIO CARLOS MALHEIROS, Relator

Ementa: INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI – Art. 14, parágrafo único, da Lei Complementar nº 01/03, com redação dada pela Lei Complementar nº 16/06 do Município de Biritiba Mirim que altera a destinação da verba honorária dos Procuradores Municipais – Inexistência de afronta à Constituição Federal – Tema pacificado no Pretório Excelso – Incidente improcedente.

VOTO

Trata-se de incidente de inconstitucionalidade de Lei, suscitado pela 9ª Câmara de Direito Público deste Tribunal de Justiça, em face do art. 14, parágrafo único, da Lei Complementar nº 01/03, com redação dada pela Lei Complementar nº 16/06 do Município de Biritiba Mirim que altera a destinação da verba honorária dos Procuradores Municipais.

O processo originário, ação de cobrança, foi julgada improcedente.

A Câmara suscitante, entendendo que após a entrada em vigor da Súmula Vinculante nº 10, com voto vencido do Nobre Relator Sorteado, determinou a suspensão do julgamento, remetendo os presentes autos a este Plenário.

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela improcedência da arguição (fls. 860/865).

Acesso ao Sumário

É o relatório.

Improcede a arguição.

O tema não é novo no Excelso Pretório, que pacificou seu entendimento no sentido de que não têm os servidores públicos direito adquirido a regime de remuneração, mas sim à irredutibilidade de vencimentos, sendo possível a alteração da forma de composição de sua remuneração.

Este é, também, o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

A jurisprudência do STJ tem se posicionado no sentido de que não existe direito adquirido ao recebimento de remuneração além do teto estabelecido pela Emenda Constitucional nº 41/2003, não prevalecendo a garantia da irredutibilidade de vencimentos em face da nova ordem constitucional. Precedentes: AgRg no RMS 40.965/MG, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 29.9.2014; RMS 46.173/MG, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 26.9.2014; AgRg no RMS 44.841/MG, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 12.9.2014; e AgRg no RMS 44.600/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 24.3.2014. (RMS 44.571/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, 2ª T., DJe 30/10/2014).

Assim a supressão de vantagem funcional é perfeitamente admissível, por lei, desde que não acarrete decréscimo da remuneração do servidor em exercício na data da edição da lei.

Isto posto, julga-se improcedente o incidente para declarar a inconstitucionalidade.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR

(Voto nº 728-15)

Aos fundamentos do voto do Ilustre Relator acrescento que os valores recebidos pelos entes públicos a título de verba honorária pertencem àqueles e não aos respectivos procuradores, consoante orientação já consolidada na jurisprudência:

> "PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. TÍTULO JUDICIAL. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA FIXADOS NOS EMBARGOS À EXECUÇÃO. OFENSA AO ART. 386 DO CC/2002. NÃO OCORRÊNCIA. COMPENSAÇÃO DOS HONORÁRIOS. POSSIBILIDADE. VERBA PÚBLICA DE CARÁTER NÃO PESSOAL. 1. **Em regra, os honorários sucumbenciais constituem direito patrimonial do advogado; contudo, não pertencem ao procurador ou representante judicial da entidade estatal, porquanto reveste-se a verba de natureza pública.** 2. É possível compensar os honorários

Acesso ao Sumário

fixados na ação principal com aqueles de igual natureza fixados em favor do ente público, em Embargos à Execução. Precedentes do STJ. 3. O STJ entende que a ofensa à coisa julgada somente estaria configurada se o título judicial contivesse expressa vedação à possibilidade de compensação da verba honorária. 4. Recurso Especial provido" (STJ, RESP n. 1369316/PR, 2ª T., Rel. Min. Herman Benjamin, j. 11.04.2013).

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. TÍTULO JUDICIAL. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA FIXADOS NOS EMBARGOS À EXECUÇÃO. SUPOSTA OFENSA AO ART. 386 DO CC/2002. NÃO-OCORRÊNCIA. COMPENSAÇÃO DOS HONORÁRIOS. POSSIBILIDADE. VERBA PÚBLICA DE CARÁTER NÃO PESSOAL. 1. **Os honorários sucumbenciais, de regra, constituem direito patrimonial do advogado. Deveras, não pertencem ao procurador ou representante judicial da entidade estatal, porquanto reveste-se a verba de natureza pública.** 2. A compensação dos honorários de sucumbência adquiridos em juízo pelo particular na ação principal é cabível com aqueles de igual natureza adquiridos pelo Ente Público, em sede de embargos à execução. 3. Precedentes: (Resp. 668586/SP, DJ. 23.10.2006; REsp 279.363/SP, DJ. 21.11.2005; AgRg no REsp 181.166/SP, DJ. 4.2.2002; REsp 151.225/SP, DJ. 31.8.1998). 4. Recurso especial provido" (STJ, Resp. n. 848517/PR, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux, j. 13.11.2007).

"I – Agravo de Instrumento. Compensação dos honorários sucumbenciais devidos pelos vencidos em embargos à execução com o crédito a que eles têm direito provenientes da execução de título judicial que deu origem aos embargos (art. 368 do CC). Admissibilidade. II – **Entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, no qual os honorários sucumbenciais não pertencem ao procurador da entidade estatal, porquanto integram o patrimônio da entidade pública.** III – As dívidas são líquidas e certas, as partes são as mesmas e valor devido, com a dedução da sucumbência, foi ratificado pelo Contador Judicial. Recurso improvido." (TJSP, Agravo de Instrumento n. 0173168-63.2011.8.26.0000, Rel. Des. Guerrieri Rezende, 7ª Câmara de Direito Público, j. 10.10.2011).

Em consonância com o consolidado entendimento jurisprudencial, ao alterar a destinação da verba honorária o Município não invadiu esfera legislativa da União Federal. Não houve violação do art. 22, XVI, da Constituição Federal.

De resto, quanto ao entendimento de que, não obstante tal orientação jurisprudencial, a lei municipal teria violado o art. 22 da Lei n. 8.906/94, trata-se de questão de legalidade, que não comporta conhecimento nesta sede.

Acesso ao Sumário

O voto é também pela rejeição da arguição de inconstitucionalidade.
ANTONIO CARLOS VILLEN, Desembargador

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0020110-98.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 34ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, são suscitadas 1ª A 13ª CÂMARAS 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: "NÃO CONHECERAM DO CONFLITO DE COMPETÊNCIA, COM OBSERVAÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.244)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente sem voto), MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES e PÉRICLES PIZA.

São Paulo, 29 de abril de 2015.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA

Ação monitória, fundada em contrato administrativo, distribuída à 34ª Câmara de Direito Privado, esta propôs remessa ao Órgão Especial suscitando dúvida de competência por entender tratar-se de matéria afeta a uma das 1ª a 13ª Câmaras de Direito Público. Conflito negativo de competência ainda não configurado. Necessária prévia redistribuição para uma daquelas Câmaras de Direito Público para

Acesso ao Sumário

exame de eventual competência e, havendo recusa, então ver suscitado o conflito.

Não conheço do incidente, com observação.

VOTO

1. Trata-se de **conflito de competência** suscitado pela **Eg. 34ª Câmara de Direito Privado** (fls. 1.439/1.443) em **ação monitória** (fls. 02/05), proposta por TB Serviços, Transporte, Limpeza, Gerenciamento e Recursos Humanos Ltda. (atual denominação de Transbraçal Prestação de Serviços Ind. e Com. Ltda.), fundada em contrato administrativo celebrado entre ela e a São Paulo Transporte S/A (fls. 19/33).

É o relatório.

2. É caso de não conhecimento.

A **Eg. 34ª Câmara de Direito Privado**, entendendo ser das **1ª a 13ª Câmaras de Direito Público** a competência para apreciação e julgamento do presente feito – ação monitória, fundada em contrato administrativo (fls. 19/33), proposta contra SPTrans – São Paulo Transporte S/A (fls. 02/05) – suscitou **dúvida de competência** a este **Eg. Órgão Especial** (fls. 1.439/1.443).

Daí a instauração do presente incidente.

Precipitada, no entanto, tal providência.

Entendendo ser a matéria afeta à competência de uma das 1ª a 13ª Câmaras de Direito Público, sem redistribuição do feito àquele segmento do Judiciário Paulista, **não** restou caracterizado eventual conflito de competência.

Como aqui já se decidiu em situações análogas:

"Data venia*, entendo* ***não*** *configurado o conflito negativo de competência entre os i. Desembargadores, integrantes, respectivamente, da 31ª Câmara de Direito Privado e da 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial.*"

"*A hipótese, na verdade, é de redistribuição do processo a uma das Colendas Câmaras da Primeira Subseção de Direito Privado, que, se entender ser o caso, recusará ou não a competência, suscitando, oportunamente, a* ***dúvida de competência***." (grifei – CC nº 0.120.661-91.2012 – j. de 29.08.12 – Rel. Des. **GRAVA BRAZIL**).

"***DÚVIDA DE COMPETÊNCIA*** *– Suscitação por uma Câmara em face de outra,* ***sem*** *que esta tenha sido ouvida ou se negado a conhecer e julgar o recurso –* ***Inexistência*** *– Dúvida não conhecida.*" (grifei – CC nº 0.226.593-73.2009 – j. de 03.11.10 – Rel. Des. **JOÃO CARLOS SALETTI**).

"***CONFLITO DE COMPETÊNCIA*** *– Mandado de Segurança*

Acesso ao Sumário

contra ato do Prefeito Municipal de Mirassol por majoração, tida por indevida, de tarifa de serviço municipal de água e esgoto distribuído à ***13ª Câmara de Direito Público****. Declinada competência, determinando remessa a uma das Câmaras Especializadas de Direito Público. Redistribuído à* ***18ª Câmara de Direito Público****, esta propôs remessa ao Eg. Órgão Especial suscitando dúvida de competência por entender tratar-se de matéria afeta a uma das* ***11ª a 36ª Câmaras de Direito Privado****. Conflito negativo de competência ainda não configurado. Necessária prévia redistribuição para uma daquelas Câmaras de Direito Privado para exame de eventual competência e, havendo recusa, então ver suscitado o conflito.* ***Não conheço do incidente****.*" (CC nº 0.113.090-35.2013 – j. de 11.09.13, de que fui Relator Designado).

Dentre outros no mesmo sentido: CC nº 0.022.507-67.2014.8.26.0000 – v.u. j. de 04.06.14 – Rel. Des. **ROBERTO MAC CRACKEN**; CC nº 0.028.613-45.2014.8.26.0000 – v.u. j. de 25.06.14 – Rel. Des. **LUIS GANZERLA** e CC nº 0.171.441-98.2013.8.26.0000 – j. de 30.10.13 – de que fui Relator Designado).

É caso de redistribuir os autos a uma das referidas **Câmaras do Direito Público** para o exame de competência e aguardar eventual **recusa** quando então estaria configurado o conflito.

3. Não conheço do incidente, com observação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0013587-70.2015.8.26.0000, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é suscitante 2ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 2ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 2ª CÂMARA DE DIREITO 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 23769)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente sem voto), ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO

Acesso ao Sumário

DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, VANDERCI ÁLVARES e ARANTES THEODORO.

São Paulo, 29 de abril de 2015.

TRISTÃO RIBEIRO, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Julgamento conjunto de uma Ação Cautelar Inominada e de duas Ações Civis Públicas. Extinção da Ação Cautelar nº 3.778/2005 e da Ação Civil Pública nº 10.271/06, sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC. Reconhecimento da parcial procedência do feito nº 549/2006, com condenação das corrés Fazenda Pública e "Sociedade Amigos do Itanhangá". Competência recursal da Seção de Direito Público. Art. 3º, I.2 e I.10, da Resolução nº 623/2013. Conflito procedente, com determinação de encaminhamento do feito à Câmara suscitada.

VOTO

Vistos.

Trata-se de Conflito de Competência suscitado pela 2ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, no julgamento da Apelação nº 0334013-06.2010.8.26.0000 (fls. 512/518), em virtude de considerar-se a matéria tratada de competência da Seção de Direito Público. O recurso fora, inicialmente, distribuído à 2ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO, que dele não conheceu, determinando sua remessa à suscitante (fls. 481/488).

Manifestou-se a douta Procuradoria Geral de Justiça pela procedência do conflito, reconhecendo-se a competência da Câmara suscitada para conhecer, processar e julgar o recurso (fls. 540/547).

É o relatório.

Trata-se de conflito de competência suscitado no julgamento dos recursos de apelação interpostos pela Municipalidade de Ribeirão Preto e pela "Sociedade Amigos de Itanhangá", em face da decisão que extinguiu, sem resolução do mérito, a Ação Cautelar Inominada nº 3.778/2005 e a Ação Civil Pública nº 10.271/06 e julgou parcialmente procedente a Ação Civil Pública nº 549/2006.

Neste último feito, o Ministério Público questiona o fechamento indevido do loteamento "Itanhangá" com muros e guarita, que teriam impedido o livre trânsito da população pelo local. A ação foi julgada parcialmente procedente,

Acesso ao Sumário

determinando a sentenciante que a "Sociedade Amigos do Itanhangá" promovesse a demolição do muro, no prazo de 30 dias, com imposição de multa diária de R$ 2.000,00, no caso de descumprimento, bem como que a entidade se abstivesse de promover a interrupção do trânsito local. Também a Fazenda Pública de Ribeirão Preto foi condenada a afixar placas nas entradas do bairro informando à população que suas vias são públicas e de livre acesso a cada cidadão, com a imposição de multa diária de R$ 2.000,00, também em caso de descumprimento.

Os loteamentos urbanos são submetidos a normas de três categorias: convencionais, civis e públicas.

No dizer de Hely Lopes Meirelles: "***Como procedimento ou atividade de repartição do solo urbano ou urbanizável, o loteamento sujeita-se a cláusulas convencionais e a normas legais de duas ordens:*** **civis e urbanísticas.** ***As*** **cláusulas convencionais** ***são as que constarem do memorial arquivado no Registro Imobiliário, para transcrição nas escrituras de alienação dos lotes; as*** **normas civis** ***são expressas na legislação federal pertinente e visam a garantir aos adquirentes de lotes a legitimidade da propriedade e a transferência do domínio ao término do pagamento do preço; as*** **normas urbanísticas** ***são as constantes da legislação municipal e objetivam assegurar ao loteamento os equipamentos e condições mínimas de habitabilidade e conforto, bem como harmonizá-lo com o plano diretor do Município, para a correta expansão de sua área urbana.***" E, mais adiante: "***As restrições de loteamento são de duas ordens:*** **convencionais e legais.** ***(...) As restrições*** **legais** ***são as impostas pelas normas edilícias para todas as urbanizações ou especificamente para determinados loteamentos ou certos bairros. Tais restrições, como imposições urbanísticas de ordem pública, têm supremacia sobre as convencionais e as derrogam quando o interesse público o exigir, alterando as condições iniciais do loteamento, quer para aumentar as limitações originárias, quer para liberalizar as construções e usos até então proibidos.***" ("Direito Municipal Brasileiro", 12ª ed., São Paulo, Malheiros, p. 529 e 531/532).

A discussão sobre eventuais usos e posturas inadequados do loteamento que causem lesões a direitos ou danos à população local apresenta-se como matéria de conteúdo urbanístico e administrativo a ser dirimida pela Seção de Direito Público.

Conforme anotado pelo douto Procurador de Justiça, cujo parecer se adota também como razão de decidir, o artigo 103, do Regimento Interno desta Corte, estabelece regra para distribuição de competências, nos seguintes termos:

> ***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.***

Acesso ao Sumário

Entendo não haver dúvida sobre o caráter público da matéria em feito no qual se sustenta violação do direito de ir e vir dos cidadãos, decorrente de empreendimento particular que adota posturas inadequadas, bem como da alegada negligência do Executivo local no exercício do poder de polícia, consubstanciada na falta de fiscalização e na manutenção de tal estado de coisas.

A respeito da matéria, existe precedente deste Colendo Órgão Especial:

Conflito de Competência – Ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público, com vistas à regularização de loteamento – Pretensão à responsabilização da Municipalidade, por conta de sua omissão na fiscalização do empreendimento – Ação que versa sobre o controle e cumprimento de atos administrativos afetos à Municipalidade – Competência recursal da Seção de Direito Público desta Corte, por suas 1ª a 13ª Câmaras, em função do disposto no artigo 3º, I.2 e I.10, da Resolução nº 623/2013 – Conflito julgado procedente para afirmar a competência da Câmara suscitada (CC 0041822-81.2014.8.26.0000, Rel. Des. Roberto Mortari, j. em 01.10.2014).

Ante o exposto, julga-se procedente o presente conflito para estabelecer a competência da 2ª Câmara da Seção de Direito Público para o julgamento dos recursos, nos termos do artigo 103, do Regimento Interno desta Corte, e do artigo 3º, I.2 e I.10, da Resolução nº 623/2013, encaminhando-se os autos, oportunamente, à suscitada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0009531-91.2015.8.26.0000, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é suscitante 8ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 6ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

Acesso ao Sumário

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 (25ª À 36ª CÂMARAS) 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 36324)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente sem voto), LUIZ ANTONIO DE GODOY, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, EROS PICELI, ELLIOT

AKEL, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, 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, 29 de abril de 2015.

ADEMIR BENEDITO, Relator

Ementa: Conflito de competência – Contrato de Previdência Privada – Julgamento afeto às Câmaras da Terceira Subseção de Direito Privado – Interpretação da expressão "questões previdenciais", contida no artigo 3º da Resolução nº 623/2013 – Incidência do artigo 5º, III.8, da mesma Resolução, diante do entendimento de que esse tipo de contrato tem natureza securitária (REsp. 306.155-MG, 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 19/11/01) – Conflito procedente, determinando-se a redistribuição dos autos a uma das Câmaras da Terceira Subseção de Direito Privado, compostas pelas 25ª a 36ª Câmaras, competente para julgamento do recurso.

VOTO

Trata-se de conflito de competência suscitado pela C. 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em face da C. 6ª Câmara de Direito Público do mesmo E. Sodalício para processar e julgar o recurso de apelação interposto nos autos de ação de cobrança, a qual se postula a condenação da Volkswagen Previdência Privada a pagar indenização estipulada no Plano de Pecúlio proporcional a invalidez, decorrente de hérnia no disco lombar apurada após perícia médica.

Os autos foram distribuídos originariamente à C. 6ª Câmara de Direito Público, que determinou a redistribuição dos autos à 1ª Subseção de Direito Privado, por entender ser esta a competente para resolver a lide (fls. 455/459).

A C. 8ª Câmara de Direito Privado, a quem o processo foi redistribuído, suscitou o presente conflito, entendendo que "*não se trata de discussão pura envolvendo plano de previdência privada, mas, sim, de Plano de Pecúlio*", enquadrando-se no item "III.8", do art. 5º, da Resolução nº 623/2013 (fls. 465/469).

Acesso ao Sumário

Parecer da D. Procuradoria Geral de Justiça pela redistribuição à Egrégia Subseção III de Direito Privado, para conhecer e julgar o recurso (fls. 477/483).

É o relatório.

A ação em comento versa sobre ação de cobrança interposta por funcionário aposentado da Volkswagen do Brasil Ltda., o qual postula a condenação da empresa a pagar a sua complementação de aposentadoria, fundada em plano de pecúlio com garantia adicional de invalidez total ou parcial por acidente ou por doença.

O C. Órgão Especial deste E. Sodalício se posicionou recentemente, com apoio na regra do art. 5º, inciso III, 8, da Resolução TJSP nº 605/2013 (Conflito de Competência nº 0200083-81.2013.8.26.0000, Relator Des. Ferreira Rodrigues, j. 17/09/2014), no sentido de ser competente a Terceira Subseção de Direito Privado.

Isso porque, a expressão "questões previdenciais", contida no artigo 3º, inciso I. 1, da Resolução nº 623/2013 do Órgão Especial não pode ser compreendida fora de contexto. O dispositivo teve por objetivo alocar na Seção de Direito Público apenas as demandas pertinentes à previdência dos servidores públicos, não englobando as fundadas em contratos celebrados por particular com entidades abertas e regidos pelo direito privado.

Com relação aos contratos de previdência privada, portanto, a competência deve ser atribuída à Seção de Direito Privado, mas 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, certo que contratos pertinentes ao instituto jurídico da previdência privada são caracterizados como modalidades de seguro pessoal, existindo entendimento consolidado no C. Superior Tribunal de Justiça nesse sentido:

"*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.u., Relª. Minª. Nancy Andrighi, em 19/11/01, DJ de 25/2/02, p. 377).

O Exmo. Min. Marco Buzzi, confirmou esse entendimento em decisão monocrática assinalando a "*natureza securitária e contratual (pacta sunt servanda) da previdência complementar*" (REsp. 1.422.513-SE, Superior

Tribunal de Justiça, Rel. Min. Marco Buzzi, por decisão monocrática, em 14/3/14, DJe de 19/3/14).

A questão foi recentemente pacificada pelo Grupo Especial da Seção de Direito Privado desta Corte, tendo sido reconhecido definitivamente a competência da Subseção de Direito Privado III para julgamento de ações desta sorte:

"**CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Previdência privada – Contratos pertinentes ao instituto jurídico da previdência privada que são caracterizados como modalidades de seguro pessoal – Natureza securitária e contratual da previdência privada complementar – Conflito procedente, reconhecida a competência da 32ª Câmara de Direito Privado**" (Conflito de Competência nº 0046312-49.2014.8.26.0000, Grupo Especial da Seção de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, v. un., Rel. Des. Luiz Antonio de Godoy, em 25/9/14);

"**CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Apelação distribuída à 7ª Câmara de Direito Privado que não conheceu do recurso. Posterior redistribuição do recurso à 31ª Câmara de Direito Privado que suscitou conflito de competência. Ação que objetiva a integração de verbas trabalhistas para complementação de previdência complementar. A obrigação da entidade previdenciária é atividade de natureza securitária, tratando-se de negócio jurídico onde 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. Demanda que deve ser julgada por Câmara à Terceira Subseção de Direito Privado desta Corte, conforme estabelece o artigo 5º, III.8, da Resolução nº 623/2013 deste E. Tribunal de Justiça. Conflito procedente para declarar competente a Câmara suscitante**" (Conflito de Competência nº 0055219-13.2014.8.26.0000, Grupo Especial da Seção de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, v. un., Rel. Des. Henrique Nelson Calandra, em 25/9/14).

Aliás, a recente Resolução nº 693/2015, acrescentou ao art. 5º da Resolução nº 623/2013, a competência da Terceira Subseção de Direito Privado para julgar as ações relativas a Previdência Privada.

"**III.16 – Ações relativas a Previdência Privada.**"

Por estes fundamentos, o processo deve ser redistribuído, livremente, a uma das Câmaras da Terceira Subseção de Direito Privado deste Egrégio Tribunal de Justiça.

Diante do exposto, julga-se procedente o presente conflito de competência, determinando-se a redistribuição do feito a uma das Câmaras da Terceira Subseção de Direito Privado deste Egrégio Tribunal de Justiça, compostas pelas

Acesso ao Sumário

25ª a 36ª Câmaras.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0089361-43.2014.8.26.0000, da Comarca de Diadema, em que é suscitante 5ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 11ª 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 38ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.128)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (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, FRANÇA CARVALHO, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES e PÉRICLES PIZA.

São Paulo, 13 de maio de 2015.

MÁRCIO BARTOLI, Relator

Ementa: Conflito de competência. Obrigação de entrega de diploma por entidade de ensino. Obrigação irradiada de contrato de prestação de serviços escolares. Artigo 5º, § 1º, da Resolução 623/2013. Prevenção noticiada. Competência da 38ª Câmara de Direito Privado desta Corte. Conflito julgado procedente, determinando-se a redistribuição dos autos.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de conflito de competência suscitado pela C. 5ª Câmara de Direito Público deste Tribunal de Justiça no julgamento da Apelação Cível

nº 0015025-75.2011.8.26.0161, da Comarca de Diadema, em que a aludida Câmara declinou de sua competência, entendendo tratar-se de ação cuja matéria se inseria na competência da Seção de Direito Privado (fls. 166/73).

Manifestou-se a Procuradoria-Geral de Justiça pela procedência do conflito, reconhecendo-se, contudo, a C. 38ª Câmara da Seção de Direito Privado – e não a Câmara suscitada – como competente para conhecer, processar e julgar o recurso (fls. 183/90).

2. Os autos da Apelação Cível nº 0015025-75.2011.8.26.0161 foram, inicialmente, distribuídos à C. 11ª Câmara de Direito Privado deste Tribunal de Justiça (fls. 123). Porém, verificando-se que agravo de instrumento anteriormente interposto por uma das partes, durante o trâmite do processo em Primeira Instância, fora distribuído à C. 38ª Câmara de Direito Privado, a C. 11ª Câmara de Direito Privado não conheceu do apelo, em razão da prevenção noticiada, determinando-se a remessa dos autos à Câmara competente (fls. 127/32). Noticiou-se (fls. 135), contudo, que o aludido agravo de instrumento fora redistribuído à C. 5ª Câmara de Direito Público, vez que a C. 38ª Câmara de Direito Privado declinara de sua competência, por julgar que o tema seria afeto à Seção de Direito Público deste Tribunal (fls. 145/7). Houve perda do objeto do agravo (fls. 148/51). Diante dessa notícia, foi proferido novo acórdão pela C. 11ª Câmara de Direito Privado, desta vez determinando a remessa para a C. 5ª Câmara de Direito Público (fls. 155/59). Redistribuídos os autos, esta Câmara também não conheceu do apelo, sendo suscitado conflito de competência (fls. 166/73).

3. **O conflito de competência deverá ser julgado procedente. Porém, como bem realçado pelo parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, a competência para julgamento do recurso não será da Câmara suscitada, mas sim, da C. 38ª Câmara da Seção de Direito Privado.**

A definição de competência dos órgãos do Poder Judiciário, inclusive nas Instâncias Superiores, rege-se pela matéria, que é extraída dos elementos identificadores da ação (partes, causa de pedir e pedido), os quais são 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*".

No caso concreto, a ação foi proposta por Fabiana Araújo Pacheco Rodrigues contra Faculdade de Diadema – FAD. Segundo consta da inicial, a autora pretende que a ré cumpra obrigação de entrega de seu diploma devidamente registrado, bem como repare os danos morais e materiais sofridos, decorrentes da falta de entrega do aludido documento, após a conclusão de curso ministrado pela ré.

A base da controvérsia está na distinção entre causas que versem sobre "*ensino em geral*" (art. 3º, item I.6, da Resolução 623/2013, deste C. Órgão Especial), daquelas que envolvam "*obrigações irradiadas de contrato de prestação de serviços escolares*" (art. 5º, § 1º, do mesmo Diploma Normativo). Como destacado pela Câmara Suscitante, no acórdão proferido no Conflito de Competência nº 0018795-40.2012.8.26.000, foram estabelecidos critérios para distinguir essas duas expressões: "*Merece ser acrescentado que, não se desconhece o disposto no Provimento n. 63/2004, Anexo I, SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO, em seu item VI, ou seja, competir às Câmaras de Direito Público preferencialmente o julgamento de* '*ações relativas a ensino em geral*'. ***Entretanto, o que aqui se debate e é o fundamento da pretensão inicial, é o adimplemento do pacto de prestação de serviço educacional celebrado entre as partes, sem qualquer controvérsia ou conflito quanto a critério didático-científico ministrado. Se o fulcro da controvérsia referisse-se a esse critério, portanto, quanto ao próprio ensino proferido, isso, sim, ensejaria a competência preferencial pública. Sendo o conflito oriundo do contrato de prestação de serviços escolares, esse o paradigma para fixar a competência recursal***"[1].

Note-se que, apesar de se referir ao Provimento 63/2004 e a Resolução 194/2004, estes critérios continuam em vigor, posto que as regras estabelecidas pela Resolução 623/2013 sobre um tema são idênticas àquelas[2].

4. Assim, verifica-se que, no caso concreto, a causa de pedir da ação versa sobre obrigação oriunda de contrato de prestação de serviços, visto que a entrega do diploma – e eventuais obrigações correlatas que possam surgir em razão do atraso dessa obrigação – não tem qualquer ligação com o ensino propriamente dito. É tema afeto, portanto, ao Direito Privado.

Nesse sentido, já se decidiu: "*Conflito de competência. Indenização por*

1 TJSP – Órgão Especial – CC 0018795-40.2012.8.26.0000 – Rel. Luiz Pantaleão – j. 03.10.2012. (grifado)

2 "**Art. 3º**. A Seção de Direito Público, formada por 8 (oito) Grupos, numerados ordinalmente, cada um deles integrado por 2 (duas) Câmaras, salvo o 1º Grupo, que é integrado pelas três primeiras Câmaras, e o 7º Grupo, que é integrado pelas Câmaras 14ª, 15ª e 18ª, é constituída por 18 (dezoito) Câmaras, também numeradas ordinalmente, assim distribuídas:

I – 1ª a 13ª Câmaras, com competência preferencial para o julgamento das seguintes matérias:

(...)

I.6 – Ações relativas a ensino em geral, ressalvado o disposto no § 1º do art. 5º desta Resolução; (...)"

"**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 da competência preferencial e comum às Subseções Segunda e Terceira, compostas pelas 11ª a 38ª Câmaras, as ações relativas a locação ou prestação de serviços, regidas pelo Direito Privado, inclusive as que envolvam obrigações irradiadas de contratos de prestação de serviços escolares e de fornecimento de água, gás, energia elétrica e telefonia. (...)"

Acesso ao Sumário

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"[3]. "*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*"[4].

5. Dessa forma, deverá ser observada a **Resolução 623/2013, deste Órgão Especial**, que, em seu **artigo 5º, § 1º, estabelece ser da competência preferencial e comum das Segunda e Terceira Subseções de Direito Privado** "***as ações relativas a 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***".

6. **Contudo, considerando que há notícia de que o agravo de instrumento interposto por uma das partes foi distribuído, no ano de 2011, à C. 38ª Câmara de Direito Privado – ainda que esta não tenha apreciado seu mérito – esta foi a que primeiro conheceu da causa, sendo preventa para seu julgamento, nos termos do art. 102, *caput*, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo**[5].

7. Ante o exposto, julga-se procedente o conflito para estabelecer a competência da **C. 38ª Câmara de Direito Privado deste Tribunal de Justiça** para conhecer, processar e julgar o recurso, nos termos do artigo 5º, § 1º, da Resolução 623/2013, deste Órgão Especial e artigos 100 e 102, *caput*, do RITJSP.

Acesso ao Sumário

3 TJSP – Órgão Especial – CC 0017112-94.2014.8.26.0000 – Rel. Guerrieri Rezende – j. 23.04.2014

4 TJSP – Órgão Especial – CC 0029669-21.2011.8.26.0000 – Rel. Sousa Lima – j. 24.08.2011

5 "Art. 102. A Câmara ou Grupo que primeiro conhecer de uma causa, ainda que não apreciado o mérito, ou de qualquer incidente, terá a competência preventa para os feitos originários conexos e para todos os recursos, na causa principal, cautelar ou acessória, incidente, oriunda de outro, conexa ou continente, derivadas do mesmo ato, fato, contrato ou relação jurídica, e nos processos de execução dos respectivos julgados."

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0025331-62.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 25ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é suscitada 7ª 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 7ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. VANDERCI ÁLVARES.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.901)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (Presidente sem voto), MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, JOÃO CARLOS SALETTI, 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, FRANÇA CARVALHO e XAVIER DE AQUINO.

São Paulo, 13 de maio de 2015.

ANTONIO CARLOS MALHEIROS, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Cumprimento de sentença – Ação indenizatória em relação à CESP – Companhia Energética de São Paulo, postulando o adimplemento do pacto entre elas celebrado, pacto esse decorrente do procedimento de licitação, em modalidade concorrência pública – Ações relativas a licitações e contratos administrativos são da competência preferencial da Colenda Seção de Direito Público – Dúvida acolhida, reconhecida a competência da Câmara Suscitada – Dúvida acolhida.

VOTO

Trata-se de dúvida suscitada pela 25ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em razão do V. Acórdão, proferido pela 7ª Câmara de Direito Público, que se deu por incompetente para o julgamento do recurso de Agravo de Instrumento nº 2033301-79.2015.8.26.0000 interposto

contra r. decisão proferida pela M.M. Juíza da 30ª Vara Cível do Foro Central desta Capital, que acolheu a impugnação oposta pela agravante, mas deixou de condenar o exequente ao pagamento das verbas sucumbenciais.

É o relatório.

Depreende-se da petição inicial e dos documentos que a instruíram, que no caso presente, a Autora-agravante promoveu ação indenizatória em relação à CESP – Companhia Energética de São Paulo, postulando o adimplemento do pacto entre elas celebrado, pacto esse decorrente do procedimento de licitação, em modalidade concorrência pública (fls. 13).

Como bem observado no parecer da Procuradoria Geral de Justiça, em análise minuciosa da convenção celebrada entre a CESP e a Autora-agravante, que o objeto do pedido judicial principal de ressarcimento de danos decorrentes de seu inadimplemento, ostentando natureza pública, uma vez que ele tem como objeto o efetivo e essencial serviço público a ser desempenhado, firmando-se a competência pelos termos do pedido inicial.

Estipula a Resolução n. 623/2013 desse Egrégio Tribunal de Justiça Paulista que ações relativas a licitações e contratos administrativos são da competência preferencial da Colenda SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO, especificamente entre as 1ª a 13ª Câmaras (art. 3º, I.3).

Isto posto, acolhe-se a presente dúvida e julga-se competente suscitada 7ª Câmara de Direito Público.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0023462-64.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 2ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é suscitada 37ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 37ª 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 21.584)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (Presidente sem voto), JOÃO NEGRINI FILHO, FRANÇA CARVALHO, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA

Acesso ao Sumário

RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, 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 e NEVES AMORIM.

São Paulo, 13 de maio de 2015.

BORELLI THOMAZ, Relator

Ementa: Conflito de competência. Agravo de instrumento. Ação indenizatória. Danos morais e materiais. Culpa extracontratual. Acidente de trânsito. Reparação de danos decorrentes de acidente de veículos. Ação proposta em face de concessionária de serviço público (TRANSCOOPER) e empresa pública (SPTRANS). Conflito procedente. Resoluções nºs. 623/2013 e 648/2014 que firmaram ser competência recursal da Seção de Direito Privado, Subseção Direito Privado 3 (25ª à 36ª Câmaras). Competência, então, de uma das C. Câmaras da Subseção de Direito Privado 3 (DP-3).

VOTO

Conflito de competência suscitado pela C. 2ª Câmara de Direito Público ante v. acórdão proferido na C. 37ª Câmara de Direito Privado, em que se a declinou para conhecimento do agravo de instrumento.

A D. Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência do conflito, reconhecida uma das colendas Câmaras entre a 25ª e a 36ª da Seção de Direito Privado competente para conhecer, processar e julgar o recurso (fls. 141/146).

É o relatório.

Ação indenizatória ajuizada por ELENID LIBERATO SANTOS CABRAL porque no dia 19/09/2012, por volta das 19h15, ia como passageira em veículo da primeira corré, Transcooper (linha 3722-10 – Cohab José Bonifácio – Metrô Penha), momento em que houve colisão com veículo de passeio, de que lhe resultaram danos morais e materiais.

Por isso, entende deva ser indenizada, pois *teve gastos materiais com remédios e combustível para o carro para ir até as consultas médicas*, pois, além das dores e diversos hematomas, ficou com olfato e paladar prejudicados, perda da sensibilidade dos dentes e dores de cabeça constantes.

Inicialmente distribuída à C. 35ª Vara Cível da Capital (fls. 30), houve

Acesso ao Sumário

contestação pela Transcooper (fls. 31/36) e pela SPTRANS (fls. 38/82), após o que foi declinada competência para uma das Varas da Fazenda Pública da Capital (fls. 86).

Distribuídos os autos à 6ª Vara da Fazenda Pública, a D. Juíza decidiu sobre impugnação ao valor da causa e manteve o valor inicialmente indicado (fls. 113/114), mesma ocasião em que entendeu ser caso de remessa ao Juizado Especial da Fazenda Pública, *tendo em vista que o valor atribuído à causa é de R$ 5.000,00 e que o pedido não excede o valor de R$ 32.000,00* (fls. 87), decisão contra a qual a autora tirou agravo de instrumento registrado sob o nº 2163928-11.2014.8.26.0000.

Esse recurso foi distribuído à C. 37ª Câmara de Direito Privado, que, por v. acórdão, declinou competência a uma das Câmaras de Direito Público deste E. Tribunal[1], porque *se discute a responsabilidade civil por acidente de transporte fundada em exercício do poder de polícia e com participação de empresa pública*.

Redistribuído à C. 2ª Câmara de Direito Público, suscitou-se conflito de competência (fls. 126/131).

Com a devida vênia, ainda que a ação envolva concessionária de serviço público (Transcooper) e empresa pública (SPTRANS), entendo que o recurso deva ser julgado pela C. Câmara suscitada.

Cabe, então, decidir sobre competência pela matéria em disputa, identificada a partir da petição inicial, sabidamente *o projeto da sentença*, a trazer os elementos identificadores da pretensão, a caracterizar também a ação – **rectius** partes, causa de pedir e pedido.

Nesse viés o disposto no art. 103 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*.

Muito embora nesta ação discuta-se dano causado por cooperativa, em regime de concessão de transporte público, e por empresa pública, repito não caber o julgamento do agravo à C. Câmara suscitante.

A autora ia como passageira em veículo de transporte urbano, coletivo, da corré Transcooper, que se envolveu em acidente de trânsito com veículo particular, de que resultaram lesões corporais à autora, que também sofreu danos morais e materiais.

À outra corré (SPTRANS) imputou-se função de gestão e fiscalização do transporte público na Capital.

A competência, **venia concessa**, é de uma das C. Câmaras de Direito Privado integrantes da Terceira Subseção, como está no artigo 5º, III.15 da

Acesso ao Sumário

1 **Fls. 118/120**.

Resolução nº 623/13: *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* (...).

Observo, ainda sob vênia, não se cuidar de competência recursal a ser definida nos termos do item I.11, do art. 3º, da Resolução nº 623/2013, a prever competência da Seção de Direito Público para *ações cuja matéria seja de Direito Público e não esteja na competência recursal de outras Seções do Tribunal de Justiça, das Câmaras Reservadas ao Meio Ambiente e das 14ª a 18ª Câmaras de Direito Público*, nem mesmo a prevista no inciso I.7, com alteração pela Resolução nº 648, de 11 de junho de 2014, sobre *ações de responsabilidade civil do Estado, inclusive as decorrentes de ilícitos extracontratuais de concessionárias e permissionárias de serviço público, que digam respeito à prestação de serviço público*, mesmo porque há expressa ressalva ao *item III.15 do art. 5º desta Resolução*.

Além dos julgamentos vistos a fls. 129/130, é conferir outros julgados deste E. Órgão Especial nesse sentido:

> CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Ação de indenização por dano causado em acidente de trânsito. Veículo envolvido que pertence a empresa concessionária de serviços públicos. 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 a posse, domínio ou negócio jurídico que tenha por objeto coisas móveis, corpóreas e semoventes, de reparação de dano causado em acidente de veículo, ainda que envolvam a responsabilidade civil do Estado, concessionárias e permissionárias de serviços de transporte". Critério mantido pelo art. 5º, item III.15, da Resolução nº 623, de 16 de outubro de 2013. Conflito julgado procedente. Competência da C. 27ª Câmara de Direito Privado (CONFLITO DE COMPETÊNCIA nº 0021577-49.2014.8.26.0000, Relator Des. Ferreira Rodrigues, j. 27/08/2014).
>
> CONFLITO DE COMPETÊNCIA. "Ação de reparação de danos materiais e morais". Acidente de trânsito envolvendo concessionária de serviço público. Nos termos da Resolução nº 623/2013, é competente a Subseção de Direito Privado III para o julgamento das "ações de reparação de dano causado em acidente de veículo, ainda que envolvam a responsabilidade civil do Estado, concessionárias e permissionárias de serviços de transporte, bem como as que digam respeito ao respectivo seguro, obrigatório ou facultativo". Precedentes do Órgão Especial. Conflito julgado procedente, declarada competente a Câmara suscitada (33ª Câmara de Direito Privado) (CONFLITO DE COMPETÊNCIA nº 0080552-64.2014.8.26.0000, Relator Des. João Carlos Saletti, j.

Acesso ao Sumário

25/02/2015).

Diante disso, procedente o conflito, dá-se fixação da competência, desde logo e de imediato, numa das Câmaras integrantes da Seção de Direito Privado, Subseção 3 (DP-3).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0089190-86.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 2ª CÂMARA RESERVADA AO MEIO AMBIENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 34ª 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 2ª CÂMARA RESERVADA AO MEIO AMBIENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. ACÓRDÃO COM O EXMO. SR. DES. LUIZ ANTONIO DE GODOY.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32586)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EROS PICELI (Presidente sem voto), GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, FRANÇA CARVALHO e ELLIOT AKEL.

São Paulo, 13 de maio de 2015.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator Designado

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Demanda fundada em matéria de direito ambiental – Causa de pedir que é a suposta solidariedade da ré em arcar com custos suportados pela autora na remoção e depósito de tanques de combustível, para que esta pudesse viabilizar licenciamento ambiental – Autor que invocou em seu favor legislação de direito ambiental (art. 8º, da Res. 273, do CONAMA) – Art.

Acesso ao Sumário

4º, I, da Resolução nº 623/2013, do Órgão Especial – Conflito procedente, reconhecida a competência da 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente.

VOTO

Trata-se de conflito de competência suscitado pela 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça de São Paulo nos autos da apelação nº 0212485-30.2009.8.26.0100, do qual não conhecera a 34ª Câmara de Direito Privado, sob o fundamento de que "*A questão envolvente é tipicamente ambiental. Não decorre de danos em imóvel do autor, nem mesmo se refere à compra e venda de derivados de petróleo*" (fls. 358). Por sua vez, entende a Câmara suscitante que "*não se trata o presente feito de ação de reparação de danos ambientais, mas sim de cobrança, em que a autora pretende a condenação da ré ao pagamento de cinquenta por cento de todos os custos que teve com a adequação ambiental do seu estabelecimento comercial*" (fls. 372), pelo que não seria matéria de competência das Câmaras Reservadas ao Meio Ambiente.

É o relatório.

Como sabido, "*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). Feita esta consideração, observa-se pela leitura da petição inicial que a causa de pedir é a suposta solidariedade da ré em arcar com custos suportados pela autora na remoção e depósito de tanques de combustível, para que esta pudesse viabilizar licenciamento ambiental (fls. 2/12). Alegou que "contratou diversas empresas especializadas para resolver os problemas do passivo ambiental e se adequar às exigências da CETESB, tendo que arcar com as custas em sua integralidade" e que "a ré é responsável solidariamente e esta se recusou a arcar com parte das custas para a solução deste passivo" (fls. 3/4). Invocou em seu favor legislação de direito ambiental, especificamente a disposição contida no artigo 8º, da Resolução nº 273, do CONAMA.

Acesso ao Sumário

Segundo a asserção da autora, portanto, é inequívoco tratar-se de demanda fundada em matéria de direito ambiental, certo, ainda, que, consoante disposto no artigo 103, do RITJSP, "*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*". Assim, nos termos do artigo 4º, I, da Resolução nº 623/2013, do Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, compete à Câmara suscitante o julgamento do recurso.

A esse respeito, mencione-se precedente em hipótese assemelhada julgado

pela então denominada Câmara Especial do Meio Ambiente desta Corte:

> "RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL. SUBSTITUIÇÃO DE TANQUES DE COMBUSTÍVEL CEDIDOS EM COMODATO PELA PETROBRAS A POSTO DE REVENDA. OBRIGAÇÃO DA FORNECEDORA, QUE DETÉM O MONOPÓLIO DA DISTRIBUIÇÃO, IRRELEVANTE A NATUREZA JURÍDICA DA AVENÇA ENTRE ELA E O PONTO COMERCIAL. APELO DA PETROBRAS DESPROVIDO. RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL. ALEGADA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ENTRE PETROBRAS E POSTO DE REVENDA. CONTRATO DE ADESÃO ENTRE AS PARTES QUE REDUZ A OBRIGAÇÃO DO POSTO, EIS QUE NÃO PODERIA PROMOVER POR SI SÓ AS ADEQUAÇÕES EXIGIDAS PELO CONAMA, JÁ QUE OS TANQUES SUBTERRÂNEOS SÃO DE PROPRIEDADE DA PETROBRAS. RESPONSABILIDADE INTEGRAL DESTA. APELO DA PETROBRAS DESPROVIDO. RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL. ALEGADA INEXISTÊNCIA DE LEI A OBRIGAR A PETROBRAS A SUBSTITUIR OS TANQUES SUBTERRÂNEOS DE COMBUSTÍVEL. ALEGAÇÃO INSUBSISTENTE. NORMATIVIDADE CONTIDA NA RESOLUÇÃO 273/00 DO CONAMA. OBRIGAÇÃO DA PETROBRAS RECONHECIDA. APELO DA PETROBRAS DESPROVIDO. RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL. A PETROBRAS É OBRIGADA A SUBSTITUIR OS TANQUES DE COMBUSTÍVEL QUANDO O POSTO É AUTUADO PELA CETESB E A INDENIZAR OS PREJUÍZOS DECORRENTES DA CONTAMINAÇÃO AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA POR FORÇA DO ARTIGO 225, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. APELO DA PETROBRAS DESPROVIDO. Ninguém se escusa de responsabilidade objetiva decorrente de vulneração à lei ambiental, mediante invocação de normatividade privatista, que não pode se sobrepor à hierarquia principiológica da Carta Fundante de 1988, notadamente ao erigir o meio ambiente em bem da vida essencial à qualidade existencial e da qual depende a subsistência das atuais e das futuras gerações" (Apelação nº 0175472-40.2008.8.26.0000, Câmara Especial do Meio Ambiente do Tribunal de Justiça de São Paulo, v. un., Rel. Des. Renato Nalini, em 12/3/09).

Diante disso, julga-se procedente o conflito, reconhecida a competência da 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0020417-52.2015.8.26.0000, da Comarca de Santos, em que é suscitante 8ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é suscitada 7ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 7ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. PAULO DIMAS MASCARETTI.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.676)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (Presidente sem voto), XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, FRANÇA CARVALHO e ELLIOT AKEL.

São Paulo, 13 de maio de 2015.

GUERRIERI REZENDE, Relator

Ementa: "**Conflito de competência. Agravo de instrumento. Ação de nomeação de administrador provisório para o Sindicato dos Servidores Públicos Municipais de Bertioga. A lide instalada não envolve matéria de Direito Público. O sindicato réu é uma associação, pessoa jurídica de direito privado. Inteligência do Item I.1 do inciso I do artigo 5º da Resolução n. 623/2013. Conflito julgado procedente para estabelecer a competência da C. 7ª Câmara de Direito Privado.**"

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Distribuído recurso de agravo de instrumento à C. 7ª Câmara de Direito Privado, por decisão monocrática do I. Des. Relator, não se conheceu do recurso e determinou a remessa dos autos a uma das C. Câmaras da Sessão

de Direito Público, porque a matéria em discussão – ação de nomeação de administrador provisório para o Sindicato dos Servidores Públicos Municipais de Bertioga – tem natureza de direito público (págs. 149/150). Redistribuídos os autos à C. 8ª Câmara de Direito Público, também não conheceram do agravo e suscitaram conflito negativo de competência, por entenderem que a "demanda versa sobre possíveis ilegalidades ocorridas na nomeação para administrador da pessoa jurídica de Direito Privado, no caso em tela associação, não envolvendo responsabilidade civil do Estado" (págs. 188/193).

A douta Procuradoria Geral de Justiça ofertou parecer no sentido de se julgar procedente este Conflito de Competência, reconhecendo a colenda 7ª Câmara de Direito Privado competente para conhecer, processar e julgar o recurso (págs. 201/204).

2. Cuidam os autos de agravo de instrumento tirado de ação de nomeação de administrador provisório para o Sindicato dos Servidores Públicos Municipais de Bertioga. Alega a autora que o estatuto do sindicato não está em consonância com o novo Código Civil, permanecendo o requerido sem representação válida desde 2013. Além disso, alega que houve irregularidade da publicação para as inscrições de chapas para o pleito correspondente ao biênio de 2015/2016.

3. Em que pese o entendimento perfilado pelo Julgador integrante da 7ª Câmara de Direito Privado, inexiste, na espécie, discussão de matéria afeta à Sessão de Direito Público. Na inicial, a autora requer sua nomeação como administradora provisória do Sindicato dos Servidores Públicos Municipais de Bertioga. O sindicato é uma associação, tem natureza jurídica de direito privado, adquire personalidade jurídica somente com o registro de seu estatuto no Cartório de Registro Civil das Pessoas Jurídicas. A lide instalada não envolve matérias de Direito Público.

E a teor do disposto no item I.1 do inciso I do artigo 5º da Resolução n. 623/2013, a Primeira Subseção de Direito Privado, composta pelas 1ª a 10ª Câmaras, tem competência para o julgamento das "ações relativas a fundações de Direito Privado, sociedades, inclusive as paraestatais, associações e entidades civis, comerciais e religiosas".

Nesse sentido:

"*Agravo de instrumento. Declaratória. Indeferimento da tutela antecipada para destituição dos agravados dos cargos de direção do Sindicato dos Servidores Públicos de Barretos e declarados inelegíveis. Decisão mantida. Tratando-se de fase inicial da demanda, em juízo de cognição sumária, não cabe antecipação da tutela, sobretudo porque as conclusões exigem análise e contraditório. Mister aguardar a integração da lide, com eventual manifestação da agravada. Agravo desprovido.*" (Agravo de Instrumento n. 2059776-43.2013.8.26.0000, **4ª Câmara de Direito Privado**, Rel. Des. Natan Zelinschi

de Arruda, j. em 13/2/2014).

"*Ação declaratória de nulidade – Eleição de representante sindical – Sindicato de Servidores Públicos Municipais – Competência da Justiça Estadual – Antecipação de tutela determinando a suspensão da eleição sindical e o fornecimento de lista de filiados e outros documentos – Publicidade da eleição com publicação do edital em jornal de grande circulação – Suspensão da eleição pode causar dano grave ao sindicato – Fornecimento de documentos negado ao agravado – Admissibilidade – Recurso parcialmente provido.*" (Agravo de Instrumento n. 2060246-74.2013.8.26.0000, **6ª Câmara de Direito Privado**, Rel. Des. Eduardo Sá Pinto Sandeville, j. em 18/2/2014).

"*Anulação de Eleição Sindical. Ainda que tenha havido acordo celebrado entre os participantes não há como convalidar o ato, por violar disposição expressa do Estatuto. Nulidade do processo eleitoral. Aplicação, na hipótese, do art. 252 do Regimento Interno. Desnecessidade de repetição dos fundamentos da sentença mantida. Recursos improvidos.*" (Apelação n. 0014148.08.2009.8.26.0032, **8ª Câmara de Direito Privado**, Rel. Des. Caetano Lagrasta, j. em 31/7/2013).

4. Com base em tais fundamentos, **julga-se procedente o conflito para estabelecer a competência da C. 7ª Câmara de Direito Privado deste E. Tribunal.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0007325-07.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 9ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 30ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 30ª 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 30.222)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (Presidente sem voto), 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, FRANÇA CARVALHO, ELLIOT AKEL,

GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI e JOÃO CARLOS SALETTI.

São Paulo, 13 de maio de 2015.

ROBERTO MORTARI, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA – AÇÃO REVISIONAL DE ALUGUEL – IMÓVEL LOCADO À SECRETARIA DE SEGURANÇA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO – INEXISTÊNCIA DE CONTRATO ADMINISTRATIVO – LOCAÇÃO DE BEM IMÓVEL, CUJA NATUREZA PRIVADA NÃO É AFETADA PELA QUALIDADE DAS PARTES – COMPETÊNCIA DA TERCEIRA SUBSEÇÃO DE DIREITO PRIVADO (25ª A 36ª CÂMARAS), A TEOR DO ARTIGO 5º, III.6, DA RESOLUÇÃO TJ Nº 623/2013 – CONFLITO JULGADO PROCEDENTE, PARA DECLARAR COMPETENTE A CÂMARA SUSCITADA (30ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO).

VOTO

Trata-se de Conflito de Competência suscitado pela 9ª Câmara de Direito Público deste Tribunal, em face da 30ª Câmara de Direito Privado desta Corte, nos autos da Apelação nº 0042621-38.2009.8.26.0053.

A Colenda Câmara suscitante, no v. acórdão de fls. 316/320, sustenta que o julgamento da apelação compete a uma das Câmaras integrantes da Seção de Direito Privado, na medida em que o caso versa sobre ação revisional de aluguel que recai sobre contrato de locação regido exclusivamente pelas regras de direito privado.

Por sua vez, a Colenda Câmara suscitada, no v. acórdão de fls. 303/306, aduz que competência está afeta a uma das Câmaras da Seção de Direito Público, porquanto a ação revisional, no caso, refere-se a imóvel locado ao Estado de São Paulo, utilizado para instalação de uma Delegacia de Polícia, estando por isso relacionada a um contrato administrativo.

Após regular processamento, a d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência do conflito.

Esse, no essencial, o relatório.

Por força do artigo 100 do Regimento Interno deste Tribunal, a

competência dos diversos órgãos desta Corte é definida pelos termos do pedido inicial.

No caso em apreço, a pretensão veiculada na petição inicial é de revisão de aluguel, objeto de locação de imóvel firmada entre o Estado de São Paulo e Línea Empreendimentos Imobiliários Ltda..

Não se trata, portanto, de causa ligada a contrato administrativo.

Na definição de **Diogenes Gasparini**, contrato administrativo é "*(...) o ato plurilateral ajustado pela Administração ou por quem lhe faça as vezes com certo particular, cuja vigência e condições de execução a cargo do particular podem ser instabilizadas pela Administração Pública, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante particular. Dessas avenças são exemplos os contratos de obras, serviços e fornecimentos de bens celebrados pela Administração Pública quando na outra extremidade da relação jurídica figura, como contratado, um particular, pessoa física ou jurídica. O ajuste, nesses casos, está submetido ao regime dado pelo Direito Administrativo (...)*" ("Direito Administrativo", Saraiva, 14ª edição, pgs. 705/706).

Na hipótese, a avença que dá suporte ao pedido inicial não se reveste dessas características. Decorre, isto sim, de contrato de locação de bem imóvel, que tem natureza privada e, por isso mesmo, é regido por normas de direito privado, não afetadas pela qualidade das partes envolvidas na demanda.

Nos termos do artigo 5º, item III.6, da Resolução TJ nº 623/2013, compete preferencialmente à Terceira Subseção de Direito Privado, composta pelas 25ª a 36ª Câmaras, as ações e execuções relativas a locação de bem móvel ou imóvel.

Por conta disso, não há como deixar de reconhecer a procedência do conflito em exame.

Nesse sentido, aliás, já decidiu este Colendo Órgão Especial:

"***CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Ação relativa a aluguel de bem imóvel – Competência – Câmara de Direito Privado – Tratando-se de ação relativa a contrato de locação de imóvel, regido pelo direito privado, é irrelevante a presença, num dos polos, de pessoa jurídica de direito público – Pedido inicial que determina a competência do órgão julgador – Acolhe-se o conflito, reconhecendo-se a competência da 30ª Câmara de Direito Privado***" (Conflito de Competência nº 0162256-36.2013.8.26.0000).

Assim, por tais fundamentos, julga-se procedente o conflito, para afirmar a competência da Colenda 30ª Câmara de Direito Privado (suscitada), à qual os autos deverão ser encaminhados para o devido prosseguimento.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0016871-86.2015.8.26.0000, da Comarca de Tatuí, em que é suscitante 1ª CÂMARA RESERVADA AO MEIO AMBIENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 5ª 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 5ª 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 30.855)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (Presidente sem voto), MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, FRANÇA CARVALHO, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES e FERREIRA RODRIGUES.

São Paulo, 13 de maio de 2015.

PÉRICLES PIZA, Relator

Ementa: Conflito de competência. Ação que versa sobre Usucapião de bem imóvel. Interesse individual. Pretensão que envolve como objeto principal o preenchimento dos requisitos legais para usucapião. Irrelevância, para fins de competência, o questionamento sobre a instituição de reserva legal, bem como, área de preservação permanente. Tema ambiental invocado apenas de maneira reflexa. Inexistência de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos diretamente ligados ao meio ambiente. Precedentes do C. Órgão Especial. Suscitação procedente. Competência da 5ª Câmara de Direito Privado.

Acesso ao Sumário

VOTO

I – Trata-se de Conflito de Competência suscitado pela 1ª Câmara

Reservada ao Meio Ambiente, em razão da 5ª Câmara de Direito Privado ter-se dado por incompetente para conhecer da Apelação nº 0002553-79.2009.8.26.0624, interposta nos autos da ação de usucapião de bem imóvel nº 624.01.2009.002553-5/000000-000, da Comarca de Tatuí.

O recurso de apelação interposto foi inicialmente distribuído à Colenda 5ª Câmara de Direito Privado que deixou de conhecê-lo por entender ser de competência da Câmara Reservada ao Meio Ambiente, determinando a remessa do feito (cf. fls. 191/192).

Distribuído o recurso à Câmara Reservada ao Meio Ambiente, esta, por sua vez, também não conheceu da apelação e suscitou o presente conflito de competência (fls. 207/219).

Afirma, em síntese, a prevenção da 5ª Câmara da E. Seção de Direito Privado deste Tribunal, já que não se questiona a agressão ao meio ambiente, mas, sim, a declaração do domínio sobre o imóvel objeto do litígio, direito real.

A Douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela procedência do conflito, para reconhecer a competência da 5ª Câmara da Seção de Direito Privado (fls. 225/228).

É o relatório.

II – Razão assiste à 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, cabendo à 5ª Câmara da Seção de Direito Privado julgar a apelação versada nestes autos.

Com efeito, da leitura da petição inicial, verifica-se que a autora, Benedita Vieira Garcia de Proença, afirmou que tentou regularizar seu imóvel (4,3402 hectares), situado no Bairro dos Fragas, Município de Tatuí, por meio da Retificação Administrativa de Registro Imobiliário (Lei nº 10.931/04), e, assim, dividir amigavelmente o imóvel entre os condôminos. No entanto, o procedimento fora barrado no Serviço Registral de Tatuí.

Assim, ingressou com ação de usucapião, considerando a posse mansa, pacífica e contínua, bem como a prática de atos inequívocos de proprietários (moradia, plantio, construção, conservação de benfeitorias e outros) – fls. 02/08.

Ressalto que a competência das Câmaras desta Corte deve ser definida pela análise do pedido e da causa de pedir, segundo o disposto no artigo 100, do Regimento Interno deste Tribunal:

> "*A competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do pedido inicial, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la.*"

A demanda originária aduzida trata de usucapião, cabendo então, a verificação ou não dos requisitos necessários para configuração do instituto. Neste exato sentido, a r. sentença julgou procedente o pleito. Inclusive, bem observou que "(...) *o pedido formulado pela Fazenda Pública Estadual quanto a indicação da área de reserva legal não merece acolhida, porquanto tal exigência*

não encontra amparo legal" (fls. 142/145).

Já em sede de apelação, a Fazenda Pública do Estado de São Paulo, ora apelante, pugnou para que constasse a obrigação de se instituir área de reserva legal e regularização da área de preservação permanente, e assim, a expedição do mandado para registro imobiliário só se daria após o cumprimento destas exigências (fls. 156/168).

Desta feita, requereu a Procuradoria Geral do Estado que os autos fossem remetidos para redistribuição para a Câmara Reservada ao Meio Ambiente (fls. 182/183).

Pois bem.

Pode-se concluir que a resolução de nº 623/2013 deste Egrégio Tribunal de Justiça Paulista, publicada em 06 de novembro de 2013, a qual versa sobre a sistematização dos atos administrativos normativos que disciplinam a competência entre as Seções deste Tribunal de Justiça, subsume-se perfeitamente ao caso em apreço quando dispõe acerca da competência da Primeira Subseção de Direito Privado, composta pelas 1ª a 10ª Câmaras.

> *Art. 5º. A Seção de Direito Privado, formada por 19 (dezenove) Grupos, numerados ordinalmente, cada um deles integrado por 2 (duas) Câmaras, em ordem sucessiva, é constituída por 38 (trinta e oito) Câmaras, também numeradas ordinalmente, e subdividida em 3 (três) Subseções, assim distribuídas:*
>
> *I – Primeira Subseção, composta pelas 1ª a 10ª Câmaras, com competência preferencial para o julgamento das seguintes matérias:*
>
> *I.15 – Ações de usucapião de bem imóvel;*

Assim, conforme bem mencionado pela Câmara suscitante, ante a matéria tratada na lide de origem que se coaduna plenamente com a hipótese tratada na resolução acima, não há que se falar em afastamento da competência da 5ª Câmara de Direito Privado do E. Tribunal de Justiça.

Não subsiste dúvida de que a competência para julgamento de ações de usucapião, ainda que se refira indiretamente ao Meio Ambiente, é da Primeira Subseção de Direito Privado.

Em que pese o bem fundamentado requerimento da Procuradoria do Estado, na necessidade de proteção ao meio ambiente, o que se nota é que a pretensão posta na exordial (art. 100 do Regimento supra citado) envolve, como objeto principal a análise dos requisitos necessários à aquisição de propriedade.

Desta feita, as demais questões, como constar ou não na sentença de usucapião a determinação de instituição de reserva legal, bem como área de preservação permanente, tratam-se de questões de plano secundário.

Portanto, a questão ambiental, invocada de modo reflexo, não atrela recurso de apelação à competência das Câmaras Reservadas ao Meio Ambiente,

Acesso ao Sumário

considerando que não se trata de ação que envolva discussão sobre interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos diretamente ligados ao meio ambiente.

Não por outro motivo, esse vem sendo o entendimento deste Colendo Órgão Especial:

> *DÚVIDA DE COMPETÊNCIA. Ação que versa sobre Usucapião de bem imóvel. Artigo 1.242 do Código Civil. Interesse individual. Pretensão que envolve – como objeto principal e preponderante – o exame sobre ocorrência de prescrição aquisitiva. Irrelevância do questionamento sobre a necessidade de averbação de reserva legal (para efeito de fixação de competência recursal). Questão ambiental, sob esse aspecto, que foi invocada apenas de forma reflexa. Inexistência de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos diretamente ligados ao meio ambiente. Precedentes do C. Órgão Especial. Dúvida procedente. Competência da 10ª Câmara de Direito Privado (TJ-SP – Conflito de Competência nº 0004010-05.2014.8.26.0000, Relator: Antonio Luiz Pires Neto, Data de Julgamento: 26/03/2014, Órgão Especial, Data de Publicação: 28/03/2014).*

Ante o exposto, julgo procedente o conflito, reconhecendo a competência da suscitada, a 5ª Câmara de Direito Privado desta Corte, à qual os autos devem ser remetidos para julgamento do recurso interposto.

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 0022028-40.2015.8.26.0000, da Comarca de Cordeirópolis, em que são impetrantes/pacientes ANDERSON MARCHESI ROCHA, FABIO GUILHERME ANICETO e MARINALDO LUIS PHILOMENO, é impetrado DELEGADO GERAL DA POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "INDEFERIRAM LIMINARMENTE O PROCESSAMENTO DO *HABEAS CORPUS*. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 557/15)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS

PICELI (Presidente sem voto), ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, FRANÇA CARVALHO, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO e TRISTÃO RIBEIRO.

São Paulo, 13 de maio de 2015.

ANTONIO CARLOS VILLEN, Relator

Ementa: *HABEAS CORPUS*. Guardas civis municipais. Salvo conduto para portar arma de fogo fora do horário de trabalho. Ilegitimidade do Delegado Geral da Polícia Civil, apontado como autoridade coatora. Inadequação da via eleita. Jurisprudência do Órgão Especial. Indeferimento liminar.

VOTO

Trata-se de *habeas corpus* preventivo impetrado por guardas civis do Município de Cordeirópolis, que pleiteiam seja afastado o risco de prisão por portarem arma de fogo fora do seu horário de serviço. Foi apontado como autoridade coatora o Delegado Geral de Polícia.

Os impetrantes alegam, em síntese, que a utilização de arma de fogo fora do horário de trabalho é imprescindível para a preservação da segurança pública e proteção pessoal. Asseveram que os incisos do art. 6º do Estatuto do Desarmamento (Lei nº 10.826/03) ostentam inconstitucionalidade consistente em tratar de maneira desigual os guardas municipais que exercem sua atividade em municípios menores e aqueles que a exercem em municípios com mais de 500.000 habitantes. É clara a afronta aos arts. 5º, *caput*, e 19, III, da Constituição Federal. Por essas razões, entendem que deve ser aplicado também aos guardas civis de Cordeirópolis o art. 6º, III, da Lei nº 10.826/03. Pedem a concessão da ordem para que não sejam presos por porte de arma fora do horário de trabalho.

O *habeas corpus* foi originalmente impetrado na Vara Única de Cordeirópolis. O Magistrado não conheceu do mérito e determinou a remessa dos autos a este Tribunal (fls. 45/45-verso).

É O RELATÓRIO.

A ordem deve ser indeferida de plano.

Como já decidido por este Órgão Especial em precedentes semelhantes,

Acesso ao Sumário

o Delegado Geral de Polícia do Estado de São Paulo não tem competência nem para expedir autorização de porte de arma de fogo – a atribuição é da Polícia Federal, conforme artigos 5º, § 1º, e 10 da Lei nº 10.826/03 – nem para impor medidas restritivas decorrentes do porte ilegal de tal espécie de arma. É de rigor, pois, o reconhecimento da ilegitimidade passiva. Nesse sentido, entre outros julgados, vale mencionar o HC 0263067-38.2012.8.26.0000, Rel. LUIS GANZERLA, j. 10.04.2013, v.u., e do HC 2174722-91.2014.8.26.0000, Rel. EVARISTO DOS SANTOS, j. 22.10.2014.

Não bastasse isso, é evidente a inadequação da via eleita. A mera vedação, prevista em lei, de porte de arma fora do horário de trabalho não implica coação contra a liberdade de locomoção. Eventual cumprimento da legislação por parte das autoridades policiais não pode ser acoimada de ilegal. Nesse sentido, o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do HC 113.592, Rel. Min. CARMEN LÚCIA, j. 10.12.2013, v.u., e, deste Órgão Especial, além dos precedentes acima já mencionados, o julgamento do HC 0116571-06.2013.8.26.0000, Rel. KIOITSI CHICUTA, j. 14.06.2013, e do HC 2069950-77.2014.8.26.0000, Rel. TRISTÃO RIBEIRO, j. 25.06.2014, v.u..

Por fim, vale frisar que o *habeas corpus* também não se presta à discussão sobre a suposta inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei do Desarmamento mencionados pelos impetrantes.

Pelo meu voto, indefiro liminarmente o processamento do *writ*.

Mandados de Injunção

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Injunção nº 0047417-61.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante NELCY APARECIDA FERREIRA PEREIRA, é impetrada ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DENEGARAM A ORDEM. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.749)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente sem voto), ROBERTO MORTARI, PAULO

DIMAS MASCARETTI, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, FERRAZ DE ARRUDA, SILVEIRA PAULILO, EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS e MÁRCIO BARTOLI.

São Paulo, 11 de março de 2015.

JOÃO CARLOS SALETTI, Relator

Ementa: MANDADO DE INJUNÇÃO – Propositura inicialmente dirigida ao Congresso Nacional, perante o Supremo Tribunal Federal, o qual, reconhecendo sua incompetência absoluta, determinou encaminhamento dos autos a esta Justiça Estadual.

MANDADO DE INJUNÇÃO – Funcionária pública aposentada por invalidez permanente com benefício integral e, posteriormente, reduzido para 56,67%, em virtude de revisão porque sua moléstia (arterite de Takayasu ou Síndrome de Takayasu) não estava incluída entre as classificadas pela legislação – Pretensão de que a autoridade inclua na Lei nº 10.261/68 (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo) rol de patologias na qual conste a sua doença como causadora de invalidez permanente sujeita à aposentadoria com proventos integrais, ou de que se determine a não incidência das normas federais na aposentadoria dos funcionários estaduais.

MANDADO DE INJUNÇÃO – Propositura em face do Congresso Nacional, mas postulando a edição de medida que altere o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo – Emenda da petição inicial, consequente à decisão da Corte Suprema, para constar do polo passivo a Assembleia Legislativa do Estado – Ilegitimidade passiva da Assembleia – Iniciativa de lei versando aposentadoria de servidor público estadual que é privativa do Governador do Estado (art. 24, § 2º, item 4, da CE e art. 61, § 1º, II, *c*, da CF) – Extinção do feito sem julgamento do mérito

(art. 6º, § 5º, da Lei nº 12.016/2009) – Impossibilidade, ademais, de determinar a substituição ou acréscimo do Governador do Estado de São Paulo no polo passivo da lide, porquanto ausentes as condições necessárias para a admissão e prosseguimento do Mandado de Injunção – Lei nº 10.261, como posta, que não inviabiliza o exercício de direito, de liberdades constitucionais ou prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Mandado de Injunção denegado.

VOTO

Trata-se de **mandado de injunção**.

Alega a autora: **a)** na qualidade de funcionária pública estadual, laborou durante anos como Professora de Educação Básica II, sendo que em 19.10.2001, mediante laudo de aposentadoria, foi declarada permanentemente inválida, o que acarretou sua aposentadoria (26.03.2002), nos termos dos arts. 222, I, 223 e 226 da Lei Estadual nº 10.262/98 (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de SP) e CID M 31.4, recebendo proventos integrais; **b)** no entanto, foi notificada (em agosto 2013) de que a aposentadoria estava em desacordo com os arts. 40, § 1º, da CF e 186, § 1º, da Lei Federal nº 8.112/90 (Estatuto do Funcionário Público Federal), porque a moléstia que gerou a aposentadoria não está incluída entre as classificadas na legislação; **c)** em consequência, o percentual do benefício foi revisto e alterado para 56,67%, com ordem de restituição parcelada dos valores recebidos a maior; **d)** é portadora de "Arterite de Takayasu ou Síndrome de Takayasu", moléstia rara, ainda sem cura; **e)** "o problema encontrado ... para reduzir drasticamente os necessários rendimentos ... está ... na parte final do inciso I, do parágrafo 1º, do artigo 40 da Constituição Federal: NA FORMA DA LEI"; **f)** assim porque "sustenta a requerida", a moléstia "não está incluída entre as classificadas na legislação citada", ou seja, não está relacionada dentre as previstas no artigo 151 da Lei Federal nº 8.213/91 e artigo 186, § 1º da Lei Federal nº 8.112/90"; **g)** não se aplicam as Leis nºs 8.112/90 (trata do funcionário público federal) e 8.213/90 (disciplina os planos de benefícios previdenciários dos trabalhadores vinculados ao Regime Geral – INSS); acrescenta: **h)** "trata-se, então, de uma questão de omissão de mera nomenclatura do legislador"; **i)** "é impossível ao legislador tratar de todas as hipóteses no texto legal, mas não há como contrariar que as consequências da moléstia estão devidamente previstas"; **j)** "se persistir o absurdo traçado pela requerida (sic) ao pretender que dois artigos de leis tragam a nomenclatura de uma doença extremamente rara e desconhecida, muito embora algumas

Acesso ao Sumário

consequências estejam devidamente previstas, sob pena da perda de um direito essencial ao sustento e tratamento, entraremos na esfera da inconstitucionalidade dos referidos dispositivos"; **k)** o art. 40, § 1º, CF determina que se faça complementação infraconstitucional; **l)** "trata-se ... de uma lacuna que acarreta a inconstitucionalidade por omissão, a qual pode ser solucionada mediante o controle difuso ou por via de exceção, que permite a todos os Juízes e Tribunais realizar no caso concreto a análise sobre a compatibilidade do ordenamento jurídico com a Constituição Federal, conforme já entendeu o Supremo Tribunal Federal"; **m)** "cumprido o real sentido da norma, previstos todos os sintomas e consequências na legislação ..., é direito da impetrante receber integralmente seus proventos, o que somente não ocorre por ato falho do legislador, que não incluiu na lista o nome da desconhecida doença", "aqui reside o objetivo do Mandado de Injunção", "uma vez que as legislações citadas são de competência do Congresso Nacional, e considerando que a impetrante não consegue fruir de seu direito por omissão do próprio Congresso, o *mandamus* tem como objetivo permitir e resgatar tal injustiça".

Requereu "a procedência total do pedido, determinando o direito da autora em fruir da legislação aplicável ao caso concreto, suprindo a lacuna deixada pelo legislador ao não incluir no rol a doença da impetrante, declarando o dever da Fazenda Pública do Estado de São Paulo conceder-lhe aposentadoria em seu valor integral, além da condenação ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios" (fls. 6/12).

Inicialmente, o *mandado de injunção* foi movido em face do CONGRESSO NACIONAL (fls. 6).

A medida foi proposta perante o Supremo Tribunal Federal, que, por decisão monocrática do Ministro MARCO AURÉLIO (fls. 25/27), afirmando "manifesta incompetência do Supremo para processar e julgar este mandado de injunção", determinou a remessa dos autos a esta Justiça Estadual.

Assim resolveu porque

> "A lacuna legislativa atinente à enumeração das doenças incapacitantes que permitem a concessão do benefício no âmbito do sistema previdenciário mantido por aquela esfera federativa para os respectivos agentes deve ser suprida mediante edição de lei estadual. A providência pleiteada não revela mora imputável a qualquer das autoridades ou órgãos referidos no artigo 102, inciso I, alínea 'q', da Carta da República."

Vindo estes autos para a Justiça Estadual, distribuído ao Órgão Especial, determinei a emenda (fls. 34/35) da petição inicial, porque:

> "... a peça inicial contém pedidos de duas ordens ou naturezas, **(a)** uma de que seja editada lei includente de moléstia no rol pertinente, para fins de aposentadoria, outra, **(b)** de que seja concedida aposentadoria com

Acesso ao Sumário

valor integral, em razão do padecimento do referido mal.

"A primeira dessas providências autoriza o uso do mandado de injunção; a segunda, não, porque objetiva comando dirigido à autoridade à qual compete a concessão da aposentadoria, e desborda do âmbito restrito do mandado de injunção. Por incompatíveis entre si, esses pedidos não podem prosseguir num único feito.

"Assim, a requerente deve emendar a petição inicial, para: **a)** escolher, de duas, uma das providências, o mandado de injunção tendente à edição da norma legal de cuja falta reclama, ou a concessão da aposentadoria integral; **b)** em procedendo a escolha, declinar em face de que autoridade estadual promove o mandado de injunção, ou, no outro caso, declinar a autoridade local da qual pede a aposentadoria."

A autora emendou a petição inicial consignando que o MANDADO DE INJUNÇÃO é movido em face da ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO (fls. 39/50). Requereu a "procedência integral do pedido, determinando que a impetrada se posicione legalmente acerca da disparidade de requisitos estaduais e federais, incluindo na Lei Estadual nº 10.261/68 um rol de patologias, como faz a esfera federal, constando a arterite da impetrante, ou determine expressamente a não incidência das normas federais na aposentadoria dos funcionários estaduais", bem como "condenação da impetrada ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios".

Acolhi a emenda da petição inicial, passando a Autoridade impetrada a ser a ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO, determinando o processamento do mandado de injunção (fls. 52).

A Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo prestou informações (fls. 59/73), pugnando "pelo não conhecimento do mandado de injunção, para que seja extinto sem resolução de mérito, ou, caso outro seja o entendimento ..., requer seja o mesmo julgado improcedente, mediante a denegação da ordem".

A douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela denegação deste Mandado de Injunção (fls. 75/91).

É o relatório.

1. Procedi ao relato do quanto sustentado na peça inicial, e do que sucedido nos autos, para dar, da melhor maneira possível, noção das razões e do pedido inicial, de um lado, e assim autorizar a conclusão a que chego de denegar a medida.

2. Como ensina ALEXANDRE DE MORAES (*Direito Constitucional*, Editora Atlas, 27ª edição/2011, pág. 180/192),

"O mandado de injunção consiste em uma ação constitucional de caráter civil e de procedimento especial, que visa suprir uma omissão do Poder Público, no intuito de viabilizar o exercício de um direito,

uma liberdade ou uma prerrogativa prevista na Constituição Federal. Juntamente com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, visa ao combate à *síndrome de inefetividade* das normas constitucionais.

"...

"Não caberá, portanto, mandado de injunção para, sob a alegação de reclamar a edição de norma regulamentadora de dispositivo constitucional, pretender-se a alteração de lei ou ato normativo já existente, supostamente incompatível com a Constituição ou para exigir-se uma certa interpretação à aplicação da legislação infraconstitucional, ou ainda para pleitear uma aplicação 'mais justa' da lei existente.

"...

"O mandado de injunção somente se refere à omissão de regulamentação de *norma constitucional*. (...)

3. No presente caso, o mandado de injunção foi impetrado por funcionária pública aposentada por invalidez permanente com benefício integral e, posteriormente, reduzido para 56,67%, em virtude de revisão porque a sua moléstia (*arterite de Takayasu* ou *Síndrome de Takayasu*) não estava incluída entre as classificadas na legislação. Pretende a impetrante que a autoridade inclua na Lei nº 10.261/68 (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo) a moléstia de que padece, como causadora de invalidez permanente que a sujeita à aposentadoria com proventos integrais, ou que determine a não incidência das normas federais na aposentadoria dos funcionários estaduais.

Inicialmente, como visto, o mandado de injunção foi movido em face do Congresso Nacional perante o E. Supremo Tribunal Federal. O Relator, Ministro MARCO AURÉLIO, reconheceu a incompetência daquela Suprema Corte, motivo pelo qual foi redistribuído ao Tribunal de Justiça de São Paulo, tendo a parte emendado a inicial para constar a Assembleia Legislativa de São Paulo, em substituição ao Congresso Nacional.

4. Na lição de ALEXANDRE DE MORAES (op. e local citados),

" ... se a omissão for legislativa federal, o mandado de injunção deverá ser ajuizado em face do Congresso Nacional, salvo se a iniciativa da lei for privativa do Presidente da República (CF, 61, § 1º), quando então o mandado de injunção deverá ser ajuizado em face do Presidente da República, nunca o Congresso Nacional."

Ora, a iniciativa de lei versando aposentadoria de servidor público estadual é privativa do Governador do Estado, nos termos do art. 24, § 2º, item 4, da Constituição do Estado de São Paulo e, por simetria, art. 61, § 1º, II, *c*, da Constituição Federal.

Como ressaltado pelo Presidente da Assembleia Legislativa (fls. 63/64),

Acesso ao Sumário

"No âmbito federal, compete **privativamente** ao Presidente da República encaminhar proposição legislativa (PLC) sobre a aludida matéria, a teor do contido no **art. 61, § 1º, II, *c*, da Carta Maior**; em consonância com o **princípio da simetria**, colhe-se do **art. 24, § 2º, item 4, da CESP/89**, idêntico tratamento normativo, no sentido de que na edição de normas destinadas a disciplinar as doenças graves que dão ensejo à aposentadoria por invalidez com proventos integrais, mostra-se imprescindível o envio de projeto de lei pelo **Exmo. Governador do Estado**, posto recair sobre o mesmo a **competência privativa para deflagrar** o processo legislativo, por versar a matéria sobre **aposentadoria** de servidor público.

"Pois bem, nos termos da Informação DDI/DPJ nº 21/2014 do Departamento de Documentação e Informação desta Casa de Leis (doc. anexo), **inexiste** projeto de lei complementar em trâmite na ALESP que verse sobre a integração normativa do art. 126, § 1º, 1, da CESP/89 (art. 40, § 1º, I, da CF/88).

"Isso evidencia o **descabimento da inclusão desta Casa Legislativa** como Impetrada, porquanto se mostra constitucionalmente impossível **iniciar** – **e, consequentemente, deliberar** – **proposição legislativa sobre a matéria** sem o prévio encaminhamento de projeto de lei complementar pelo Exmo. Governador do Estado, o que torna juridicamente impossível declarar a **Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo** em mora legiferante, razão pela qual a ação não pode ser conhecida, ou a ALESP **deve ser excluída** da ação.

"...

"Na remota hipótese de não ser acolhida a preliminar anterior, impõe-se a inclusão do Exmo. Governador do Estado de São Paulo no polo passivo da ação como Impetrado, sendo imperativa sua notificação para prestar informações."

Configurada a ilegitimidade passiva, o processo deste mandado de injunção deve ser julgado extinto, sem julgamento do mérito, nos termos do artigo 6º, § 5º, da Lei nº 12.016/2009 (Lei do Mandado de Segurança aplicável no caso de Mandado de Injunção).

Não há, por fim, determinar a substituição ou acréscimo do Governador do Estado de São Paulo para integrar a lide, porquanto não estão presentes as condições necessárias para a admissão e prosseguimento do Mandado de Injunção, como se vê a seguir.

5. Tanto não bastasse, há outro motivo para que o mandado de injunção não prossiga.

Na lição do mesmo ALEXANDRE DE MORAIS (cf. op. e local citados),

Acesso ao Sumário

"Os requisitos para o mandado de injunção são:

. falta de norma reguladora de uma previsão constitucional (omissão total ou parcial do Poder Público);

. inviabilização do exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania – o mandado de injunção pressupõe a existência de nexo de causalidade entre a omissão normativa do Poder Público e a inviabilidade do exercício do direito, liberdade ou prerrogativa."

Esses requisitos estão ausentes neste caso. Vejamos.

Dispõe a Lei nº 10.261/68:

"Art. 222 – O funcionário será aposentado:

"I – por invalidez

"..."

"Art. 223 – A aposentadoria prevista no item I do artigo anterior, só será concedida, após a comprovação da invalidez do funcionário, mediante inspeção de saúde realizada em órgão médico oficial."

"Art. 226 – O provento da aposentadoria será:

"**I – igual ao vencimento ou remuneração e demais vantagens pecuniárias incorporadas para esse efeito:**

"**...**"

"**2 – quando ocorrer a invalidez.** (negritei)

"II – proporcional ao tempo de serviço, nos demais casos."

É bem de ver que a Lei nº 10.261/68 (Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado de São Paulo), como posta, não inviabiliza o exercício de direito, de liberdades constitucionais ou prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

A lei está em vigor, assegurando a aposentadoria ao servidor atingido por invalidez, nos termos pretendidos pela postulante, sem indicação, muito menos distinção, de moléstia que a tenha determinado.

Nesse passo, a norma está conforme o preceito do artigo 126, § 1º, "1", da Constituição do Estado de São Paulo, que assegura aos servidores de cargos efetivos a aposentadoria por invalidez permanente decorrente, entre outros motivos, de "... moléstia grave, contagiosa ou incurável, na forma da lei".

A norma constitucional não exige a edição de lei com rol de moléstias graves determinantes de aposentadoria, de tal arte que a falta de preceito específico definindo esta ou aquela moléstia como grave, como a de que padece a impetrante, não autoriza o uso do mandado de injunção. Em outras palavras, se o mandado de injunção cabe apenas para promover o implemento, no campo infraconstitucional, de preceito constitucional, a inexigência desse implemento,

Acesso ao Sumário

neste caso, impede o recurso à impetração.

A propósito, bem discorre a douta Procuradoria Geral de Justiça (fls. 75/91):

"Neste contexto, a Legislação Estadual não inviabiliza o exercício do direito, liberdade ou prerrogativa **justamente porque garante como provento da aposentadoria o vencimento ou remuneração e demais vantagens pecuniárias** para o servidor aposentado por invalidez permanente, nos moldes do artigo 223 da Lei nº 10.261/68, **independentemente do tipo de doença grave que lhe deu causa**, em perfeita consonância com o disposto no artigo 126, parágrafo 1º, 1, da Constituição Estadual, que não exige e nem tampouco impede que a doença grave seja discriminada em Lei Complementar.

"Aliás, não seria possível ao Poder Judiciário determinar ao legislador por meio da injunção a inclusão desta ou daquela doença em virtual rol de doenças graves – mesmo porque, repita-se, a norma constitucional em apreço **não** determina que sejam elencadas as *doenças graves* que podem, *contrario sensu*, ser definidas de modo genérico ao alvedrio do legislador ordinário – pena de afronta ao princípio da separação de poderes previsto no artigo 2º, da Constituição da República.

"Por outro lado, ainda que se considere possível a aplicação analógica do artigo 186, parágrafo 1º, da Lei Federal nº 8.112/90, aos servidores públicos estaduais, tanto o c. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo quanto o e. Superior Tribunal de Justiça são firmes em admitir que o rol de *doenças graves* elencados pelo legislador federal, o qual garante o direito do servidor público aposentado por invalidez permanente aos proventos integrais é **exemplificativo e não taxativo**:

"...

"Assim, se nos parece que não há injunção a ser concedida pelo fato de que há legislação pertinente e suficiente que cuida da matéria de interesse da impetrante e pela impossibilidade de emissão de comando ao julgador infraconstitucional para a edição de lei que nela inclua a sua patologia, para fins de aposentadoria por invalidez permanente decorrente de doença grave incurável, pena de afronta ao princípio constitucional da separação de poderes. A ela cabe, com efeito, pela via que entender adequada – o mandado de segurança ou a ação ordinária – reverter o ato administrativo de trato sucessivo oriundo da Administração Pública Estadual, consubstanciado na redução de sua aposentadoria com fundamento na interpretação restrita dada à Legislação Federal em referência."

O próprio discurso inicial permite assim entender, ao sustentar que a

Acesso ao Sumário

cláusula final da norma constitucional, "nos termos da lei", levou a autoridade administrativa a rever sua aposentadoria. Não vendo na lei estadual limitação, a mesma autoridade reduziu o valor da aposentadoria porque a moléstia não está "relacionada dentre as previstas no artigo 151 da Lei Federal nº 8.213/91 e artigo 186, § 1º da Lei Federal nº 8.112/90", normas inaplicáveis à espécie.

Por outro lado, a mesma petição inicial dá outro motivo para assim entender, ao sustentar que "se persistir o absurdo traçado pela requerida (sic) ao pretender que dois artigos de leis tragam a nomenclatura de uma doença extremamente rara e desconhecida, muito embora algumas consequências estejam devidamente previstas, sob pena da perda de um direito essencial ao sustento e tratamento, entraremos na esfera da inconstitucionalidade dos referidos dispositivos".

A hipótese, portanto, não é de exigência de edição de lei que normatize a Constituição, mas de interpretação e aplicação da lei estadual, e de exclusão de incidência da lei federal ou de inconstitucionalidade desta última.

Enfim, para fazer valer o seu direito, a impetrante deve mesmo se valer do meio adequado a rever o ato questionado.

6. Ante o exposto, denego o mandado de injunção.

É meu voto.

Revisões Criminais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 0079428-46.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são peticionários F.L.F.M., F.L.F. e A.L.F., é requerido ÓRGÃO ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A REVISÃO CRIMINAL IMPROCEDENTE. V.U. DECLAROU-SE SUSPEITO O EXMO. SR. DES. EVARISTO DOS SANTOS. SUSTENTOU ORALMENTE A ADV. DRA. F.R.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.888)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ

Acesso ao Sumário

RENATO NALINI (Presidente sem voto), LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI e JOÃO CARLOS SALETTI.

São Paulo, 29 de abril de 2015.

ROBERTO MORTARI, Relator

Ementa: Revisão Criminal – Magistrado condenado por infração ao artigo 317, *caput*, c.c. 71, do Código Penal, a uma pena de 04 anos e 02 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, com decretação da perda do cargo público, nos termos do artigo 92, I, do mesmo Diploma Legal – Pedido manejado *post mortem* por seus filhos – Pretensão à rescisão parcial do acórdão condenatório prolatado pelo Órgão Especial, com vistas à redução da pena aplicada, e consequente cancelamento do decreto de perda do cargo público – Reprimenda, porém, que foi correta e motivadamente dosada, sem erro técnico a ser reparado ou excessivo rigor a ser expurgado – Perda do cargo, ademais, adequadamente decretada – Improcedência do pleito revisional.

VOTO

O Magistrado A.B.F., a esta altura já falecido, foi condenado por este Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, nos autos da Ação Penal nº 1.966-0/5, a uma pena carcerária de 04 anos e 02 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, por infração ao artigo 317, **caput**, c.c. 71, do Código Penal, com consequente decretação da perda do cargo público, nos termos do artigo 92, I, do mesmo Diploma Legal.

Parcialmente inconformados com esse desate condenatório, seus filhos F.L.F.M., F.L.F. e A.L.F. ajuizaram a presente revisão criminal, objetivando a redução da reprimenda imposta, e o consequente cancelamento do decreto de perda do cargo público.

Argumentam para tanto, em síntese, que a pena foi fixada com injustificável e excessivo rigor, na medida em que não existiam circunstâncias judiciais

Acesso ao Sumário

desfavoráveis ao Magistrado, que era primário e não ostentava antecedentes desabonadores. Sustentam, ademais que a imposição de reprimenda tão rigorosa teve por objetivo, apenas, a decretação da perda do cargo público do Magistrado, que não foi devidamente motivada, e teve consequências trágicas para ele e para os peticionários, não podendo prevalecer.

O pedido foi regularmente processado, dispensando-se o apensamento dos autos da Ação Penal respectiva, por conta da apresentação de mídias contendo o seu inteiro teor digitalizado. A douta Procuradoria Geral de Justiça exarou parecer pela improcedência.

Esse, no essencial, o relatório.

Não há como acolher a pretensão revisional em apreço.

As penas impostas ao Magistrado A.B.F. foram motivadas no v. acórdão prolatado por este Colendo Órgão Especial da seguinte maneira:

"*(...) A pena-base de cada um dos três crimes cometidos pelo primeiro desses réus (Doutor A.B.F.) é fixada em três (3) anos e quatro (4) meses de reclusão, tendo em vista o alto índice de reprovabilidade do agente, face as suas condições pessoais, de magistrado de carreira, que conhecia mais do que o comum dos homens o caráter criminoso de sua conduta delitiva, comprometedora, inclusive, de toda uma instituição política que não prescinde da credibilidade pública; além disso, nessa pena-base, que se tornou definitiva na ausência de outros elementos, também se considerou o censurável comportamento desse réu, nos episódios dos demais crimes que nesse processo lhe foram atribuídos, cuja absolvição se fundou em comprometedora insuficiência de provas, evidenciando, porém, uma personalidade com marcada inclinação para facilidades muito próximas do ilícito criminal. Esses subsídios foram sopesados face à regra norteadora do art. 68, c.c. o art. 59 e item II, do Código Penal. Como tais crimes do art. 317, caput, do referido Código foram cometidos na forma continuada, impõe-se a adoção da pena cominada a um deles, com o acréscimo de um quarto (1/4), ou seja, de mais dez (10) meses de reclusão, do que resulta uma pena final e definitiva de quatro (4) anos e dois (2) meses de reclusão (art. 71, caput, do Código Penal). Essa pena de reclusão será cumprida em regime semi-aberto, desde o princípio (...). Em razão dessa pena fica declarado o efeito da condenação previsto no art. 92, I, do Código Penal, ou seja, a perda do cargo público ocupado pelo réu (art. 26, I, c.c. o art. 47, I, da LOMAN), dado que, como resulta do antes exposto e é inerente aos fatos criminosos por ele praticados, esses crimes foram consumados com abuso de poder e violação de dever com a Administração Pública (...)*".

E apesar do respeito tributado aos peticionários, que suportaram os efeitos da conduta do genitor, não se vislumbra qualquer vício nessa fundamentação.

Afinal, a pena-base foi adequadamente estabelecida acima do piso legal,

Acesso ao Sumário

e sem qualquer exagero.

Por conta da função pública de relevo exercida pelo réu, e do seu elevado grau de instrução, apto a conferir-lhe maior descortino, e completa compreensão da gravidade e das consequências dos ilícitos praticados, justo e jurídico que recaia sobre seu comportamento criminoso, permeado de abuso de poder e violação dos deveres para com a Administração Pública, maior juízo de reprovabilidade, como decorrência da culpabilidade exacerbada, e da necessidade de se resguardar o prestígio do cargo de Juiz de Direito, a credibilidade das decisões judiciais, e a respeitabilidade da Magistratura.

Consoante já se teve oportunidade de decidir:

"***(...) DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE. OCUPANTE DE CARGOS PÚBLICOS RELEVANTES. ALTO GRAU DE INSTRUÇÃO. MAIOR REPROVABILIDADE DA CONDUTA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. (...)***" (**STJ**, HC 194326/RS, 5ª Turma, Rel. Min. **Jorge Mussi**, j. 18/08/2011, DJe 29/08/2011).

"***(...) A alta reprovabilidade da conduta do agente é circunstância em nada estranha ao elenco do artigo 59 do Código Penal, justificando a imposição da pena acima do mínimo legal, tanto quanto a perda do cargo público (...)***" (**STJ**, HC 66330/RJ, 6ª Turma, Rel. Min. **Hamilton Carvalhido**, j. 11/09/2007, DJ 29/10/2007, pg. 317).

Nesse mesmo sentido, aliás, bem argumentou a douta Procuradoria Geral de Justiça, no parecer subscrito pelos Drs. **Gilberto De Angelis** e **Miguel Tassinari de Oliveira**, que "*(...) enquanto juiz de direito, o Dr. A.F. tinha a plena consciência daquilo que seus atos de corrupção representavam para o bom nome da Magistratura Bandeirante, que sempre contou em seus quadros com juízes de reputação ilibada e detentores de notório saber jurídico, como, por exemplo, um daqueles que, no exercício das funções de juiz auxiliar da Corregedoria Geral de Justiça, participou da apuração dos fatos. Nos referimos ao Dr. Antonio Cezar Peluso que, anos depois, alcançou a presidência do Egrégio Supremo Tribunal Federal. É inegável que comportamentos criminosos como aqueles imputados ao Dr. A.F. fustigam o bom nome do Judiciário, principalmente quando cometidos em pequenas localidades, como a Itapecerica da Serra dos anos 70 do século anterior, que contam com apenas um juiz, em quem a comunidade deposita toda a confiança, na crença firme de que suas querelas serão decididas com justiça e imparcialidade. Daí a maior censurabilidade da conduta do Dr. A.F. em relação a dos demais corréus, o que, ao nosso sentir, justificava inclusive a aplicação da pena máxima. Evidentemente, se o fundamento e o limite da pena imposta se encontram no juízo de reprovabilidade em que se constitui a culpabilidade,*

Acesso ao Sumário

quanto mais intensa for a censurabilidade da conduta encetada pelo réu, maior deve ser a severidade punitiva (...)".

De modo que a pena imposta ao Magistrado, no caso em revisão, não deve ser reparada. Em verdade, não há qualquer erro técnico a ser reparado, ou mesmo excessivo rigor a ser expurgado.

Por fim, a perda do cargo também não pode ser afastada.

Embora de forma concisa, ela foi devidamente motivada, tendo claramente decorrido do fato de o acusado ter sido condenado a pena de reclusão superior a quatro anos, e pela prática de crimes perpetrados "*(...) com abuso de poder e violação de dever com a Administração Pública (...)*", consoante previsto pelo artigo 92, I, "a" e "b", do Código Penal.

Vale anotar que, segundo a melhor orientação pretoriana, "***(...) Expondo-se de forma clara os motivos para a perda do cargo público, não há falar em nulidade, importando ressaltar que não se pode confundir fundamentação coesa com ausência de fundamentação (...)***" (**STJ**, HC 196.242/RJ, 6ª Turma, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, j. 10/03/2015, DJe 17/03/2015).

Ademais, "***(...) As Turmas componentes da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça orientam no sentido de que atende ao princípio da motivação, a sentença que aplica a perda do cargo público de forma fundamentada, quando reconhecidas a quantidade da pena privativa de liberdade cominada (elemento objetivo) e a existência de abuso de poder (elemento subjetivo). (...)***" (**STJ**, HC 150786/SP, 5ª Turma, Rel. **Min. Adilson Vieira Macabu**, j. 06/09/2011, DJe 10/10/2011).

Registre-se ainda que o v. acórdão guerreado deve ser considerado em sua totalidade, e não em capítulos, razão pela qual mesmo que a fundamentação referente à existência de "*(...) abuso de poder e violação de dever com a Administração Pública (...)*" não tenha sido repetida na parte da decisão destinada à motivação da perda do cargo público, verifica-se sua exposição ao longo de toda a fundamentação da solução condenatória adotada, através de afirmações claras e inequívocas no sentido de que o acusado valeu-se da sua condição de Juiz de Direito, e do poder inerente ao seu cargo, para a prática de toda uma série de atos delituosos e comprometedores da respeitabilidade da função pública exercida.

Enfim, a pretensão rescisória esboçada pelos peticionários não encontra possibilidade jurídica de sucesso.

Assim, por tais fundamentos, julga-se improcedente a revisão criminal.

Acesso ao Sumário

CÂMARA ESPECIAL

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2026141-37.2014.8.26.0000, da Comarca de Ubatuba, em que é agravante PREFEITURA MUNICIPAL DE UBATUBA, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

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 5400)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e RICARDO ANAFE (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 30 de março de 2015.

CARLOS DIAS MOTTA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. Apuração de irregularidades em entidade de atendimento. Juiz que determinou o afastamento provisório da presidente da FUNDAC e nomeou substituta. Interposição de recurso pela prefeitura municipal, com o intuito de exercer a prerrogativa de indicar o substituto para a presidência da FUNDAC. Celebração de convênio com a entidade não governamental para prestação de serviço de acolhimento institucional de crianças e adolescentes. Irregularidades na execução do serviço. Denúncias de maus-tratos para com as crianças, falta de alimentos e brinquedos, agressões físicas, assédios, separação de irmãos, abandono, entre outras ofensas. Presidente que optou por renovar o convênio com a entidade. Conivência e omissão em relação às irregularidades existentes no serviço de acolhimento institucional. Afastamento provisório da presidente da entidade de atendimento, com fulcro no artigo 191, parágrafo único, do ECA. Manutenção da nomeação

Acesso ao Sumário

de substituta realizada pela autoridade judiciária. Administração municipal que se mostrou ineficiente para a solução das irregularidades. Observância do princípio da proteção integral e do dever do judiciário de fiscalizar as entidades governamentais e não governamentais com vistas à preservação dos direitos de crianças e adolescentes. Agravo de instrumento não provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento, com requerimento de efeito suspensivo, interposto pela Prefeitura Municipal de Ubatuba, em razão da r. decisão proferida pela 3ª Vara da Comarca de Ubatuba (fls. 15/17), a qual deferiu o afastamento provisório da senhora Sônia Maria Bonfim do cargo de Presidente da Fundação da Criança e do Adolescente (FUNDAC), nomeando, em seu lugar, a senhora Lúcia Helena Cosmo.

Em suma, a municipalidade sustenta que: não se mostrou conivente ou omissa em relação às irregularidades existentes na execução do programa de acolhimento institucional de crianças e adolescentes; o aditamento do convênio ocorreu, pois, até o vencimento do contrato, a direção da FUNDAC dispunha de reduzido tempo para definir novo modelo para execução do serviço; realizou intervenção administrativa junto à FUNDAC; o interventor adotou todas as providências para preservar e garantir os direitos das crianças e adolescentes; a FUNDAC, com o apoio da Prefeitura através da Secretaria Municipal de Desenvolvimento Social, assumiu o serviço de acolhimento, para garantir os direitos dos acolhidos; compete ao prefeito do município nomear o dirigente da entidade de acolhimento, conforme os termos do artigo 191, parágrafo único, c.c. o artigo 193, § 2º, do ECA; houve afronta à harmonia dos Poderes constituídos; deve ser conferida ao Chefe do Executivo a prerrogativa de indicar o substituto para a presidência da FUNDAC (fls. 01/14).

O requerimento de efeito suspensivo foi indeferido (fls. 245/250).

O agravado apresentou contraminuta (fls. 295/298).

O MM. Juízo de origem prestou informações (fls. 299/300).

A d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (fls. 303/308).

É o relatório.

Da análise dos autos, verifica-se que o Ministério Público ofereceu representação, com requerimento liminar de afastamento provisório de dirigente, em face de Prefeitura Municipal de Ubatuba, Fundação da Criança e do Adolescente (FUNDAC), Sônia Maria Bonfim e Aldeias Infantis SOS Brasil,

Acesso ao Sumário

com o propósito de apurar irregularidades em entidade de atendimento (fls. 20/34).

O MM. Juízo de origem deferiu a medida liminar e determinou o afastamento provisório da senhora Sônia Maria Bonfim do cargo de Presidente da FUNDAC e nomeou, em seu lugar, a senhora Lúcia Helena Cosmo (fls. 15/17).

Em razão da decisão supracitada, a Prefeitura Municipal de Ubatuba interpôs o presente agravo de instrumento, com o intuito de exercer a sua prerrogativa de indicar o substituto para a presidência da FUNDAC.

O presente recurso não merece provimento.

Compulsando os autos, nota-se que a Prefeitura Municipal de Ubatuba, por intermédio da Lei municipal nº 2.331/2003, criou a Fundação da Criança e do Adolescente (FUNDAC), a qual tem por finalidade básica a implementação de projetos, programas e serviços de proteção especial e socioeducativa a crianças e adolescentes (fls. 40/48).

Observa-se também que a FUNDAC firmou convênio com a entidade não governamental Aldeias Infantis SOS Brasil, atribuindo a esta a prestação de serviços de acolhimento institucional, manutenção e cuidados de crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade e risco (fls. 49/54).

Outrossim, constata-se que, a partir do ano de 2013, quando a senhora Sônia Maria Bonfim assumiu a presidência da FUNDAC, foram apuradas inúmeras irregularidades na atuação da entidade Aldeias Infantis SOS Brasil, com notícias de graves violações aos direitos e garantias fundamentais dos acolhidos, tais como, maus-tratos para com as crianças, falta de alimentos e brinquedos, agressões e assédios aos acolhidos, separação de irmãos e abandono, agressões físicas e até tentativa de suicídio de uma das crianças (fls. 21/25).

Apesar das irregularidades acima mencionadas, a senhora Sônia Maria Bonfim optou por renovar o convênio com a entidade não governamental Aldeias Infantis SOS Brasil (fls. 55/57).

Acesso ao Sumário

Inúmeras ocorrências envolvendo agressões e assédios às crianças e adolescentes foram informadas às autoridades, com notícia, inclusive, da fuga de uma das crianças, que procurou uma vizinha de um dos abrigos e informou ter sido vítima de agressões juntamente com outros acolhidos, praticadas pelos atendentes e funcionários da entidade não governamental (fls. 22/23).

Diante desses fatos, a autoridade policial deslocou-se até a instituição e conduziu todos os abrigados para prestar declarações. Na oportunidade, as crianças foram examinadas por um médico, que constatou lesões nos infantes, indicativas das agressões. Diante desses fatos, a autoridade policial deu voz de prisão às educadoras e encaminhou as crianças a outro abrigo, acompanhadas de membros do Conselho Tutelar local (fls. 23).

Em reunião promovida pelo Ministério Público, na qual estavam presentes o Prefeito de Ubatuba, representantes da FUNDAC, do Conselho Tutelar e da entidade Aldeias Infantis SOS Brasil, deliberou-se pelo afastamento provisório da então coordenadora e das cuidadoras atuantes na entidade. Na oportunidade, foi convencionada a formação de uma comissão provisória para adoção de providências urgentes à solução dos problemas.

Mesmo ciente das ocorrências, consta que a senhora Sônia Maria insistiu na manutenção do convênio com a entidade Aldeias, a despeito das graves imputações aos funcionários da referida entidade.

Destarte, verifica-se que a FUNDAC, através de sua presidente Sônia Maria, mostrou-se conivente e omissa em relação às irregularidades existentes no serviço de acolhimento institucional de crianças e adolescentes prestado pela entidade Aldeias Infantis SOS Brasil.

Outrossim, a Prefeitura Municipal de Ubatuba decretou intervenção na Casa Ninho que era uma das unidades acolhedoras de crianças e adolescentes atendidas pela entidade Aldeias Infantis SOS Brasil (fls. 58).

No entanto, durante o período de intervenção, as irregularidades persistiram, sendo que continuaram surgindo notícias de fugas e revoltas de crianças acolhidas (fls. 25).

Como bem observado pela d. Procuradoria Geral de Justiça (fls. 306): "*Sobram indícios de que as irregularidades foram cometidas em razão da terceirização do atendimento, de que a terceirização foi mantida pela dirigente afastada, a qual agiu, no mínimo, com culpa e que a administração municipal não tomou as medidas cabíveis nos momentos devidos*".

A entidade Aldeias Infantis SOS Brasil não prestou adequadamente o serviço de acolhimento institucional e expôs crianças e adolescentes a situações de risco violando direitos e garantias fundamentais em razão de maus-tratos, agressões, falta de alimentos e brinquedos, entre outras ofensas.

Em razão da gravidade dos fatos acima narrados, nota-se que o MM. Juízo de origem agiu bem ao decretar o afastamento provisório de Sônia Maria Bonfim do cargo de Presidente da FUNDAC, conforme os termos do artigo 191, parágrafo único, do ECA.

Ademais, deve ser mantida a nomeação de substituta para o cargo de presidente da FUNDAC realizada pela autoridade judiciária.

No caso em tela, a Prefeitura Municipal não adotou as medidas necessárias para sanar as irregularidades existentes na entidade de acolhimento. Com efeito, a simples intervenção realizada na Casa Ninho não foi suficiente para solucionar os problemas relatados nos autos (fls. 25).

Salienta-se também que a prefeitura permitiu o aditamento do convênio celebrado com a entidade Aldeias Infantis SOS Brasil (fls. 55/57), apesar das

Acesso ao Sumário

inúmeras denúncias de violação a direitos e garantias de crianças e adolescentes.

Com efeito, a administração municipal se mostrou ineficiente para a solução das irregularidades existentes no serviço de acolhimento institucional.

Assim, considerando o princípio da proteção integral e o dever do judiciário de fiscalizar as entidades governamentais e não governamentais com vistas à preservação dos direitos de crianças e adolescentes, infere-se que, neste caso concreto, não há ilegalidade na nomeação do presidente da entidade de atendimento pelo MM. Juízo de origem.

Além disso, conforme aduzido pela d. Procuradoria Geral de Justiça (fls. 308): "*A nomeação é temporária e encontra respaldo no microssistema do Direito da Infância e da Juventude não havendo que se falar em ingerência entre Poderes, até mesmo em razão da transitoriedade*".

Ante o exposto, **nego provimento ao agravo de instrumento**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2229604-03.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante G.A.B.F. (ASSISTENTE), é agravada MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento ao recurso para compelir o Município a matricular o menor G.A.B.F. ou em escola até dois quilômetros de sua residência ou na EMEF M.F.R.A., ratificada a liminar. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.717)**

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, 11 de maio de 2015.

EROS PICELI, Relator

Ementa: Obrigação de fazer – ensino fundamental – transferência para outra unidade onde já estuda o irmão do agravante – escolha da unidade educacional pelo aluno – possibilidade excepcional – agravo parcialmente provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal, interposto pelo menor G.A.B.F. contra a decisão proferida pelo MM. Juiz Raul José de Felice, da Vara da Infância e Juventude do Foro Regional de Santana, que, nos autos da ação de obrigação de fazer, indeferiu o pedido liminar de concessão de vaga no primeiro ano do ensino fundamental em escola próxima à residência do menor, preferencialmente na EMEF M.F.R.A., com oferta de transporte escolar ao agravante.

Sustenta a ilegalidade da decisão, porque escola próxima da residência é direito assegurado às crianças e aos adolescentes.

Requer a antecipação da tutela recursal para a transferência do menor para o estabelecimento educacional no qual já está matriculado o irmão do agravante e que passe a ser fornecido transporte escolar. No mérito, pede o provimento do recurso, reformando-se a decisão agravada, fls. 1/17.

Deferida em parte a antecipação dos efeitos da tutela, fls. 92/94, e apresentadas as contrarrazões, fls. 99/102, a Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso, fls. 104/106.

É o relatório.

O menor está matriculado no 2º ano do ensino fundamental na instituição de ensino EMEF M.R., fls. 81/83, distante cerca de 11,3 km de sua residência e deseja a transferência para a EMEF M.F.R.A., mesma unidade escolar em que estuda seu irmão, e distante cerca de 8 km de sua residência.

Indiscutível o direito de se obter gratuitamente vaga em unidade pública de educação fundamental, conforme 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".

Por sua vez, a obrigação de fazer imposta ao Estado, no sentido de disponibilizar gratuitamente vaga em unidade de ensino fundamental próxima à residência do menor, decorre dos artigos 205, 208, I, e 211, § 3º, da Constituição Federal, e dos artigos 53, V, 54, I, e 208, I, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que impõem ao Estado (gênero) o dever de assegurar o efetivo exercício dos direitos das crianças e adolescentes.

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.

Todavia, no caso dos autos, o direito do agravante de acesso gratuito a escola pública próxima de sua residência não foi respeitado pelo poder público, haja vista que está devidamente matriculado em escola estadual, cuja distância aproximada é de 11,3 km de sua residência. Considera-se próxima a escola

Acesso ao Sumário

localizada até 2 (dois) quilômetros de distância da residência do menor.

Apesar de ser vedada a escolha de estabelecimento de ensino específico pelo menor, bastando que o Município providencie vaga em unidade próxima à sua residência para que sua obrigação esteja cumprida, no presente caso, o pedido é razoável, uma vez que evitará que a representante dos menores tenha que se deslocar para dois locais diferentes para levar e buscar os filhos na escola.

Assim, há duas opções para o Município: ou efetua a matrícula em escola até dois quilômetros da residência do menor, assegurando-lhe o direito de frequentar escola próxima; ou o transfere para a EMEF M.F.R.A., local onde já estuda o irmão do agravante.

De outra parte, a concessão do transporte escolar não se mostra razoável, uma vez que o menor ou frequentará escola próxima de sua residência, ou estudará na unidade de ensino que escolheu, a qual não pode ser considerada próxima à residência do agravante, mas é a mesma onde estuda seu irmão.

Do exposto, dá-se parcial provimento ao recurso para compelir o Município a matricular o menor G.A.B.F. ou em escola até dois quilômetros de sua residência ou na EMEF M.F.R.A., ratificada a liminar.

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0010581-44.2013.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é apelante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado D.R.S. (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 30300)**

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, 30 de março de 2015.

ARTUR MARQUES, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – SAÚDE – FORNECIMENTO DE INSUMOS, MEDICAMENTOS E EQUIPAMENTOS – DIREITO À SAÚDE – PREVISÃO – CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ECA E LEI Nº 8080/90 – ARTS. 6º E 196, CF; ART. 11, § 2º, ECA – COMINAÇÃO DE MULTA DIÁRIA – POSSIBILIDADE – VALOR ESCORREITO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSOS IMPROVIDOS.

1. Nos casos envolvendo pedido de fornecimento gratuito de medicamentos, insumos, tratamentos, exames e equipamentos, 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.

2. 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.

3. É cabível, mesmo contra a Fazenda Pública, a cominação de multa diária – *astreintes* – como meio coercitivo para cumprimento de obrigação de fazer (fungível ou infungível) ou entrega de coisa. E, o valor cominado (R$ 500,00 por dia), por se mostrar adequado ao caso concreto, não comporta reparo.

4. Recursos improvidos.

VOTO

1. Trata-se de recurso oficial em reexame necessário e de recurso voluntário de apelação contra a r. sentença de fls. 96/99, cujo relatório se adota, que julgou procedente ação de obrigação de fazer ajuizada pelo menor, devidamente representado, com o fim de lhe garantir o fornecimento gratuito dos insumos, medicamentos e equipamentos indicados na petição inicial.

Acesso ao Sumário

A Fazenda Estadual apela às fls. 102/116. Alega que é necessário seguir padrões e protocolos técnicos, uma vez que o direito à saúde não está depositado de forma absoluta nas mãos dos pacientes, mas sim deve ser implementado gradativamente para garantir à população acesso universal e igualitário à saúde, sem privilégios de qualquer espécie. Assim, afirma que bastaria ao apelado procurar uma Unidade Básica de Saúde para ter acesso gratuito à medicação similar àquela pleiteada. Entretanto, não tendo havido solicitação administrativa, não haveria interesse processual. No mérito, assevera que o Estado não está obrigado a fornecer medicamento fora dos protocolos existentes. Quanto aos insumos, aponta que o item "fralda" não se trata de insumo de saúde e sim de material de asseio pessoal, nada implicando em direito à saúde. Argumenta que o sistema atual não possibilita que a vida das pessoas transcorra apenas à custa do Poder Público, de modo que "fralda" e "sonda" não se inserem no preceito constitucional por não constituírem medicamentos. Acrescenta que as fraldas, assim como outros itens, encontram-se disponíveis no programa nacional "Aqui tem farmácia popular", gerido pelo governo federal. Aduz que o item solicitado não é indispensável, muito menos excepcional. Subsidiariamente, pede que o medicamento possa ser fornecido pelo princípio ativo, sem referência a marcas. Impugna ainda a fixação de *astreintes* e o valor arbitrado. Ao final, pugna pelo provimento do recurso.

Recurso recebido no efeito devolutivo às fls. 118. Certificado o decurso de prazo sem apresentação de contrarrazões às fls. 123.

Parecer do Ministério Público em Primeira Instância às fls. 124/131, pela manutenção da r. sentença. Igualmente, a douta Procuradoria-Geral de Justiça opina às fls. 144/154, pelo improvimento dos recursos.

É o relatório.

2. A presente ação de obrigação de fazer foi ajuizada para pleitear o fornecimento de insumos, medicamentos e equipamentos em favor do menor autor.

Na petição inicial se afirmou a hipossuficiência financeira e a necessidade dos itens: "órtese de pé e mãos", "sonda de gastrotomia Botton Mic Key de 16 French e 1,2cm"; "fraldas descartáveis tamanho G/GG/XG na quantidade de 360 unidades por mês"; "Motilium (Domperidona) 200ml"; "Label 120ml"; "Pantoprazol 40mg"; e "Alvesco 80mcg".

Acesso ao Sumário

O médico pediatra prescreveu estes itens em razão de o autor ser portador de síndrome de Patau, com gastrostomia a malformação do sistema nervoso central com déficit grave do desenvolvimento (CID 10 Q 91.7). A petição inicial foi instruída com relatório e receituários médicos (fls. 16/21 e 28), além de orçamento de custo do tratamento (fls. 29/30) e outros documentos.

Feita a breve digressão, a r. sentença deve ser mantida.

De proêmio se afasta a preliminar de falta de interesse de agir, 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). Além disso, conforme firmado na súmula nº 37 deste Tribunal de Justiça: "***A ação para o fornecimento de medicamento e afins pode ser proposta em face de qualquer pessoa jurídica de Direito Público Interno***". O fornecimento de insumos e medicamentos é responsabilidade solidária dos entes federados e, assim, permite-se que o interessado acione judicialmente todos ou qualquer um deles.

Passa-se ao exame do mérito.

É verdade que este relator adotou, em inúmeros julgados, o entendimento de que o pedido de fornecimento gratuito de medicamentos, insumos, tratamentos, exames e equipamentos 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].

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,

Acesso ao Sumário

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 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).

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; 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

Acesso ao Sumário

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.

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. 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.***

Acesso ao Sumário

3 – Segundo Tribunal de Alçada Civil, Apelação com Revisão nº 733638-0/4, j. em 23.08.2004, do qual fui relator; dentre outros.

(...)

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).*

*O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 11, § 2º, 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***

Acesso ao Sumário

4 – Apelação e Reexame Necessário nº 0014463-15.2011.8.26.0566, rel. designado Des. Pinheiro Franco, j. 30.06.2014.

'***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 (...)

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*

Acesso ao Sumário

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]

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.

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

Acesso ao Sumário

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.

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***

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***".

Logo, o menor faz jus aos itens pleiteados, na esteira da posição prevalente.

A respeito da multa diária pelo descumprimento da obrigação, a possibilidade de sua fixação como meio coercitivo ao cumprimento da obrigação pela Fazenda Pública é pacífica, como revela o entendimento do e. Superior Tribunal de Justiça: "***ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. FIXAÇÃO DE MULTA. POSSIBILIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTE TRIBUNAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83/STJ. 1. Cuida-se, originariamente, de agravo de instrumento contra decisão do juízo de primeira instância que estipulou multa diária no valor de R$ 500,00, caso a União descumpra obrigação de fazer a que foi condenada. 2. É cabível, mesmo contra a Fazenda Pública, a cominação de multa diária – astreintes – como meio coercitivo para cumprimento de obrigação de fazer (fungível ou infungível) ou entrega de coisa. Precedentes do STJ. 3. Agravo regimental não provido***".[9]

E, o valor cominado (R$ 500,00 por dia), por se mostrar adequado ao caso concreto, não comporta reparo. Observe-se ainda que tal quantia poderá ser reavaliada pelo Juízo da Execução, em virtude do disposto pelo art. 461, § 4º, do Código de Processo Civil, e que reverterá ao fundo gerido pelo Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente do Município (art. 214, ECA).

3. Ante o exposto, **nega-se provimento aos recursos.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002891-62.2014.8.26.0338, da Comarca de Mairiporã, em que são apelantes F.F.M.S. (MENOR), I.R.S., N.O.S. (MENOR) e F.A.S., é apelado PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA INFÂNCIA E JUVENTUDE DE MAIRIPORÃ.

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).

9 – STJ, AgRg no Ag 1352318/RJ, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 2010/0168097-8, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, j. 17/02/2011, DJe 25/02/2011.

Acesso ao Sumário

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 39.973)**

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, 30 de março de 2015.

GUERRIERI REZENDE, Decano e Relator

Ementa: Apelação Cível – Atos infracionais – Roubo duplamente qualificado, por quatro vezes – Sentença que julgou procedente a representação e aplicou aos recorrentes medida socioeducativa de internação por prazo indeterminado – Infrações cometidas mediante violência e grave ameaça – Suficiência do conjunto probatório – Inviabilidade de solução absolutória – Condições pessoais dos menores desfavoráveis – Recursos improvidos, com determinação.

VOTO

Trata-se de apelações interpostas em favor dos menores F.A.S., F.F.M.S., I.R.S. e N.O.S. contra a r. sentença (fls. 307/311v.) que julgou procedente a representação contra eles oferecida, por prática de ato infracional equiparado ao crime de roubo duplamente qualificado, por quatro vezes, aplicando-lhes medida de internação, sem prazo determinado.

Alegam os doutos defensores, em apertada síntese, a insuficiência do conjunto probatório, bem como a inadequação da medida socioeducativa imposta (fls. 333/342, 428/430 e 458/460).

Acesso ao Sumário

Recebidos os apelos no efeito devolutivo (fls. 432, 462 e 468), foram apresentadas as contrarrazões (fls. 347/350 e 464/467). Mantido o r. *decisum*, opinou a D. Procuradoria Geral de Justiça pelo improvimento dos recursos (fls. 468 e 484/486).

É o breve relatório.

De plano, anoto que a r. sentença guerreada merece ser mantida na íntegra, conforme se verá.

Os fatos perpetrados, de fato, restaram incontroversos, não obstante as insurgências dos doutos defensores.

Em sua oitiva, afirmou o adolescente F. que '*não trabalha nem estuda.*

Ajuda o pai. Não possui passagem pela Vara da Infância e Juventude. Não faz uso de drogas. Praticou o roubo em questão. Estava com os demais adolescentes indicados no expediente.' (fls. 77). F. por sua vez, esclareceu que '*praticou o roubo em questão. Estava com os demais adolescentes indicados no expediente. A arma estava com I.. Sua função durante o roubo foi de revistar as pessoas. Foi roubado carteira e dinheiro.*' (fls. 78). N., por sua vez, informou que '*veio de carona na moto da mãe do I., e este veio pilotando-a, e que na moto em que estava sendo pilotada por F., quem estava de carona era o F.. Que ao chegarem nesta cidade, e após darem diversas voltas, resolveram assaltar um bar, e para tanto estacionaram as motos ao lado do comércio escolhido para o assalto. Que o declarante e seus três comparsas adentraram no interior do bar, e o declarante e seus três comparsas, ao mesmo tempo, gritaram que era um assalto e, em seguida, colocaram a mão embaixo da blusa, simulando estarem armados, começaram a subtrair os pertences das pessoas que estavam no interior do bar. Que após empreenderam fuga para o mesmo local de onde nascera a idéia da prática do crime, contudo no caminho avistaram um outro bar e de comum acordo resolveram assaltar este estabelecimento, e que agiram da mesma forma do roubo que haviam praticado anteriormente, e também ali subtraíram os pertences das pessoas que lá se encontravam, e novamente empreenderam fuga do local, porém no caminho se desencontraram da moto que estavam o F. e o F., e que em torno de vinte minutos após se desencontrarem, o F. ligou para o declarante dizendo que a gasolina da moto em que ele e o F. estavam tinha acabado, e pediu para que os fossem socorrer.*' (fls. 97). I., por sua vez, disse que '*ao chegarem em Mairiporã/SP, resolveram roubar as pessoas que estavam no interior de um bar, cujo endereço o declarante não sabe declinar. Que o declarante tampou a placa da moto em que estava, para não ser identificado. Que a moto de F., este levantou a placa, de modo que não fosse possível identificá-lo. Que os quatro comparsas adentraram no bar e anunciaram o assalto, e para tanto colocaram a mão embaixo da camiseta, simulando estarem armados. Que no interior do bar disseram que só queriam o dinheiro do bar, e que fosse colocado em cima do balcão. Que fugiram do local do assalto, e no caminho ao avistarem outro bar que estava aberto, resolveram assaltar este também, sendo que desta vez estacionaram a moto ao lado do bar, e adentraram no bar anunciando o assalto, e da mesma maneira colocaram a mão embaixo das camisetas para simularem o porte de uma arma de fogo, e então exigiram o dinheiro do dono do bar, e que não roubaram nenhum cliente do bar, mas tão somente o proprietário do bar.*' (fls. 102).

O MM. Juiz *a quo*, minudentemente e, com proficiência, bem analisou todo o conjunto probatório. E, a fim de uma melhor instrução do presente acórdão, transcrevo trechos dos relevantes fundamentos expendidos quando da prolação da sentença, ora adotados também como razões de decidir:

Acesso ao Sumário

'*A materialidade está consubstanciada no boletim de ocorrência de fls. 18/26, autos de apreensão de adolescentes de fls. 3/17, autos de reconhecimento de pessoa de fls. 30, 106, 107 e 108, autos de reconhecimento de objeto de fls. 31, 32 e 33, autos de reconhecimento fotográfico de fls. 34, 35 e 36, auto de entrega de fls. 37/38, e na prova oral colhida. A autoria é inconteste. Na fase inquisitorial, o adolescente F. admitiu que, em companhia de F., N. e I., juntos, vieram para esta cidade, objetivando praticar assalto a comércio. Afirmou que estava em poder de aproximadamente R$ 300,00 (trezentos reais) e que I. estava com a arma de fogo. Em seguida, após a prática do assalto, seguiram pela Estrada Velha de Bragança até que acabou a gasolina da moto, conduzida por F.. I. e N. estavam em outra motocicleta e não perceberam que eles ficaram para trás. Quando estavam indo procurar por combustível, foram abordados por policiais civis, oportunidade em que confessaram o ato infracional equiparado a roubo. Disse que acompanhou os policiais até a casa de I. e N. mas eles não estavam no local (cf. fls. 16). O adolescente F. corroborou as declarações prestadas por F., com a ressalva de que, além de I., N. também possuía arma de fogo, bem como que, quando acabou a gasolina, F. ligou para que I. fosse ao encontro deles, com o combustível (cf. fls. 17). O adolescente N. declarou que, após F. ter a idéia de vir até esta cidade para roubarem um comércio, os quatro amigos, de comum acordo, encaminharam-se para cá, em duas motocicletas, sendo que N. veio de garupa com I. e F. de garupa com F. Afirmou que, após diversas voltas, escolheram um bar e, ao mesmo tempo, os quatro adentraram em seu interior anunciando o assalto e, para tanto, colocaram a mão debaixo da blusa, simulando estarem armados. Após subtrair os pertences das pessoas que estavam no interior do bar empreenderam fuga, porém, no caminho, avistaram outro bar e resolveram assaltar referido estabelecimento, tendo agido da mesma forma. Seguindo pela mesma estrada em que vieram houve um desencontro das motocicletas e, após vinte minutos, recebeu ligação de F., pedindo por auxílio, pois havia acabado a gasolina de sua moto. Quando retornou, ele e I. avistaram os comparsas sendo abordados e retornaram, sem que os policiais os notassem. Passados mais trinta minutos, avistaram a Polícia Civil na rua em que moravam e fugiram para a casa de E., sua prima, dispensando o dinheiro subtraído no mato (cf. fls. 97/98). No mesmo sentido, foi o depoimento do adolescente I. que, após ter sido chamado em sua residência por F., decidiu chamar seu primo N. para virem até esta cidade realizar roubos. Acrescentou que cobriu as placas da motocicleta para não ser identificado enquanto que F. levantou as placas, com o mesmo objetivo (cf. fls. 102/103). Em Juízo, na audiência de apresentação, o adolescente F. confessou o roubo, negando que o ato infracional tenha sido cometido com emprego de arma de fogo. Disse que veio de moto com F. e que I. e N. estavam em outra moto. Afirmou que ele, I. e N. entraram no estabelecimento comercial e que ele efetuou*

Acesso ao Sumário

revista nas vítimas, sendo que N. estava com a mão embaixo da camiseta, simulando estar armado. F. ficou no lado de fora, fazendo cobertura. Fazia bico de ajudante de pedreiro. Justificou o comportamento asseverando que praticou a conduta por impulso, para saber como era a adrenalina. Esclareceu que os quatro tiveram a idéia de praticar o ato infracional. O pai disse que o menor já tem filho e reside com companheira, não sabendo esclarecer o motivo do envolvimento de seu filho com o ato infracional (fls. 178 – registro audiovisual). O adolescente F. também confessou o ato infracional de roubo, alegando que entraram no bar, mas que ele permaneceu na moto, enquanto que I. ingressou com a mão debaixo da blusa, seguindo-se à revista das vítimas e subtração dos valores. Não soube explicar o porquê que veio para esta cidade cometer o crime, mas que foi idéia dos quatro. Admitiu que estava com dois celulares, de sua propriedade, e que F. permaneceria com o dinheiro, sendo que quando chegassem em casa, dividiriam o produto entre todos. Parou de estudar na oitava série, alegando querer trabalhar. A mãe recebeu a notícia com surpresa. O adolescente I. também confirmou os fatos, dizendo que entrou no bar com a mão debaixo da camiseta, pedindo pelo dinheiro. Não soube explicar o motivo pelo qual veio a esta cidade cometer o roubo, tampouco de quem foi a idéia. As motocicletas eram de seu irmão e do F.. Informou que F. ficou na revista, F. na moto, e que ele subtraiu os valores do caixa. Negou a subtração de relógios e celulares e admitiu que fugiu da polícia. Disse que os fatos se deram por "mente fraca". A mãe não soube explicar o que levou o filho a cometer tal ato, dizendo que o filho sempre trabalhou. O adolescente N. informou que resolveram vir a esta cidade pois, além de ser longe de onde moram, acharam que seria mais fácil cometer o roubo aqui. Afirmou que um moto era da mãe do I. e a outra do F.. Relatou que roubaram dois bares, quase na mesma rua, levando dinheiro e celulares das vítimas. Fugiu da polícia para não ser preso. Jogou o dinheiro no mato. Parou de estudar para trabalhar, embora também não estivesse trabalhando. A mãe disse que o filho não quis mais ir para a escola. A prova oral coligida confirma os fatos narrados na representação. O policial Jefferson dos Santos Ferreira da Silva relatou que atuava em operação contenção, para coibir crimes contra o patrimônio, quando recebeu via rádio informação de roubo na Estrada Velha, envolvendo quatro indivíduos, com o uso de duas motocicletas, deslocando-se para apuração. Disse que dois indivíduos foram abordados perto de uma motocicleta e que, na abordagem, encontraram celulares e chave da motocicleta com F. e dinheiro com o outro adolescente, envolvendo R$ 556,00, sendo que, no local, os menores admitiram o roubo e informaram os endereços dos outros dois agentes, que participaram do roubo. Na sequência, foram para a residência mencionada pelos menores, percebendo que dois indivíduos empreenderam fuga mas deixaram objetos no início da fuga. Em seguida, recuperaram os objetos deixados no local, mas não

Acesso ao Sumário

localizaram os outros dois menores. Logo depois, fizeram a apresentação dos dois menores com a qualificação dos outros dois suspeitos, que fugiram. Afirmou ter acompanhado o reconhecimento por parte das vítimas, enquanto estava na Delegacia de Polícia, sendo que o adolescente F. admitiu que estava com revólver calibre 38, durante os fatos, mas que teria se desvencilhado da arma na mata (fls. 299 – registro audiovisual). O policial Jean de Melo Vaz informou que recebeu a notícia de roubo pelo rádio, com indicação da direção de fuga, seguindo-se em direção à estrada Velha de Bragança, percebendo uma motocicleta próxima a um matagal ermo e que percebeu a movimentação de pessoas, sendo que, de imediato, realizou a abordagem e na revista encontrou dois celulares e a chave da moto, enquanto que o outro estava com os bolsos cheios de dinheiro, na jaqueta, meias e na calça. Inquiridos no local, F. e F. confessaram o roubo, indicando o local e conduziu a ocorrência à autoridade policial. Mencionou que, em seguida, após diligências, conseguiram localizar os outros menores I. e N., mas que não foram apreendidos naquele momento. Esclareceu que as vítimas reconheceram os adolescentes com segurança (fls. 300 – registro audiovisual). Não foram ouvidas outras testemunhas. Pelo painel probatório, impende admitir que está bem comprovada a prática dos quatro atos infracionais equiparados aos crimes de roubo, duplamente majorados, por quatro vezes, conforme artigo 157, § 2º, incisos I e II, do Diploma Penal. Diversamente do que sustentam os Defensores de I., N. e F., não há fragilidade ou insuficiência probatória. Primeiro, porque foram os menores F. e F. surpreendidos logo após as subtrações, na posse de telefones celulares e dinheiro, envolvendo parte da "res furtiva". Segundo, porque em virtude da bem-sucedida diligência policial, foram identificados os adolescentes I. e N.. Terceiro porque os menores confessaram os roubos nas duas oportunidades em que foram ouvidos, embora em Juízo tenham alterado parcialmente a versão, na tentativa de se retratarem quanto ao uso de arma de fogo. Quarto, porque as vítimas narraram, objetivamente, a forma como foram abordadas e subjugadas, seguindo-se a efetivação da subtração de bens, envolvendo carteira, celulares, relógios e dinheiro, inclusive com o reconhecimento judicial dos adolescentes e indicação da conduta por eles adotada. Quinto, porque os policiais, que participaram da diligência que culminou na apreensão dos adolescentes F. e F., localizaram parte dos objetos subtraídos e afirmaram que, no local, os menores assumiram a prática infracional, sendo que F. ainda teria declarado que fez uso de revólver calibre 38 e que se desvencilhou da arma, jogando-a no mato. Assim, pela conjugação de todos estes fatores, imperativo o acolhimento da representação, diante da comprovação da prática, por parte dos menores de quatro atos infracionais equiparados a crimes de roubo, duplamente majorados, conforme artigo 157, § 2º, incisos I e II, por quatro vezes, do Código Penal, em detrimento das vítimas ASM, CSRS, NBBA e VM. Assim, a absolvição é inviável.'

Acesso ao Sumário

(...) '*Não há motivo para o reconhecimento de participação de menor importância como alegado pela defesa do adolescente F., já que, no "Bar da Dolores", as vítimas declararam que os quatro adolescentes ingressaram e atuaram, ativamente, para a subtração dos objetos, o que revela, portanto, a conjugação de esforços, para a consumação dos atos infracionais. De rigor, portanto, a procedência da representação.*'.

E, quanto à fixação da medida socioeducativa aplicada, o MM. Juízo *a quo*, detalhadamente, bem justificou a escolha, considerando as circunstâncias do caso, as condições em que os delitos foram praticados, bem como a situação pessoal dos menores, *in verbis*:

'*Tais circunstâncias demonstram que os atos infracionais se diferem dos roubos normalmente praticados, em que a ação é rápida e voltada à subtração. Pese a combatividade dos Defensores, para os quatro adolescentes F., F., I. e N. devem ser impostas medidas socioeducativas de internação. A gravidade do comportamento adotado e a falta de criticidade sobre o desvalor da conduta, aliada ao modo de execução dos atos infracionais, com intensa agressividade e uso de arma de fogo justificam rigor na imposição da medida socioeducativa, em especial para a ressocialização dos adolescentes. O fato de serem primários, possuírem família e terem confessado os atos infracionais não justifica, por si só, a aplicação da medida em meio aberto, se as condições pessoais dos menores demonstram total falta de senso crítico sobre o comportamento e ausência de autoridade familiar, para a reeducação dos jovens. A medida de internação também se mostra necessária, em próprio benefício dos adolescentes, a fim de que possam ser reabilitados, para o retorno da vida em sociedade, sobretudo pelo alto grau de comprometimento com a delinquência, já que optaram pela prática infracional para a obtenção de lucro, visando dividir o produto dos roubos. É imperativo que, na fase de amadurecimento e formação, os adolescentes representados sejam contidos de maneira intensiva, para que possam apreender e enfrentar a vida de maneira séria e de acordo com as regras de comportamento aceitas socialmente.*'.

Cumpre salientar, por outro lado, que a medida socioeducativa de internação tem suas diretrizes de aplicação delimitadas no artigo 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que expressamente prevê em seu inciso I a possibilidade de ser aplicada a medida extrema aos menores que pratiquem atos infracionais mediante violência ou grave ameaça.

Observe-se que os atos perpetrados são tipificados como análogos a roubo duplamente qualificado, por quatro vezes, o que gera insegurança no contexto social, além de indicar a audácia e a total ausência de criticidade dos agressores, o que mais evidencia a necessidade de tratamento específico.

Destaque-se que a medida eleita não se mostra excessiva, tampouco

Acesso ao Sumário

abusiva; ao contrário, revela ser a mais adequada e necessária neste momento. Isso porque visa proporcionar a reabilitação, a reeducação e a ressocialização dos menores infratores, impondo-lhes freios e responsabilidades, de modo que beneficiá-los com medida mais branda só os prejudicará, pois continuarão, na prática, a viverem livremente, impunes e sujeitos à influência maléfica do meio deletério em que encontram-se inseridos.

Outro não foi o entendimento adotado pelo d. representante do *Parquet*:

'*Além disso, conforme depoimento das vítimas, os adolescentes agiram com extrema agressividade, empunhando arma e a encostando na cabeça dos ofendidos, os quais eram ameaçados de morte durante todo o tempo, sendo que alguns deles foram, também, agredidos fisicamente, sob a justificativa de que seriam da polícia. Ressalte-se, ainda, que os apelantes, amigos de infância, são residentes na comarca de São Paulo, e deixaram claro durante a instrução processual que premeditaram o ato infracional, vindo a esta comarca de Mairiporã juntos e com a arma de fogo que utilizariam para prática do roubo, já com o intuito de praticá-lo, apenas decidindo o local dos fatos ao chegarem nesta cidade. Não bastasse, ainda roubaram dois estabelecimentos comerciais vizinhos, ou seja, após amedrontarem e imporem terror e pânico aos frequentadores e responsáveis do primeiro bar, não se deram por satisfeitos e se dirigiram ao outro comércio, situado mais à frente, ali repetindo as condutas ilícitas. Ademais, os adolescentes visam a todo tempo se isentar de responsabilidade, posto que ainda que tenham confessado os roubos, mudaram de versão durante o trâmite do processo, alegando que não estavam armados, conforme eles próprios confessaram inicialmente. De suas oitivas e audiência de apresentação é possível extrair a tentativa de amenizar a conduta por eles praticada, sendo que nenhum é capaz de assumir integralmente a responsabilidade por seus atos, demonstrando pouco senso crítico e crendo em uma eventual impunidade. Desta forma, considerando o ato praticado pelos adolescentes, bem como levando em conta as circunstâncias dos fatos, é visível que todos eles, inclusive os apelantes, se mostram extremamente comprometidos socialmente. Mesmo amparados por suas famílias, optaram pela prática infracional de ato violento e grave, não demonstrando assim terem maturidade e consciência de seus comportamentos, apresentando juízo de valor distorcido sobre a situação e sobre o certo e errado.*'.

Reitera-se, *in casu*, ao MM. Juiz de Primeira Instância, que os adolescentes recebam o necessário acompanhamento, como é de direito e de rigor, com a inclusão destes, conforme cada caso, em rede de ensino formal ou curso profissionalizante e grupos de drogadição e, ainda, em quaisquer outras medidas protetivas que possam vir a beneficiá-los (artigo 101, incisos II, III, IV, V e VI do ECA).

Ressalte-se ainda que, internados, serão os jovens periodicamente

Acesso ao Sumário

avaliados, podendo, destarte, verem revertida esta medida se vierem a demonstrar inequívoca aptidão para o retorno ao convívio social.

Ex positis, nega-se provimento aos recursos interpostos, com determinação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002671-87.2014.8.26.0201, da Comarca de Garça, em que é apelante J.H.R.J., é apelado PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE DE GARÇA.

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 5832)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e RICARDO ANAFE (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 11 de maio de 2015.

CARLOS DIAS MOTTA, Relator

Ementa: APELAÇÃO. Ato infracional análogo ao crime de furto qualificado. Autoria e materialidade da infração comprovadas. Confissão espontânea. Vítima que reconheceu o adolescente como sendo o autor da infração. Reiteração no cometimento de atos infracionais. Medida de internação aplicada com fundamento no artigo 122, inciso I, do ECA. Condições pessoais do jovem que recomendam a aplicação da medida de custódia. Apelação não provida.

VOTO

Trata-se de apelação interposta por J.H.R.J., em razão da r. sentença proferida pelo MM. Juízo da 3ª Vara da Comarca de Garça (fls. 62/64), a qual aplicou ao apelante a medida socioeducativa de internação, com fundamento no artigo 112, inciso VI, c.c. os artigos 121 e seguintes, todos do ECA.

Em suma, o apelante sustenta que: a medida de internação é inadequada para o caso em tela; deve ser observado o princípio da excepcionalidade da medida de internação; o cumprimento da medida de liberdade assistida é suficiente para promover a sua reeducação (fls. 91/95).

Acesso ao Sumário

O apelado apresentou contrarrazões (fls. 98/99).

A d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (fls. 111/115).

É o relatório.

Da análise dos autos, verifica-se que o apelante foi representado pelo cometimento do ato infracional análogo ao crime de furto qualificado, previsto no artigo 155, § 4º, inciso I, do Código Penal (fls. 01-R/02-).

O MM. Juízo de origem julgou procedente a representação ministerial e aplicou ao apelante a medida socioeducativa de internação, com fulcro no artigo 112, inciso VI, c.c. os artigos 121 e seguintes, todos do ECA.

Irresignado, o adolescente interpôs o presente recurso de apelação, com o propósito de obter o abrandamento da medida socioeducativa imposta.

O presente recurso não merece provimento.

Com efeito, as provas que constam nos autos são suficientes para sustentar a procedência da ação socioeducativa.

A materialidade da infração está comprovada pelo boletim de ocorrência (fls. 03/04), pela imagem registrada pela câmera de segurança da vítima (fls. 06), assim como pelas provas orais coligidas nos autos (fls. 07, 09, 24/25, 46 e 61), os quais demonstram que o adolescente J.H.R.J., mediante rompimento de obstáculo, subtraiu duas bicicletas pertencentes à vítima D.M.R..

A autoria da infração também está comprovada.

Destaca-se que o apelante admitiu a prática do ato infracional que lhe foi imputado. Aliás, tal confissão ocorreu na fase de investigação policial (fls. 06), na oitiva informal realizada, presente o representante do Ministério Público (fls. 24/25), assim como no depoimento prestado em juízo (fls. 46).

Ademais, ressalta-se que a vítima D.M.R. reconheceu o apelante como sendo o autor da infração análoga ao crime de furto qualificado (fls. 61).

Salienta-se que nos casos de atos infracionais equiparados aos crimes contra o patrimônio, o depoimento da vítima, quando prestado de maneira segura e esclarecedora, como neste caso concreto, é tido como prova suficiente para configuração da infração.

Nesse sentido, destacam-se os seguintes precedentes do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

> Furto. Conjunto probatório desfavorável ao réu lastrado em declarações coerentes e harmônicas da vítima e dos policiais. Validade. Nos crimes de furto a palavra dos ofendidos e das testemunhas é crucial à elucidação dos fatos, sendo válida também para a caracterização das qualificadoras. No que concerne ao valor dos depoimentos prestados pelos policiais, os tribunais têm ainda deixado assente serem inadmissíveis quaisquer análises preconceituosas. A simples condição de policial não torna a

Acesso ao Sumário

testemunha impedida ou suspeita. As declarações prestadas pelos agentes que efetuaram a prisão do acusado são válidas e têm o mesmo valor relativo que qualquer outra prova que se produza nos autos; por gozarem de fé pública, suas versões devem ser reputadas fidedignas, até que se prove o contrário.

(...)

(Apelação nº 0001090-33.2012.8.26.0322 – 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo – Rel. Des. Grassi Neto – J. 07.08.2014).

EMENTA: SENTENÇA CONDENATÓRIA PELO DELITO DE FURTO QUALIFICADO TENTADO (ART. 155, § 4º, II, C.C. O ART. 14, II, DO CÓDIGO PENAL) – INSURGÊNCIA DEFENSIVA BUSCANDO A ABSOLVIÇÃO, POSTULADA AINDA A REDUÇÃO MÁXIMA PELA TENTATIVA – DESCABIMENTO – MATERIALIDADE E AUTORIA BEM DEMONSTRADAS PELO ACERVO PROBATÓRIO COLHIDO – PALAVRA DA VÍTIMA QUE MERECE SER CONSIDERADA COM PRIMAZIA, CORROBORADA PELOS DEPOIMENTOS DOS AGENTES POLICIAIS – DOSAGEM DAS PENAS QUE NÃO MERECE REPAROS, BEM ESTIPULADA A REDUÇÃO PELA TENTATIVA – PRECEDENTES DA JURISPRUDÊNCIA – RECURSO IMPROVIDO.

(Apelação nº 0080115-72.2011.8.26.0050 – 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo – Relª. Desª. Ivana David – J. 29.07.2014).

Destarte, considerando o conjunto probatório coligido nos autos, infere-se que a autoria e materialidade do ato infracional são incontroversas. O MM. Juízo de origem agiu bem ao julgar procedente a representação ministerial.

Passa-se, agora, à apreciação da medida socioeducativa imposta ao jovem.

Compulsando os autos, observa-se que o adolescente J.H.R.J. já perpetrou outros atos infracionais e que já lhe foram impostas as medidas socioeducativas de prestação de serviços à comunidade e de internação (fls. 13/16).

A reiteração no cometimento de atos infracionais graves enseja a aplicação da medida socioeducativa de internação, com fulcro no artigo 122, inciso, II, do ECA.

Além disso, consta nos autos que o apelante: estava afastado do âmbito escolar; apresenta defasagem educacional; não exerce atividade laborativa; faz uso de entorpecentes (fls. 46, 61 e 63).

Assim, sopesando a gravidade da conduta perpetrada, o histórico infracional e as condições pessoais do apelante, infere-se que a medida internação é a mais adequada para promover a ressocialização do jovem.

Pelas razões acima aduzidas, mantém-se a r. sentença que aplicou ao apelante a medida socioeducativa de internação, porquanto esta intervenção se

Acesso ao Sumário

revela adequada ao processo de ressocialização do adolescente.

Ante o exposto, **nego provimento à apelação**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0028324-67.2014.8.26.0015, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes V.G.R. (MENOR) e N.L.S.C. (MENOR), é apelado PROMOTOR DE JUSTIÇA DA 3ª VARA ESPECIAL DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DA CAPITAL.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, com observação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.366)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e GUERRIERI REZENDE (Decano).

São Paulo, 18 de maio de 2015.

RICARDO ANAFE, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: Apelação. Ato infracional.

Conduta equiparada ao crime de roubo majorado – Artigo 157, § 2º, inciso II, do Código Penal – Sentença que julgou procedente a representação e aplicou aos adolescentes a medida socioeducativa de internação – Prova de materialidade e autoria – Reconhecimento pela vítima – Adolescentes reincidentes – Imposição de medida extrema de acordo com o disposto nos artigos 112, § 1º, e 122, inciso I, da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA).

Nega-se provimento ao recurso, com observação.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Cuida-se de apelação interposta contra sentença que acolheu a representação ofertada pelo Ministério Público para aplicar aos adolescentes V.G.R. e N.L.S.C., a medida socioeducativa de internação, por prazo indeterminado, porquanto reconhecida a prática de ato infracional equiparada ao crime previsto no artigo 157, § 2º, inciso II, do Código Penal.

Os apelantes requerem a improcedência da ação ante a fragilidade do conjunto probatório. Sustentam a inadequação da medida extrema. Subsidiariamente, pugnam pela substituição da internação por outra em meio aberto (fls. 88/105).

Recebido o apelo (fl. 106), vieram aos autos as contrarrazões (fls. 108/116), sendo mantida a decisão (fl. 118).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 123/129).

É o relatório.

2. O recurso não merece provimento.

No dia (...), por volta das (...), na Avenida (...), altura do número (...), no bairro de (...), na Comarca de (...), os adolescentes V.G.R. e N.L.S.C., agindo em concurso e unidade de desígnios, mediante grave ameaça exercida com emprego de um simulacro de arma de fogo, subtraíram para eles, um aparelho de telefonia celular da marca Motorola, pertencente à vítima M.F.M.B.

A materialidade está bem demonstrada pelo auto de exibição e apreensão do simulacro de arma de fogo (fl. 23) e pela prova oral.

No que se refere à autoria, resta evidenciada sem dúvida pelo conjunto probatório.

Os apelantes negaram a prática do ato infracional. Disseram estar trafegando com uma moto conduzida por V.G.R., quando foram perseguidos e abordados por policiais, a negar que estivessem com simulacro de arma de fogo ou com o aparelho da vítima (fl. 51).

A versão dos adolescentes, contudo, encontra-se isolada nos autos.

Com efeito, em juízo, a vítima M.F.M.B. relatou a ocorrência do ato infracional nos termos expostos na representação, a declarar que no dia dos fatos foi abordado por dois indivíduos que estavam em uma motocicleta a usarem capacetes, quando N.L.S.C. desceu da garupa e de posse de uma arma anunciou um assalto, e enquanto exigia a entrega do telefone celular, ele retirou o capacete, razão pelo qual foi o único dos adolescentes a ser reconhecido com segurança na esfera judicial (fl. 80).

De imediato passou uma viatura policial e aos milicianos que lá estavam narrou o ocorrido, tendo estes perseguido e detido os adolescentes, sem contudo encontrar com eles o aparelho subtraído. Naquela ocasião reconheceu os adolescentes sem qualquer dúvida (fl. 80).

A palavra da vítima em delitos patrimoniais é de fundamental relevância, inexistindo qualquer elemento nos autos a desabonar seu testemunho. Não há razão para se acusar alguém inocente.

Além do mais, as declarações do ofendido também foram corroboradas

Acesso ao Sumário

pelo depoimento do Policial Militar D.V.M.L., responsável pela apreensão dos menores. Disse que no dia dos fatos estava atendendo uma ocorrência quando seu colega avistou os adolescentes assaltando um transeunte, razão pela qual passaram a seguir os roubadores que deixaram o local em uma motocicleta, tendo conseguido apreendê-los, encontrando na posse do representado V.G.R. um simulacro de arma de fogo. Indagados, confessaram o roubo (fl. 81).

E não se diga que o depoimento que aponta a autoria dos recorrentes partiu de policial militar que os apreendeu, interessado, por isto, em ressaltar a lisura do procedimento.

É bem sabido, já se o disse muitas vezes, que não furta a lei validade ao depoimento do policial, tanto que não o elenca entre os impedidos ou suspeitos, não o dispensa do compromisso de dizer apenas a verdade, nem o poupa dos inconvenientes do crime de falso testemunho, caso venha a sonegar a realidade dos acontecimentos.

Ao julgador cumpre conferir a tais declarações o justo e merecido valor, cotejando-as e confrontando-as com os demais elementos de convicção, atribuindo-lhes, ou não, segundo seu livre convencimento, o merecido poder de persuasão.

Não se compreende, na verdade, seja a atividade policial desprovida de um mínimo de eficiência, de ética e de veracidade, a ponto de se arvorar em incriminadora insensata de inocentes. Até porque nem teria sentido conferir a lei determinada tarefa ao agente da segurança, para, ao depois, quando fosse ele convocado a prestar contas da sua atuação, negar valor ao que diz, pela preconceituosa admissão de que não fala a verdade.

O conjunto probatório, assim, é coerente e coeso, suficiente para reconhecer a participação dos apelantes no ato infracional em análise.

Nenhum reparo comporta também a sentença no que tange à medida socioeducativa aplicada.

O envolvimento dos apelantes na prática de ato infracional correspondente ao crime de roubo, agravado pelo concurso de agentes, justifica indubitavelmente a aplicação da medida socioeducativa de internação, com fundamento no inciso I do art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente, mesmo considerada a excepcionalidade da medida. Trata-se de conduta a expressar ousadia e periculosidade inequívoca. Exige, bem por isso, pronta e eficaz resposta estatal.

A gravidade do ato infracional integra expressamente as diretrizes fixadas pelo § 1º do art. 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente, enquanto critério balizador de adequação das medidas socioeducativas aplicáveis, entre as abstratamente previstas pelo sistema, em conjunto com as circunstâncias que rodearam a prática infracional e a capacidade do adolescente para cumprimento da medida. Neste sentido:

Acesso ao Sumário

"**INFÂNCIA e JUVENTUDE. Menor. Ato infracional. Equiparação ao crime de roubo qualificado por emprego de arma de fogo e concurso de pessoas. Representação. Procedência. Internação. Admissibilidade. Observância do devido processo legal. HC indeferido. Inteligência dos arts. 121 e 122 do ECA. Está em harmonia com o princípio da tipicidade estrita das *fattispecie* que a autorizam, a aplicação de internação, por prazo indeterminado, a menor que praticou ato infracional mediante ameaça, emprego de arma e concurso de pessoas.**" (STF, HC 88755/SP, Relator: Min. CEZAR PELUSO, Julgamento: 29/08/2006, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação DJ 29-09-2006, p. 67).

Além da gravidade abstrata do ato infracional, as condições pessoais dos apelantes são desfavoráveis.

Ambos ostentam processos pela Vara da Infância e Juventude, justamente pela prática de atos infracionais análogos ao crime de roubo majorado (fls. 02/12).

Conforme relatórios polidimensionais elaborados por Técnicos da Fundação Casa, verificou-se que o **menor V.G.R.** "**é desprovido de sentimentos de reversibilidade. Não evidencia crítica acerca dos atos praticados**", é impulsivo e agressivo, possuindo "**crítica deficitária em relação ao seu comportamento e percepção distorcida das regras sociais**", deixando transparecer comprometimento com o ilícito. Os profissionais observaram também que "**os genitores possuem dificuldade de exercerem papel de autoridade e na imposição de regras e limites ao filho**". O Relatório sugere o acompanhamento sistemático através de intervenções de equipe multidisciplinar (fls. 41/44).

Em relação a N.L.S.C., o Relatório aduz **que o menor faz uso de entorpecente, ingressou no meio infracional por volta dos 14/15 anos de idade, e cresceu no meio infracional, sem vontade de estudar** (fls. 46/50).

Os jovens envolveram-se em ato infracional grave e violento, demonstrando periculosidade e personalidade voltadas à prática criminosa, o que reforça a impossibilidade de substituição da medida aplicada.

Verifica-se que nenhum dos familiares conseguiu firmar-se perante os adolescentes, buscando evitar, assim, sua opção por caminhos equivocados, restando, pois, patente o grave desvio comportamental, o que revela a inadequação de medidas em meio aberto para o alcance da ressocialização.

Em conformidade com o princípio da proteção integral, a medida de internação visa a proporcionar um acompanhamento aos menores que poderão contar com suporte psicológico, pedagógico e profissionalizante.

Por epítome, diante das circunstâncias de caráter objetivo e subjetivo, a medida socioeducativa de internação é a mais adequada ao caso concreto e dará

Acesso ao Sumário

aos jovens a necessária orientação pedagógica na busca da sua ressocialização.

Além disso, serão eles periodicamente avaliados, podendo obter reversão da medida se vierem a demonstrar inequívoca aptidão para retornar ao meio aberto, respeitados os limites do artigo 121, §§ 2º, 3º e 5º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, observando-se deste modo que a medida não poderá exceder a três anos, e a manutenção será reavaliada no máximo a cada seis meses.

Prejudicado o efeito suspensivo pretendido.

3. À vista do exposto e pelo arrimo esposado, nego provimento ao recurso, com observação.

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0086979-77.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA CAPITAL, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA DO JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA DA CAPITAL.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o conflito e declararam competente o Juízo suscitante, qual seja, a 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.813)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e GUERRIERI REZENDE (DECANO).

São Paulo, 13 de abril de 2015.

RICARDO ANAFE, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: Conflito Negativo de Competência.

Ação promovida por inscrito em concurso público de ingresso à carreira de soldado da Polícia Militar do Estado de São Paulo, por ter sido excluído na fase de exame médico, sob o fundamento de ostentar cicatriz de cirurgia no tendão de aquiles, quando o candidato

Acesso ao Sumário

assinala que isto não implica em restrição funcional – Necessidade de avaliação das condições físicas deste – Prova pericial complexa que não se confunde com mero exame técnico previsto no artigo 10 da Lei nº 12.153/2009 – Incompetência do Juizado Especial Cível.

Conflito procedente – Competência do Juízo Suscitante.

VOTO

1. Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital em face do Juízo da 2ª Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública da Comarca da Capital, nos autos de ação promovida por inscrito em concurso público de ingresso à carreira de soldado da Polícia Militar do Estado de São Paulo.

Foi designado o Juízo Suscitante para apreciação das medidas urgentes (fl. 21).

Ministério Público emitiu parecer (fl. 24/27).

É o relatório.

2. O conflito negativo de competência está configurado, uma vez que ambos os Magistrados se consideram incompetentes para conhecer da lide (artigo 115, inciso II, do Código de Processo Civil), sendo, pois, procedente o conflito.

Não assiste razão ao MM. Juízo Suscitante.

A divergência reside na natureza simples ou complexa da perícia necessária para fins de competência do Juizado Especial.

In casu, o cerne da questão controvertida é saber se o autor está habilitado ao integral desempenho das tarefas atribuídas a policial militar, para o que é indispensável a realização de prova pericial complexa, para exame das condições físicas do candidato à luz da ciência médica, o que não se confunde com o mero exame técnico previsto no artigo 10 da Lei nº 12.153/2009, de modo que está afastada a competência do Juizado Especial.

Nesse sentido:

Conflito negativo de competência. Ação condenatória, em que se pleiteia o pagamento de adicional de insalubridade. Prova pericial complexa que não se coaduna com o exame técnico previsto no art. 10, da Lei n. 11.153/2009. Conflito julgado procedente para declarar competente o Juízo Suscitado da 2ª Vara Cível de Avaré (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Câmara Especial, Conflito de Competência

Acesso ao Sumário

nº 0134866-91.2013.8.26.0000, Rel. Desembargador Presidente da Seção de Direito Privado, Comarca de Avaré, j. 25/11/2013).

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Ação de cobrança de adicional de insalubridade, deduzida por servidor em face da municipalidade. Possibilidade excepcional de deslocamento da competência absoluta do Juizado Especial da Fazenda Pública ante a necessidade, na hipótese concreta, de perícia de alta complexidade, afastando a incidência dos artigos 2º, § 4º, e 10, ambos da lei nº 12.153/09. Precedentes desta Colenda Câmara Especial. Conflito julgado procedente. Competência do Juízo suscitado para conhecer e julgar o pedido (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Câmara Especial, Conflito de Competência nº 0063818-72.2013.8.26.0000, Rel. Desembargador Camargo Aranha, Comarca de Avaré, j. 07/10/2013).

Desta feita, comprovada a necessidade de perícia complexa e independentemente do valor da causa, a competência é da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital e não da Vara do Juizado Especial Cível daquela comarca.

3. Ante o exposto, julga-se procedente o conflito e declara-se competente o Juízo suscitante, qual seja, a 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0004514-74.2015.8.26.0000, da Comarca de Sertãozinho, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA CÍVEL DE SERTÃOZINHO, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 7ª VARA CÍVEL DE RIBEIRÃO PRETO.

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 40.051)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), ARTUR MARQUES (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO) e PINHEIRO FRANCO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 27 de abril de 2015.

GUERRIERI REZENDE, Decano e Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Conflito negativo de competência – Ação declaratória de inexistência de relação contratual e

indenização por danos morais, repetição de indébito e obrigação de fazer ajuizada em comarca diversa daquela dos domicílios das partes e sem qualquer relação com a causa – Situação excepcional que autoriza o juiz natural a declinar da competência, ainda que relativa – Ademais, na hipótese, houve pedido posterior do autor para que o feito fosse processado no Juízo suscitante – Precedentes desta Câmara Especial – Conflito julgado procedente para reconhecer a competência da 3ª Vara Cível de Sertãozinho.

VOTO

Trata-se de conflito negativo de competência arguido pelo MM. Juiz de Direito da 3ª Vara Cível de Sertãozinho em face do MM. Juiz de Direito da 7ª Vara Cível de Ribeirão Preto, ora suscitado, nos autos de ação declaratória de inexistência de relação contratual e indenização por danos morais, repetição de indébito e obrigação de fazer ajuizada por Mateus Eliezer Baldini contra o Banco do Brasil S/A e Companhia de Seguros Aliança do Brasil (fls. 4/22).

Alega o MM. Juízo suscitante, em suma, que por se tratar de incompetência relativa, o MM. Juízo da 7ª Vara Cível de Ribeirão Preto teria inobservado os artigos 112, *caput* e 114, ambos do Código de Processo Civil (fls. 2/3).

O MM. Juízo suscitado, por sua vez, argui que '*o exame dos autos evidencia que o polo ativo é domiciliado na comarca de Sertãozinho, Estado de São Paulo, consignando a petição inicial que o polo passivo seria estabelecido respectivamente nas comarcas de Sertãozinho/SP e São Paulo – Capital, não se contemplando, dessa forma, eventual vínculo com esta comarca de Ribeirão Preto, Estado de São Paulo*' (fls. 23).

Cumpre ressaltar, outrossim, que o autor, a seguir, protocolou petição junto à 3ª Vara Cível de Sertãozinho requerendo que este fosse o Juízo competente para a questão, vez que '*equivocadamente distribuiu a presente demanda junto ao foro da cidade de Ribeirão Preto/SP*' (fls. 27/28).

Designou-se o MM. Juízo suscitante para apreciar e resolver medidas urgentes (fls. 31) e, nesta instância, sobreveio parecer da D. Procuradoria de Justiça opinando pelo reconhecimento da competência deste para a lide (fls. 33/35).

É o breve relatório.

O presente conflito é efetivamente procedente, visto que ambos os magistrados declinaram da competência para o processamento do feito.

Respeitadas as razões alegadas pelo nobre Juízo suscitante, é ele o

Acesso ao Sumário

competente para conhecer e julgar o feito ora em questão.

Como é cediço, em regra, veda-se ao magistrado, de ofício, declinar da competência fixada por critério territorial, em face de sua natureza relativa, tal como estabelecido pela Súmula nº 33, do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

Também é verdade que, em situações peculiares, como no caso presente, permite-se ao Juiz declinar da competência, ainda que seja ela relativa.

In casu, e conforme já exposto, o próprio autor reconheceu o equívoco na distribuição da ação. Não obstante esta circunstância incide, na hipótese, a Súmula nº 77 desta Corte: '*A ação fundada em relação de consumo pode ser ajuizada no foro do domicílio do consumidor (art. 101, I, CDC) ou no domicílio do réu (art. 94 do CPC), de sorte que não se admite declinação de competência de ofício em qualquer dos casos.*'.

Cumpre lembrar, por oportuno, que se trata de relação de consumo, cabendo ressaltar que a Lei nº 8.078/90 é aplicável às instituições financeiras (Súmula nº 297 do Colendo Superior Tribunal de Justiça).

Portanto, temos duas regras em confronto: a que nega, em qualquer hipótese, possa o Juiz, de ofício, declinar de competência relativa; e a que lhe impõe um mínimo de verificação para efeito de reconhecimento de ser ele o Juiz natural e poder, em consequência, declinar, de ofício, da competência, ainda que relativa.

Nesse sentido, há precedente desta Câmara Especial:

'*Ação de exibição de documentos – Ajuizamento em Comarca sem qualquer relação com a causa, fazendo presumir mera conveniência da parte – Impossibilidade – Observância das regras de fixação de competência previstas no Código de Processo Civil e nas Normas de Organização Judiciária – Violação, ademais, do princípio do juiz natural – Não incidência do disposto no artigo 112 do Código de Processo Civil e Súmula 33 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça – Precedentes – Conflito procedente – Competência do Juízo suscitante*' (Conflito de Competência nº 0075751-42.2013.8.26.0000, Rel. Des. Gonzaga Franceschini, julgamento em 12.08.2013).

Na mesma senda, posicionou-se a 19ª Câmara de Direito Privado, em acórdão relatado pelo Desembargador Ricardo Pessoa de Mello Belli, cuja ementa reza:

'*Agravo de Instrumento. Contrato de mútuo bancário. Ação revisional. Declinação de ofício, com determinação de remessa dos autos ao foro do domicílio do consumidor demandante. Hipótese em que nenhuma das partes é domiciliada na comarca em que ajuizada a demanda, local em que situado o escritório do advogado do autor. Quadro evidenciando que a escolha do local da propositura da ação se fez segundo a*

pura conveniência do causídico. Inadmissibilidade. Acertada, nas circunstâncias, a declinação da competência de ofício. Inteligência do art. 125, III, do CPC. Precedente do STJ. O processo é instrumento ético (CPC, art. 14, II) e a administração da Justiça é tema também sério, não podendo ficar ao sabor dos litigantes, menos ainda da conveniência do advogado da parte. Por isso que a propositura da demanda em foro diverso daquele ditado pelas regras de competência, ainda que de cunho territorial, escolha fundada no comodismo do advogado do autor, é algo que afronta às escâncaras a dignidade da Justiça. Um dos poderes-deveres do juiz é, justamente, 'prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça' (CPC, art. 125, III). Tal dispositivo representa, em verdade, o fundamento legal para acertada declinação da competência na situação dos autos. Agravo a que se nega provimento.' (Agravo de Instrumento nº 0155264-93.2012.8.26.0000, julgamento em 03.09.2012).

Neste sentido, inclusive, o parecer da D. Procuradoria Geral de Justiça: '*É certo que em se tratando de relação de consumo, não se olvida que, conforme disposto no artigo 112 do Código de Processo Civil e nas Súmulas 33 do Superior Tribunal de Justiça e 77 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, não é admitida a declinação da competência de ofício, quando esta estiver fixada por critério territorial, ante sua natureza relativa. Entretanto, acontece que o feito foi ajuizado na comarca de Ribeirão Preto, que é foro diverso do endereço do autor e do próprio réu, conforme se depreende da exordial. Nesse caso, apesar de ser prerrogativa exclusiva do autor a eleição do foro para ajuizamento da demanda, a escolha deve ser realizada dentro das regras de fixação da competência, não sendo admissível a opção de Juízo sem qualquer motivação jurídica, sob pena de violação do princípio do Juiz natural.*'.

Pelo exposto, julgo procedente o conflito negativo e declaro competente para apreciar e julgar o feito o MM. Juiz de Direito da 3ª Vara Cível de Sertãozinho, ora suscitante.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0003312-62.2015.8.26.0000, da Comarca de Piracicaba, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA CÍVEL DE PIRACICABA, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA DA FAZENDA PÚBLICA DE PIRACICABA.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o conflito e declararam competente o Juízo Suscitado, qual seja, a Vara da Fazenda Pública de Piracicaba.

V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.381)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e GUERRIERI REZENDE (Decano).

São Paulo, 27 de abril de 2015.

RICARDO ANAFE, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: Conflito Negativo de Competência.

Ação de execução de título extrajudicial proposta pela Fundação Municipal de Ensino de Piracicaba – Pessoa jurídica de direito público – Natureza de entidade autárquica municipal – Propositura na Vara Cível – Impossibilidade – Cobrança de mensalidades escolares – Matéria de direito privado – Irrelevância – Incidência do artigo 35 do Decreto-Lei Complementar nº 3/69 – Código Judiciário do Estado de São Paulo – Critério da qualidade da parte – Competência da Vara da Fazenda Pública.

Conflito procedente – Competência do Juízo Suscitado.

VOTO

1. Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo de Direito da 3ª Vara Cível de Piracicaba em face do Juízo de Direito da Vara da Fazenda Pública de Piracicaba, nos autos da ação de execução fundada em título extrajudicial, contrato de prestação de serviços educacionais, proposta pela Fundação Municipal de Ensino de Piracicaba em face de Rogerio Oliveira da Silva Junior, sob o fundamento de que o juízo suscitado não poderia ter declinado da competência porque, embora a autora seja fundação pública, a questão em exame é de natureza privada.

Foi designado o Juízo Suscitado para apreciação de eventuais medidas urgentes (fl. 13).

Ministério Público (fl. 17/19).

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.

Acesso ao Sumário

Assiste razão ao MM. Juiz Suscitante.

Trata-se de ação de execução fundada em título extrajudicial proposta por Fundação Pública Municipal visando à satisfação de crédito decorrente de contrato de prestação de serviços educacionais.

Fundação é "**um acervo de bens, com destinação específica, a que a lei atribui personalidade jurídica**" (Nestor Duarte, *Código Civil Comentado*, Coordenador Ministro Cezar Peluso, 4ª ed., p. 69) ou, na definição de Clóvis Beviláqua, Código Civil Comentado, I/233, São Paulo, 1936, *apud* Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 40ª ed., p. 420, "**um patrimônio transfigurado pela ideia, que o põe ao serviço de um fim determinado**".

Como ensina Hely Lopes Meirelles, as fundações "**sempre estiveram nos domínios do Direito Civil, sendo consideradas pessoas jurídicas de Direito Privado (Dec.-lei 200, art. 5º, IV, acrescentado pela Lei 7.596/87)**", mas, "**nos últimos tempos, porém, pelo fato de o Poder Público vir instituindo fundações para prossecução de objetivos de interesse coletivo – educação, ensino, pesquisa, assistência social etc. –, com a personificação de bens públicos e fornecendo subsídios orçamentários para sua manutenção, passou-se a atribuir personalidade pública a essas entidades, a ponto de a própria Constituição da República/88, encampando a doutrina existente, ter instituído as denominadas *fundações públicas*, ora chamando-as de 'fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público' (arts. 71, II, III e IV; 169, parágrafo único; 150, § 2º; 22, XXVII), ora de fundação pública (arts. 37, XIX, e 19 das 'Disposições Transitórias'), ora, simplesmente, de 'fundação' (art. 163, II)**" (*Direito Administrativo Brasileiro*, 40ª ed., p. 420).

É certo que a atual redação do inciso XIX do artigo 37 da Carta Magna, ao estabelecer que "**somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação**", para alguns, pode levar ao entendimento de que o legislador constituinte se definiu pela natureza privada da personalidade jurídica da fundação, por tê-la colocado ao lado das pessoas jurídicas de direito privado e não das autarquias e porque, agora, a lei não mais cria a fundação, mas apenas autoriza sua criação.

De todo modo, porém, na hipótese dos autos, cuida-se da Fundação Municipal de Ensino de Piracicaba, criada pela Lei Municipal nº 1.524/67, alterada pela Lei Municipal nº 1.555/68 (normas editadas muito antes da vigência da Emenda Constitucional nº 19, de 1998), as quais a definiram como uma "**entidade de direito público, sem finalidade lucrativa, que terá por objeto criar, instalar e administrar, inicialmente, uma Escola de Engenharia**", com patrimônio constituído por subvenções do Município, do Estado e da União e

Acesso ao Sumário

por bens de propriedade ou que venham a ser desapropriados pelo Município, e que deve ser administrada por um Conselho de Curadores e uma Diretoria Executiva, cujas funções serão determinadas na forma de estatuto a ser baixado por Decreto do Prefeito Municipal, de modo que se está, sem dúvida, diante de uma fundação que tem personalidade jurídica de direito público.

Com efeito, estão reunidos todos os requisitos aptos a conferir à fundação em exame personalidade jurídica de direito público: instituição pelo Poder Público, assunção de gestão de serviço estatal, manutenção com recursos orçamentários públicos e regime de administração submetido ao Poder Público.

E a natureza jurídica de uma fundação pública como a que ora se discute é a mesma das autarquias, de modo que a ela se aplicam, no que couberem, as regras legais que regem as autarquias.

Nesse sentido, por duas vezes, uma antes e outra após a vigência da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal, de forma expressa, emitiu o entendimento, segundo o qual, "**tais fundações são espécie do gênero autarquia**":

> **Acumulação de cargo, função ou emprego. Fundação instituída pelo Poder Público. Nem toda fundação instituída pelo Poder Público é fundação de Direito Privado. As fundações, instituídas pelo Poder Público, que assumem a gestão de serviço estatal e se submetem a regime administrativo previsto, nos Estados-Membros, por leis estaduais são fundações de Direito Público, e, portanto, pessoas jurídicas de Direito Público. Tais fundações são espécie do gênero autarquia, aplicando-se a elas a vedação a que alude o parágrafo 2º do art. 99 da Constituição Federal. São, portanto, constitucionais o art. 2º, parágrafo 3º da Lei 410, de 12 de março de 1981, e o art. 1º do Decreto 4086, de 11 de maio de 1981, ambos do Estado do Rio de Janeiro** (Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, RE nº 101126/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, deram provimento, v.u., j. 24/10/1984, DJ 01/03/1985).
>
> **RECURSO EXTRAORDINÁRIO. UNIVERSIDADE DO RIO DE JANEIRO. EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA. CONDENAÇÃO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. NATUREZA JURÍDICA DAS FUNDAÇÕES INSTITUÍDAS PELO PODER PÚBLICO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. ART. 109, I DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.**
>
> **1. A Fundação Universidade do Rio de Janeiro tem natureza de fundação pública, pois assume a gestão de serviço estatal, sendo entidade mantida por recursos orçamentários sob a direção do Poder Público, e, portanto, integrante da Administração Indireta.**

Acesso ao Sumário

2. Conflito de competência entre a Justiça Comum e a Justiça Federal. Art. 109, I da Constituição Federal. Compete à Justiça Federal processar e julgar ação em que figure como parte fundação instituída pelo Poder Público Federal, uma vez que o tratamento dado às fundações federais é o mesmo deferido às autarquias. 2.1. Embora o art. 109, I da Constituição Federal não se refira expressamente às fundações, o entendimento desta Corte é no sentido de que a finalidade, a origem dos recursos e o regime administrativo de tutela absoluta a que, por lei, está sujeita a entidade, fazem dela espécie do gênero autarquia e, por isso, são jurisdicionadas à Justiça Federal, se instituídas pelo Governo Federal. Recurso extraordinário conhecido e provido (Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma, RE nº 127489/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, deram provimento, v.u., j. 25/11/1997, DJ 06/03/1998).

Estabelecidas essas premissas, não se discute, ainda, a natureza privada da relação contratual decorrente da prestação de serviços educacionais.

Portanto, temos uma fundação com personalidade jurídica de direito público, espécie do gênero autarquia, promovendo uma ação para cobrança de mensalidades escolares devidas a partir de uma relação contratual de natureza privada.

A definição do juízo competente, *in casu*, vem estabelecida no artigo 35, inciso I, do Decreto-Lei Complementar nº 3/69 – Código Judiciário do Estado de São Paulo:

Artigo 35. – Aos Juízes das Varas da Fazenda do Estado compete:

I – processar, julgar e executar os feitos, contenciosos ou não, principais, acessórios e seus incidentes, em que o Estado e respectivas entidades autárquicas ou paraestatais forem interessados na condição de autor, réu, assistente ou opoente, excetuados:

a) os de falência;

b) os mandados de segurança contra atos de autoridades estaduais sediadas fora da Comarca da Capital;

c) os de acidentes do trabalho.

Patente, pois, a competência da Vara da Fazenda Pública que, em primeiro grau de jurisdição, no Estado de São Paulo, se define pela qualidade da parte, bastando, para atrair o juízo especializado, a presença, no polo ativo ou no polo passivo, do Estado, do Município ou de suas autarquias ou entidades paraestatais.

Outra seria a solução se estivesse se discutindo a competência em segundo grau de jurisdição, hipótese em que o critério é a natureza de direito público ou privado da relação jurídica de direito material.

Acesso ao Sumário

Com efeito, deve-se atentar para o fato de que os critérios que definem a competência da Vara da Fazenda Pública – primeiro grau de jurisdição – são diversos e não se confundem com os critérios que definem a competência da Seção de Direito Público – segundo grau de jurisdição.

A competência da Vara da Fazenda Pública – primeiro grau de jurisdição – é ditada no artigo 35 do Código Judiciário do Estado de São Paulo e dá-se pela qualidade da parte, enquanto a competência da Seção de Direito Público – segundo grau de jurisdição – vem disciplinada na Resolução nº 623/2013 do Colendo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e dá-se pela natureza da matéria.

Nada impede, pois, que, em primeiro grau, a Vara da Fazenda Pública seja competente para o julgamento de ações relativas a matéria de direito privado, como uma cobrança de mensalidades escolares, por exemplo, bastando, para tanto, que uma das partes seja o Estado, o Município, suas entidades autárquicas ou paraestatais.

No segundo grau de jurisdição, porém, a qualidade da parte não é determinante, podendo ocorrer uma hipótese em que a parte seja, por exemplo, um Município, mas a matéria em discussão seja de natureza privada, o que basta para afastar a competência da Seção de Direito Público.

Enfim, porque se trata de primeiro grau de jurisdição e porque a autora desta demanda é uma fundação pública municipal, espécie do gênero autarquia, a competência é da Vara da Fazenda Pública, ainda que a relação jurídica de direito material em discussão seja de natureza privada.

3. À vista do exposto, julga-se procedente o conflito e declara-se competente o Juízo Suscitado, qual seja, a Vara da Fazenda Pública de Piracicaba.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0004524-21.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 6ª VARA CÍVEL DO FORO REGIONAL DE SANTO AMARO, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 6ª VARA CÍVEL DE OSASCO.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o conflito declarando competente para conhecer e julgar a ação o MM. Juízo de Direito da 6ª Vara Cível de Osasco, ora suscitado. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 5604)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e RICARDO ANAFE (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 27 de abril de 2015.

CARLOS DIAS MOTTA, Relator

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação revisional de contrato firmado entre consumidor e instituição financeira. Relação de consumo. Ajuizamento da demanda perante o foro do domicílio da instituição financeira. Previsão normativa que faculta ao autor a escolha entre o foro de seu domicílio e o do domicílio da ré. Declinação de ofício pelo Magistrado. Impossibilidade. Incidência da Súmula nº 77 deste E. TJ/SP. Precedente desta C. Câmara Especial. Conflito julgado procedente para declarar a competência do r. Juízo suscitado.

VOTO

Cuida-se de conflito negativo de competência entre os MMs. Juízes de Direito da 6ª Vara Cível do Foro Regional de Santo Amaro (suscitante) e da 6ª Vara Cível da Comarca de Osasco (suscitado).

Divergem os Magistrados acerca da competência para julgamento da ação revisional de contrato proposta por Janeide Alencar Marques em face do Banco Bradesco S.A..

A ação foi livremente distribuída perante o r. Juízo da 6ª Vara Cível de Osasco (suscitado), que declinou de sua competência, ao argumento de que se trata de relação de consumo, na qual a competência se firma no foro do domicílio do autor, no caso em exame, na comarca da Capital, e determinou a redistribuição do feito a uma das Varas Cíveis do Foro Regional de Santo Amaro (fls. 18).

Redistribuído livremente ao r. Juízo da 6ª Vara Cível do Foro Regional de Santo Amaro, o Magistrado recusou igualmente sua competência e suscitou o presente (fls. 02/03).

Foi designado o r. Juízo suscitado para apreciar e resolver as medidas urgentes (fls. 20).

A d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo acolhimento do conflito, para declarar a competência do MM. Juízo suscitado (fls. 24/26).

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Decido:

Conheço do conflito, nos termos do artigo 115, inciso I, do Código de Processo Civil, porque ambos os Magistrados recusam a competência para o julgamento da ação.

A competência para o julgamento da ação é do r. Juízo suscitado, como se verá.

Janeide Alencar Marques propôs demanda em face do Banco Bradesco S.A., requerendo, em suma, a revisão do contrato de financiamento firmado entre a consumidora e a instituição financeira (fls. 04/16).

Cinge-se a controvérsia à prerrogativa conferida ao consumidor de escolha entre o foro de seu domicílio ou o do domicílio do réu para a propositura da demanda baseada em relação de consumo.

Com efeito, a lei confere ao consumidor a prerrogativa de escolher livremente entre o foro de seu domicílio e o do domicílio da instituição financeira para o exercício de seu direito.

Nesse sentido, é pacífico o entendimento dos Tribunais Superiores e que já foi consolidado por este E. Tribunal nos termos da súmula 77, que dispõe:

"*A ação fundada em relação de consumo pode ser ajuizada no foro do domicílio do consumidor (art. 101, I, CDC) ou no do domicílio do réu (art. 94 do CPC), de sorte que não se admite declinação de competência de ofício em qualquer dos casos*".

Assim tem decidido esta C. Câmara Especial:

"*Conflito negativo de competência. Artigo 115, inciso II, do CPC. Ação cautelar de exibição de documentos. Interpretação extensiva do artigo 101, inciso I, do CDC, de modo a abarcar toda e qualquer ação calcada em relação de consumo. Facilitação do acesso do consumidor à Justiça (artigo 6º, inciso VII, do CDC). Súmula nº 77/TJSP. Autor exerceu essa faculdade processual, ajuizando a ação no foro de seu domicílio, o que deve ser respeitado pelo juízo suscitado. Incompetência relativa não pode ser declarada de ofício. Artigo 112, caput, do CPC e Súmula nº 33/STJ. Conflito procedente. Competência do MM. Juízo de Direito da 20ª Vara Cível do Foro Central da Capital, ora suscitado. Convalidados todos os atos praticados pelo MM. Juízo de Direito da 2ª Vara Cível do Foro Regional de Santo Amaro, ora suscitante.*"

(TJSP – Câmara Especial – Conflito de Competência nº 0075416-86.2014.8.26.0000 – Rel. Des. Roberto Maia – J. 30/03/2015).

"*Conflito negativo de competência. Artigo 115, inciso II, do CPC. Ação revisional de contrato bancário. Interpretação extensiva do artigo 101, inciso I, do CDC, de modo a abarcar toda e qualquer ação calcada em relação de consumo. Facilitação do acesso do consumidor à Justiça (artigo 6º, inciso VII, do CDC). Súmula nº 77/TJSP. Autora exerceu essa*

Acesso ao Sumário

faculdade processual, ajuizando a ação no foro de seu domicílio. Conflito procedente. Competência do MM. Juízo de Direito da 2ª Vara Cível do Foro Regional de Santana, ora suscitado. Convalidados todos os atos praticados pelo MM. Juízo de Direito da 36ª Vara Cível do Foro Central da Capital, ora suscitante."

(TJSP – Câmara Especial – Conflito de Competência nº 0084507-06.2014.8.26.0000 – Rel. Des. Roberto Maia – J. 23/03/2015).

"*Conflito negativo de competência – Ação indenizatória por danos morais c.c pedido de cancelamento em Cadastro de Crédito, proposta por consumidora no foro da sede do banco-réu, conforme endereço informado na inicial. Faculdade da autora de ajuizamento da demanda no foro do seu domicílio ou do réu. Exegese da Súmula nº 77, da Câmara Especial, e dos arts. 94 e 100, IV, 'b', do CPC. Impossibilidade de reconhecimento de incompetência de ofício, nos termos da Súmula 33, do STJ. Conflito procedente – Competência do Juízo Suscitado.*"

(TJSP – Câmara Especial – Conflito de Competência nº 0006121-25.2015.8.26.0000 – Rel. Des. Pinheiro Franco – J. 23/03/2015).

"*Conflito Negativo de Competência – Juízos de Comarcas distintas – Ação fundada em relação de consumo – Opção do consumidor em demandar no foro da sede da ré – Impossibilidade de declinação ex officio – Súmulas 33 do C. STJ e 77 do E. TJ/SP – Conflito julgado procedente, para declarar a competência do MM. Juízo suscitado.*"

(TJSP – Câmara Especial – Conflito de Competência nº 0196244-48.2013.8.26.0000 – Rel. Des. Cláudia Grieco T. Pessoa – J. 17/02/2014).

Ante o exposto, **julgo procedente** o conflito negativo de competência e declaro competente para conhecer e julgar a ação o **MM. Juízo de Direito da 6ª Vara Cível de Osasco**, ora **suscitado**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0003321-24.2015.8.26.0000, da Comarca de Piracicaba, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA CÍVEL DE PIRACICABA, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA DA FAZENDA PÚBLICA DE PIRACICABA.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o conflito e declararam competente o Juízo Suscitado, qual seja, a Vara da Fazenda Pública de Piracicaba, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.379)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e GUERRIERI REZENDE (Decano).

São Paulo, 4 de maio de 2015.

RICARDO ANAFE, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: Conflito Negativo de Competência.

Ação de execução de título extrajudicial proposta pela Fundação Municipal de Ensino de Piracicaba – Pessoa jurídica de direito público – Natureza de entidade autárquica municipal – Propositura na Vara Cível – Impossibilidade – Cobrança de mensalidades escolares – Matéria de direito privado – Irrelevância – Incidência do artigo 35 do Decreto-Lei Complementar nº 3/69 – Código Judiciário do Estado de São Paulo – Critério da qualidade da parte – Competência da Vara da Fazenda Pública.

Conflito procedente – Competência do Juízo Suscitado.

VOTO

1. Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo de Direito da 3ª Vara Cível de Piracicaba em face do Juízo de Direito da Vara da Fazenda Pública de Piracicaba, nos autos da ação de execução fundada em título extrajudicial, contrato de prestação de serviços educacionais, proposta pela Fundação Municipal de Ensino de Piracicaba em face de Danilo Engle, sob o fundamento de que o juízo suscitado não poderia ter declinado da competência porque, embora a autora seja fundação pública, a questão em exame é de natureza privada.

Acesso ao Sumário

Foi designado o Juízo Suscitado para apreciação de eventuais medidas urgentes (fl. 14).

Ministério Público (fl. 18/20).

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.

Trata-se de ação de execução fundada em título extrajudicial proposta

por Fundação Pública Municipal visando à satisfação de crédito decorrente de contrato de prestação de serviços educacionais.

Fundação é "**um acervo de bens, com destinação específica, a que a lei atribui personalidade jurídica**" (Nestor Duarte, *Código Civil Comentado*, Coordenador Ministro Cezar Peluso, 4ª ed., p. 69) ou, na definição de Clóvis Beviláqua, Código Civil Comentado, I/233, São Paulo, 1936, *apud* Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 40ª ed., p. 420, "**um patrimônio transfigurado pela ideia, que o põe ao serviço de um fim determinado**".

Como ensina Hely Lopes Meirelles, as fundações "**sempre estiveram nos domínios do Direito Civil, sendo consideradas pessoas jurídicas de Direito Privado (Dec.-lei 200, art. 5º, IV, acrescentado pela Lei 7.596/87)**", mas, "**nos últimos tempos, porém, pelo fato de o Poder Público vir instituindo fundações para prossecução de objetivos de interesse coletivo – educação, ensino, pesquisa, assistência social etc. –, com a personificação de bens públicos e fornecendo subsídios orçamentários para sua manutenção, passou-se a atribuir personalidade pública a essas entidades, a ponto de a própria Constituição da República/88, encampando a doutrina existente, ter instituído as denominadas *fundações públicas*, ora chamando-as de '*fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público*' (arts. 71, II, III e IV; 169, parágrafo único; 150, § 2º; 22, XXVII), ora de fundação pública (arts. 37, XIX, e 19 das '*Disposições Transitórias*'), ora, simplesmente, de '*fundação*' (art. 163, II)**" (*Direito Administrativo Brasileiro*, 40ª ed., p. 420).

É certo que a atual redação do inciso XIX do artigo 37 da Carta Magna, ao estabelecer que "**somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação**", para alguns, pode levar ao entendimento de que o legislador constituinte se definiu pela natureza privada da personalidade jurídica da fundação, por tê-la colocado ao lado das pessoas jurídicas de direito privado e não das autarquias e porque, agora, a lei não mais cria a fundação, mas apenas autoriza sua criação.

De todo modo, porém, na hipótese dos autos, cuida-se da Fundação Municipal de Ensino de Piracicaba, criada pela Lei Municipal nº 1.524/67, alterada pela Lei Municipal nº 1.555/68 (normas editadas muito antes da vigência da Emenda Constitucional nº 19, de 1998), as quais a definiram como uma "**entidade de direito público, sem finalidade lucrativa, que terá por objeto criar, instalar e administrar, inicialmente, uma Escola de Engenharia**", com patrimônio constituído por subvenções do Município, do Estado e da União e por bens de propriedade ou que venham a ser desapropriados pelo Município, e que deve ser administrada por um Conselho de Curadores e uma Diretoria Executiva, cujas funções serão determinadas na forma de estatuto a ser baixado

Acesso ao Sumário

por Decreto do Prefeito Municipal, de modo que se está, sem dúvida, diante de uma fundação que tem personalidade jurídica de direito público.

Com efeito, estão reunidos todos os requisitos aptos a conferir à fundação em exame personalidade jurídica de direito público: instituição pelo Poder Público, assunção de gestão de serviço estatal, manutenção com recursos orçamentários públicos e regime de administração submetido ao Poder Público.

E a natureza jurídica de uma fundação pública como a que ora se discute é a mesma das autarquias, de modo que a ela se aplicam, no que couberem, as regras legais que regem as autarquias.

Nesse sentido, por duas vezes, uma antes e outra após a vigência da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal, de forma expressa, emitiu o entendimento, segundo o qual, "**tais fundações são espécie do gênero autarquia**":

> **Acumulação de cargo, função ou emprego. Fundação instituída pelo Poder Público. Nem toda fundação instituída pelo Poder Público é fundação de Direito Privado. As fundações, instituídas pelo Poder Público, que assumem a gestão de serviço estatal e se submetem a regime administrativo previsto, nos Estados-Membros, por leis estaduais são fundações de Direito Público, e, portanto, pessoas jurídicas de Direito Público. Tais fundações são espécie do gênero autarquia, aplicando-se a elas a vedação a que alude o parágrafo 2º. do art. 99 da Constituição Federal. São, portanto, constitucionais o art. 2º, parágrafo 3º da Lei 410, de 12 de março de 1981, e o art. 1º. do Decreto 4086, de 11 de maio de 1981, ambos do Estado do Rio de Janeiro** (Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, RE nº 101126/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, deram provimento, v.u., j. 24/10/1984, DJ 01/03/1985).
>
> **RECURSO EXTRAORDINÁRIO. UNIVERSIDADE DO RIO DE JANEIRO. EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA. CONDENAÇÃO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. NATUREZA JURÍDICA DAS FUNDAÇÕES INSTITUÍDAS PELO PODER PÚBLICO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. ART. 109, I DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.**
>
> **1. A Fundação Universidade do Rio de Janeiro tem natureza de fundação pública, pois assume a gestão de serviço estatal, sendo entidade mantida por recursos orçamentários sob a direção do Poder Público, e, portanto, integrante da Administração Indireta.**
>
> **2. Conflito de competência entre a Justiça Comum e a Justiça Federal. Art. 109, I da Constituição Federal. Compete à Justiça Federal processar e julgar ação em que figure como parte fundação instituída**

Acesso ao Sumário

pelo Poder Público Federal, uma vez que o tratamento dado às fundações federais é o mesmo deferido às autarquias. 2.1. Embora o art. 109, I da Constituição Federal não se refira expressamente às fundações, o entendimento desta Corte é no sentido de que a finalidade, a origem dos recursos e o regime administrativo de tutela absoluta a que, por lei, está sujeita a entidade, fazem dela espécie do gênero autarquia e, por isso, são jurisdicionadas à Justiça Federal, se instituídas pelo Governo Federal. Recurso extraordinário conhecido e provido (Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma, RE nº 127489/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, deram provimento, v.u., j. 25/11/1997, DJ 06/03/1998).

Estabelecidas essas premissas, não se discute, ainda, a natureza privada da relação contratual decorrente da prestação de serviços educacionais.

Portanto, temos uma fundação com personalidade jurídica de direito público, espécie do gênero autarquia, promovendo uma ação para cobrança de mensalidades escolares devidas a partir de uma relação contratual de natureza privada.

A definição do juízo competente, *in casu*, vem estabelecida no artigo 35, inciso I, do Decreto-Lei Complementar nº 3/69 – Código Judiciário do Estado de São Paulo:

Artigo 35. – Aos Juízes das Varas da Fazenda do Estado compete:

I – processar, julgar e executar os feitos, contenciosos ou não, principais, acessórios e seus incidentes, em que o Estado e respectivas entidades autárquicas ou paraestatais forem interessados na condição de autor, réu, assistente ou opoente, excetuados:

a) os de falência;

b) os mandados de segurança contra atos de autoridades estaduais sediadas fora da Comarca da Capital;

c) os de acidentes do trabalho.

Patente, pois, a competência da Vara da Fazenda Pública que, em primeiro grau de jurisdição, no Estado de São Paulo, se define pela qualidade da parte, bastando, para atrair o juízo especializado, a presença, no polo ativo ou no polo passivo, do Estado, do Município ou de suas autarquias ou entidades paraestatais.

Outra seria a solução se estivesse se discutindo a competência em segundo grau de jurisdição, hipótese em que o critério é a natureza de direito público ou privado da relação jurídica de direito material.

Com efeito, deve-se atentar para o fato de que os critérios que definem a competência da Vara da Fazenda Pública – primeiro grau de jurisdição – são diversos e não se confundem com os critérios que definem

Acesso ao Sumário

a competência da Seção de Direito Público – segundo grau de jurisdição.

A competência da Vara da Fazenda Pública – primeiro grau de jurisdição – é ditada no artigo 35 do Código Judiciário do Estado de São Paulo e dá-se pela qualidade da parte, enquanto a competência da Seção de Direito Público – segundo grau de jurisdição – vem disciplinada na Resolução nº 623/2013 do Colendo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e dá-se pela natureza da matéria.

Nada impede, pois, que, em primeiro grau, a Vara da Fazenda Pública seja competente para o julgamento de ações relativas a matéria de direito privado, como uma cobrança de mensalidades escolares, por exemplo, bastando, para tanto, que uma das partes seja o Estado, o Município, suas entidades autárquicas ou paraestatais.

No segundo grau de jurisdição, porém, a qualidade da parte não é determinante, podendo ocorrer uma hipótese em que a parte seja, por exemplo, um Município, mas a matéria em discussão seja de natureza privada, o que basta para afastar a competência da Seção de Direito Público.

Enfim, porque se trata de primeiro grau de jurisdição e porque a autora desta demanda é uma fundação pública municipal, espécie do gênero autarquia, a competência é da Vara da Fazenda Pública, ainda que a relação jurídica de direito material em discussão seja de natureza privada.

3. À vista do exposto, julga-se procedente o conflito e declara-se competente o Juízo Suscitado, qual seja, a Vara da Fazenda Pública de Piracicaba.

Conflitos de Jurisdição

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Jurisdição nº 0043475-21.2014.8.26.0000, da Comarca de Guarulhos, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA DO JUIZADO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER DE GUARULHOS, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA CRIMINAL DE GUARULHOS.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Procedente o conflito, declararam competente o Juízo da Vara do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da comarca de Guarulhos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que

integra este acórdão. **(Voto nº 32.289)**

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, 13 de abril de 2015.

EROS PICELI, Vice-Presidente e Relator

Ementa: Conflito de Jurisdição – ação penal – artigo 217-A, *caput*, na forma do artigo 71, *caput*, ambos do Código Penal – estupro de vulnerável praticado em razão de relação de parentesco, no interior do local onde convivem – situação que se enquadra no conceito de violência doméstica no âmbito familiar – incidência da lei 11.340/06 – conflito procedente – competência do Juízo suscitante.

VOTO

Vistos.

Trata-se de conflito negativo de jurisdição suscitado pelo Juízo da Vara do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da comarca de Guarulhos, sob o argumento de que a competência para processar e julgar a ação penal decorrente da prática, em tese, do delito do artigo 217-A, *caput*, na forma do artigo 71, *caput*, ambos do Código Penal, praticados por F.F.D. contra a menor A.A.L., pertence ao Juízo da 2ª Vara Criminal da comarca de Guarulhos.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência do conflito, reconhecendo-se a competência do Juízo suscitante, fls. 126/128.

É o relatório.

O conflito negativo de jurisdição está configurado, porque nenhum dos juízes reconhece sua competência para processar e julgar a ação penal.

Segundo consta, F.F.D., que é primo de M.A.D, pai da vítima, trabalhava em um depósito de materiais de construção ao lado da residência da avó de A., tia de F., local em que a vítima permanecia enquanto seus pais trabalhavam.

F. comparecia com frequência na casa de sua tia, avó de A., e, por algumas vezes, tomava conta de A., ocasião em que se aproveitava da ausência da tia, que se afastava em razão de seus afazes domésticos, para molestar sexualmente a vítima.

O artigo 5º da Lei 11.340/06 prevê que:

"**Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica**

e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I – no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II – no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III – em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação".

Pela análise dos autos, verifica-se que as condutas narradas na inicial acusatória se amoldam ao artigo 5º da lei nº 11.340/06, pois perpetradas no âmbito da família, entre indivíduos que mantêm relação de parentesco.

Em caso muito semelhante, pronunciou-se recentemente esta Câmara Especial:

"**CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. Ação Penal. Crime de Estupro de Vulnerável imputado ao padrasto da vítima (artigo 217-A, do Código Penal). Dissenso em relação à aplicabilidade da lei n. 11.340/06. Caso concreto que noticia violência motivada no gênero ou decorrente de relação de subordinação ou vulnerabilidade da ofendida, a recomendar a incidência dos ditames protetivos da Lei Maria da Penha. Menoridade da vítima e relação de parentesco que, por si só, não afastam a fragilidade decorrente do gênero. Conflito julgado procedente, com reconhecimento da competência do Juízo suscitado**" **(Conflito de Jurisdição nº 0187230-40.2013.8.26.0000, Rel. Des. Camargo Aranha Filho, j. em 31.3.2014).**

Cumpre destacar que a vulnerabilidade da vítima A.A.L. decorre não somente de sua idade, mas também do gênero e da convivência no âmbito doméstico-familiar com o agressor.

Acesso ao Sumário

O reconhecimento da incompetência da Vara de Violência Doméstica acarretaria a impossibilidade de se aplicar as medidas protetivas previstas nos arts. 22 e seguintes da lei 11.340/06, o que certamente é prejudicial à vítima e à resolução do conflito.

Do exposto, procedente o conflito, declara-se competente o Juízo da Vara do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da comarca de Guarulhos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Jurisdição nº 0089098-11.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA CRIMINAL DO FORO REGIONAL DE SÃO MIGUEL PAULISTA, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA DA REGIÃO LESTE 2 DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER DO FORO REGIONAL DE SÃO MIGUEL PAULISTA.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o conflito de jurisdição para declarar competente para processar e julgar a causa o Juízo suscitado, MM. Juiz da Vara da Região Leste 2 de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher do Foro Regional de São Miguel Paulista, V.U..", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.191)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e RICARDO ANAFE (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 13 de abril de 2015.

PINHEIRO FRANCO, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: Conflito negativo de Jurisdição. Vara Criminal e Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Ação penal pela prática, em tese, do crime de lesão corporal, na forma do artigo 129, § 9º, do Código Penal, cc. os artigos 5º, II e 7º, I e II, da Lei nº 11.340/2006, supostamente cometido pelo genitor contra filha, no ambiente doméstico. Circunstâncias de fato e de direito que caracterizam contexto de violência doméstica. Relação de parentesco, convívio permanente em espaço comum e desigualdade de forças entre o suposto agressor e vítima. Razoáveis indicativos de violência de gênero. Hipótese de violência doméstica e familiar configurada. Conflito procedente. Competência do Juízo suscitado.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de conflito negativo de jurisdição suscitado pelo Meritíssimo Juiz da 1ª Vara Criminal do Foro Regional de São Miguel Paulista em face do MM. Juiz da Vara da Região Leste 2 de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher do Foro Regional de São Miguel Paulista, que determinou a

redistribuição de autos de ação penal movida pelo Ministério Público contra L.C.A., pela prática, em tese, do crime de lesão corporal leve em que figura como vítima sua filha A.F.A., ao argumento de que os fatos descritos na denúncia não configuram violência de gênero (folhas 19/21).

O MM. Magistrado suscitante, discordando deste posicionamento, acolhendo manifestação do Ministério Público no sentido de terem os fatos ocorrido em contexto de violência doméstica, uma vez verificada a existência de relação de dominação, ascendência e opressão entre agressor e vítima, determinou a remessa dos autos a esta Egrégia Corte (folhas 22 e 23).

Processado o incidente, nomeou-se o juízo suscitante para apreciar e decidir questões urgentes (fls. 27/28).

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo acolhimento do conflito, declarando-se a competência do magistrado suscitado para conhecer e julgar a ação penal (fls. 31/32).

É o relatório.

O presente conflito de jurisdição deve ser conhecido, pois nenhum dos juízes admite a competência para julgar a ação.

L.C.A. foi denunciado pela prática do crime previsto no artigo 129, parágrafo 9º, do Código Penal, combinado com o disposto na Lei nº 11.340/2006, porque, segundo denúncia, prevalecendo-se das relações domésticas, ofendeu a integridade corporal de sua filha A.F.A., mediante socos e golpes com um guarda-chuva e uma vassoura, causando-lhe as lesões corporais de natureza leve descritas em laudo de exame de corpo de delito. Segundo restou apurado, na data dos fatos, por motivos de somenos importância, pai e filha começaram a discutir, passando o denunciado a agredir a vítima.

Consta dos autos que a vítima, então com 26 (vinte e seis) anos de idade, solicitou a seu pai que movimentasse o carro de forma a permitir que ela saísse da garagem com seu veículo. A partir daí teria havido um desentendimento entre as partes, sobrevindo agressões que, segundo a ofendida, já teriam ocorrido em outras ocasiões (folhas 07/08).

Acesso ao Sumário

O denunciado admitiu em parte a prática da agressão (folhas 12), existindo nos autos notícia de que as partes se desentendem com frequência (folhas 22).

As circunstâncias de fato e de direito caracterizam contexto de violência doméstica, considerando-se a natureza do delito e o *modus operandi* encetado pelo agente.

Tais fatos subsumem-se ao disposto nos artigos 5º, incisos I e II, e 7º, incisos I e II, ambos da Lei nº 11.340/06:

> ***Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou***

psicológico e dano moral ou patrimonial:

I – no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II – no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I – a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II – a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

Como se vê, a prática do delito no âmbito da unidade familiar, sua motivação, o vínculo de parentesco e a disparidade de forças entre o réu e a vítima bem assinalam a necessidade de que seja o caso submetido à Justiça Especializada, nos termos da lei.

Em caso semelhante, pronunciou-se esta C. Câmara Especial:

"***CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. Apuração da prática, em tese, de crime de lesão corporal praticado pelo genitor contra filha no âmbito das relações domésticas e familiares na forma prevista no art. 129, § 9º, do Código Penal, c.c. o art. 7º, inciso I, da Lei 11.340/06. Distribuição do feito à Vara da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Recusa da competência. Impossibilidade. Violência de gênero e relação de subordinação entre agressor e vítima caracterizadas. Situação fática que se coaduna com uma das hipóteses previstas na legislação protetiva. Inteligência dos artigos 5º, incisos I e II, da Lei 11.340/06. Conflito julgado procedente, para declarar competente o Magistrado suscitante***" (Conflito de Jurisdição nº 0174208-12.2013.8.26.0000, Relator Carlos Dias Motta, j. 17.03.2014, v.u.).

Tal conclusão, anoto, não se altera pelo fato da vítima ser maior de idade e, ao que consta, possuir emprego que lhe garante rendimento maior que o do agressor (folhas 10/11), pois ainda presente a relação de parentesco (pai e filha), o convívio permanente em espaço comum e a própria disparidade de forças.

Acesso ao Sumário

Pelo meu voto, pois, **JULGO PROCEDENTE** o conflito de jurisdição para declarar competente para processar e julgar a causa o Juízo suscitado, MM. Juiz da Vara da Região Leste 2 de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher do Foro Regional de São Miguel Paulista.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Jurisdição nº 0006339-53.2015.8.26.0000, da Comarca de Praia Grande, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA CRIMINAL DE PRAIA GRANDE, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL E CRIMINAL DE PRAIA GRANDE.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o conflito de jurisdição, para declarar competente para processar e julgar a causa o Juízo Suscitado, da Vara do Juizado Especial Criminal de Praia Grande, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.282)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e RICARDO ANAFE (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 27 de abril de 2015.

PINHEIRO FRANCO, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: Conflito negativo de Jurisdição. Vara Criminal e Vara do Juizado Especial. Ação penal ajuizada pela prática, em tese, do delito previsto no art. 147, do Código Penal. Processo remetido ao Juízo Comum por não ter sido a ré localizada. Possibilidade de diligências no sentido de localização da ré. Causa que não apresenta complexidade a justificar a remessa dos autos ao Juízo Comum. Conflito procedente. Competência do Juízo Suscitado, Vara do Juizado Especial Criminal.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de conflito de jurisdição envolvendo os Juízes de Direito da 1ª Vara Criminal e do Juizado Especial Criminal, ambos da Comarca de Praia Grande. Divergem sobre a competência para conhecer de causa que tem por

objeto crime de menor potencial ofensivo.

O suscitado determinou a redistribuição do feito ao suscitante, ao argumento de que há necessidade de diligências para localização da autora do fato, situação esta que não se coaduna com os princípios da Justiça Especializada.

O suscitante, por sua vez, entende que a necessidade de diligências para localização da autora do fato não alteram a competência da Justiça Especializada para conhecer e julgar a ação.

Processado o incidente, nomeou-se o Juízo Suscitado para apreciar e decidir questões urgentes (fls.64).

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo acolhimento do conflito, declarando-se a competência do Magistrado Suscitado para conhecer e julgar a ação penal (fls.68/70).

É o relatório.

O presente conflito de jurisdição deve ser conhecido, pois nenhum dos juízes admite a competência para julgar a ação.

Os autos noticiam a ocorrência, em tese, da prática de delito de menor potencial ofensivo (ameaça).

A ação tramitava no Juizado Especial, mas a autora do fato foi localizada, razão pela qual o feito foi distribuído para o Juízo Comum.

Entretanto, não houve tentativa para apurar o paradeiro da acusada, pois nenhuma diligência neste sentido foi realizada.

Somente após esgotadas todas as diligências por parte do Juízo no sentido de se localizar o averiguado é que se poderá falar da aplicação do art. 66 e parágrafo único da Lei nº 9.099/95.

Nos termos da Súmula 80 desta Corte, "não se viabiliza o deslocamento da competência do Juizado Especial Criminal para o Juízo Comum, enquanto não esgotada a jurisdição do primeiro, oferecida a denúncia e frustrada a tentativa de citação pessoal (Lei nº 9.099/95, art. 66, parágrafo único)".

Registre-se, por fim, a ausência de complexidade a justificar a remessa dos autos ao Juízo Comum.

Pelo meu voto, pois, **JULGO PROCEDENTE** o conflito de jurisdição, para declarar competente para processar e julgar a causa o Juízo Suscitado, da Vara do Juizado Especial Criminal de Praia Grande.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Jurisdição nº

0198809-82.2013.8.26.0000, da Comarca de Piracicaba, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL DE PIRACICABA, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA CRIMINAL DE PIRACICABA.

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 9097)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), GUERRIERI REZENDE (DECANO) e ARTUR MARQUES (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO).

São Paulo, 27 de abril de 2015.

ROBERTO MAIA, Relator

Ementa: Conflito de Jurisdição – Furto simples tentado – Delito que não se enquadra entre aqueles de menor potencial ofensivo – Não se mostra, assim, apto a deslocar a competência para o Juizado Especial Criminal – Competência do Juízo Criminal, ora suscitado – Conflito procedente.

VOTO

RELATÓRIO

Trata-se de conflito de jurisdição suscitado pelo Juízo do Juizado Especial Criminal de Piracicaba em face do Juízo da 1ª Vara Criminal da mesma Comarca, nos autos da ação penal nº 0012704-70.2011.8.26.0451.

O feito foi distribuído à 1ª Vara Criminal. No entanto, seu nobre juízo determinou a redistribuição ao Juizado Especial Criminal, que não aceitou e suscitou o presente conflito.

O despacho de fls. 94 designou o juízo suscitado para apreciar e resolver as medidas urgentes.

Em parecer de fls. 98/100, a douta Procuradoria de Justiça opinou pela procedência do conflito, a fim de que seja declarada a competência do juízo suscitado.

FUNDAMENTAÇÃO

O conflito merece acolhida.

O Juizado Especial Criminal, nos termos do artigo 61 da Lei nº 9.099/95, é competente para julgamento e execução das infrações penais a que não se comine pena máxima superior a dois anos, cumulada ou não com multa.

Acesso ao Sumário

Não se enquadra, pois, o furto tentado no conceito de infração de menor potencialidade ofensiva.

É o que tem decidido esta Egrégia Câmara em casos que tais, consoante se infere do aresto abaixo colacionado:

CONFLITO DE JURISDIÇÃO – Inquérito instaurado para apuração de furto simples – Crime ao qual se comina pena máxima de 4 (quatro) anos – Crime que não tipifica infração de menor potencial ofensivo, ainda que reconhecida a forma tentada – Possibilidade de reconhecimento do privilégio (artigo 155, § 2º, do Código Penal) que não se mostra apta a deslocar a competência para o Juizado Especial Criminal, por se tratar de matéria de aplicação de pena – Ademais, reconhecimento do privilégio pode somente, em tese, implicar na substituição da forma do cumprimento da sanção imposta (de reclusão para detenção) – Conflito procedente – Competência do Juízo suscitado (TJSP, Câmara Especial, CJ 0255091-77.2012.8.26.0000, rel. Gonzaga Franceschini, j. 15.04.13).

DISPOSITIVO

Diante do exposto, voto pela **procedência** do conflito de jurisdição, para declarar competente o MM. Juízo suscitado, convalidando todos os atos praticados pelo MM. Juízo suscitante.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Jurisdição nº 0006016-48.2015.8.26.0000, da Comarca de Registro, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA JUDICIAL DE REGISTRO, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA CRIMINAL DE JUQUIÁ.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o conflito de jurisdição para declarar competente para processar e julgar os processos nº 0001030-56.2013 e nº 3004363-04.2013 o Juízo suscitado, da Comarca de Juquiá. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.331)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e RICARDO ANAFE (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 4 de maio de 2015.

PINHEIRO FRANCO, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Acesso ao Sumário

Ementa: Conflito negativo de jurisdição. Processo Penal. Ações penais que versam sobre prática de

crime de tráfico de entorpecente e associação para o tráfico. Inexistência de continência ou litispendência a ensejar a reunião dos feitos. Ação penal deflagrada primeiramente no Juízo suscitado que se apresenta com instrução finda. Princípio da identidade física do Juiz preservado. Inteligência dos artigos 80 e 399, § 2º, ambos do CPP. Conflito julgado procedente para declarar competente o Juízo suscitado.

VOTO

Trata-se de conflito negativo de jurisdição suscitado pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Judicial da Comarca de Registro, por discordar da decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Juquiá, que determinou a remessa ao primeiro juízo dos processos nºs 0001030-56.2013.8.26.0312 e 3004363-04.2013.8.26.0590, nos quais Priscila Ferreira Marques, Kelly da Silva Cacimiro e Gilberto Martins Gabriel Filho foram denunciados pela prática dos delitos de tráfico de entorpecente e associação para o tráfico.

Aduz o suscitante que o suscitado entendeu existir continência dos processos mencionados com o processo nº 7370-49.2013.8.26.0495, que tramita no juízo suscitante e que apresenta os mesmos réus. Porém, argumenta, considerando que a data das infrações são anteriores e tendo em vista que os fatos ocorreram no território do suscitado, não há falar em continência, mas, sim, litispendência, sendo portanto o suscitado o competente para conhecer e julgar os processos.

Foi designado o Juízo Suscitado para apreciar e decidir questões urgentes (fls. 336/337).

A D. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo acolhimento do conflito, declarando-se competente o juízo suscitado (fls. 341/342).

É o relatório.

O presente conflito de jurisdição deve ser conhecido, por estar configurada a hipótese prevista no artigo 114, inciso I, do Código de Processo Penal.

Razão assiste ao suscitante.

Extrai-se dos autos que no processo nº 0001030-56.2013, instaurado na Comarca de Juquiá, Kelly da Silva Cacimiro, Priscila Ferreira Marques e Gilberto Martins Gabriel Filho foram denunciados pela prática dos delitos descritos nos artigos 33, *caput*, e 35, ambos da Lei nº 11.343/06. Verifica-se, ainda, que o processo nº 3004363-04.2013, também deflagrado na Comarca de Juquiá contra Priscila Ferreira Marques pela prática de tráfico de entorpecentes foi apensado ao processo nº 0001030-56.2013.

Acesso ao Sumário

Na Comarca de Registro foi instaurado o processo nº 0007370-49.2013, que apresenta 17 réus, dentre eles os mesmos réus das ações ajuizadas na Comarca de Juquiá.

Pois bem.

Conquanto se trate de imputação idêntica, os fatos foram praticados em territórios distintos e em períodos diversos, observando-se que o processo ajuizado na Comarca de Registro abrange outros réus que não somente aqueles mencionados nos feitos que tramitam na Comarca de Juquiá.

Ademais, o processo em trâmite na Comarca de Juquiá se mostra com instrução encerrada, com alegações finais apresentadas, incidindo na espécie, o princípio da identidade física do Juiz.

Em vista disso, e por não vislumbrar continência e a necessidade de processamento e julgamento conjuntos, entendo que a melhor solução é a permanência dos processos nº 0001030-56.2013 e nº 3004363-04.2013 no Juízo suscitado, local onde parte da quadrilha foi primeiramente denunciada, observando-se que a instrução encontra-se encerrada, preservando-se o princípio da identidade física do Juiz.

Por fim, cabe ressaltar que, ainda que se pudesse falar em continência ou litispendência, o artigo 80, do Código de Processo Penal, permite a separação dos processos quando as infrações tiverem sido praticadas em circunstâncias de tempo ou de lugar diferentes, ou quando pelo excessivo número de acusados e para não lhes prolongar a prisão provisória, ou por outro motivo relevante, o Juiz reputar conveniente a separação, como ocorre no presente caso.

Pelo meu voto, pois, **JULGO PROCEDENTE** o conflito de jurisdição para declarar competente para processar e julgar os processos nº 0001030-56.2013 e nº 3004363-04.2013 o Juízo suscitado, da Comarca de Juquiá.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Jurisdição nº 0087118-29.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA CENTRAL DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER DA CAPITAL, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 20ª VARA CRIMINAL DA CAPITAL.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o presente conflito de jurisdição para o fim de fixar a competência do d. Juízo suscitado. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30607)**

Acesso ao Sumário

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, 27 de abril de 2015.

ARTUR MARQUES, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: CONFLITO DE JURISDIÇÃO – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – IMPUTAÇÃO, EM QUEIXA-CRIME, DE CRIMES CONTRA A HONRA – HIPÓTESE EM QUE, APESAR DA RELAÇÃO DE PARENTESCO, NÃO SE CONSTATA A EXISTÊNCIA DE VIOLÊNCIA FUNDADA NO GÊNERO, TAMPOUCO RELAÇÃO DE OPRESSÃO – COMPETÊNCIA DA VARA CRIMINAL COMUM.

1. O e. Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que, no âmbito de incidência da Lei Maria da Penha, não há necessidade de vínculo familiar específico ou mesmo coabitação entre as partes, exigindo-se, contudo, a combinação de três requisitos: a) relação íntima de afeto, b) motivação de gênero e c) situação de vulnerabilidade.

2. Na hipótese em apreço, não se verifica a conjugação destes três requisitos porque a relação de parentesco não é qualificada pela violência de gênero, tampouco em situação de vulnerabilidade, sendo certo que a própria querelante foi enfática ao expressar que o querelado teria comportamento idêntico em relação ao pai senil e irmão deficiente.

3. Conflito de jurisdição julgado procedente para o fim de fixar a competência do d. Juízo suscitado.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo d. Juízo de Direito da **VARA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER** em face de r. decisão declinatória do d. Juízo da **20ª VARA CRIMINAL**, ambos da Comarca da Capital, em queixa-crime em que se imputa ao acionado conduta que se amoldaria a aquelas descritas nos arts. 139, 140, § 2º e 141, III, todos do Código Penal.

Processado o incidente com a designação do magistrado suscitante (fls. 50), nos termos do Comunicado nº 26/10, da Vice-Presidência deste e. Tribunal de Justiça, para resolução, em caráter provisório, das eventuais medidas urgentes.

O parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça é pela procedência do presente conflito de jurisdição para o fim de fixar a competência do d. Juízo suscitado (fls. 53/34) [*sic*].

É o relatório.

2. Segundo se infere da queixa-crime sobre a qual versa o presente conflito (fls. 12/25), o acusado é irmão da querelante, e "querendo exercer sobre esta e demais familiares o domínio opressor, impondo condições e regras, sob gritos e xingamentos, muitos destes ofensivos à sua honra". Esclarece, pois, que referida conduta se estenderia em relação ao genitor idoso bem assim ao irmão deficiente, com quem não coabitam.

O d. magistrado suscitado declinou de sua competência ao fundamento de que a queixa-crime trata de "***crimes supostamente cometidos mediante violência doméstica e familiar contra a mulher, em razão do art. 7º, V, da Lei nº 11.340/06***".

O d. magistrado suscitante, contudo, firmou entendimento no sentido de que "***embora incontroversa a relação de parentesco entre as partes, não há qualquer elemento em concreto que permita aferir a existência de violência baseada no gênero, nem tampouco um vínculo opressivo ou de dominação do querelado sobre a querelante***".

Tecidas as ponderações necessárias para compreensão da controvérsia, verifica-se que a Lei nº 11.340/06, em seu artigo 5º, determina que, "***para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial***". Destarte, referido dispositivo legal, independentemente da orientação sexual (parágrafo único), descreve em seus incisos o conceito de: a) âmbito da unidade doméstica é "***o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas***" (inciso I); b) âmbito da família é "***a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa***" (inciso II); c) qualquer relação íntima de afeto é "***qualquer situação na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação***" (inciso III)[1].

Destarte, o alcance de referida norma foi sedimentado por ocasião da edição do enunciado nº 114, da Súmula deste e. Tribunal de Justiça, de seguinte

1 Para Guilherme de Souza Nucci (*in* Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. Vol. 1. São Paulo, RT, 2012), "***é o relacionamento estreito entre duas pessoas, fundamentado em amizade, amor, simpatia, dentre outros sentimentos de aproximação***".

Acesso ao Sumário

redação:

> ***Para efeito de fixação de competência, em face da aplicação da Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha), tanto o homem quanto a mulher podem ser sujeito ativo da violência, figurando como sujeito passivo apenas a mulher, sempre que fique caracterizado o vínculo de relação doméstica, familiar ou de afetividade, além da convivência íntima, com ou sem coabitação, e desde que a violência seja baseada no gênero, com a ocorrência de opressão, dominação e submissão da mulher em relação ao agressor.***

Nesse sentido, confira-se o precedente desta Colenda Câmara Especial:

> ***CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. Ação penal. Crime de estupro de vulnerável imputado ao avô da vítima (art. 217-A, CP). Dissenso em relação à aplicabilidade da Lei nº 11.340/06. Caso concreto que noticia violência motivada no gênero ou decorrente de relação de subordinação ou vulnerabilidade da ofendida, a recomendar a incidência dos ditames protetivos da Lei Maria da Penha. Menoridade da vítima à época dos fatos e relação de parentesco que, por si só, não afastam a fragilidade decorrente do gênero. Conflito julgado procedente, com o reconhecimento da competência do Juízo suscitado.[2]***

Importante ressaltar que o e. Supremo Tribunal Federal reconheceu a aplicabilidade da Lei nº 11.340/06 mesmo quando a violência se deu após o término do vínculo afetivo havido entre agressor e agredida, mas desde que a violência tenha ocorrido em razão do vínculo rompido e em situação de hipossuficiência.[3] O espectro de abrangência da norma protetiva se sobrepõe, ainda, às situações em que a agressão contiver natureza ofensiva à dignidade sexual e for cometida contra vulneráveis.[4]

---

2 Conflito de Jurisdição nº 0116576-28.2013.8.26.0000, Rel. Claudia Lúcia Fonseca Fanucchi, j. 09/09/2013.

3 RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. **VIOLÊNCIA COMETIDA POR EX-NAMORADO. IMPUTAÇÃO DA PRÁTICA DO DELITO PREVISTO NO ART. 129, § 9º, DO CÓDIGO PENAL. APLICABILIDADE DA LEI MARIA DA PENHA (LEI Nº 11.340/2006)**. IMPOSSIBILIDADE DE JULGAMENTO PELO JUIZADO ESPECIAL. 1. ***Violência cometida por ex-namorado; relacionamento afetivo com a vítima, hipossuficiente; aplicação da Lei nº 11.340/2006***. 2. Constitucionalidade da Lei nº 11.340/2006 assentada pelo Plenário deste STF: constitucionalidade do art. 41 da Lei nº 11.340/2006, que afasta a aplicação da Lei nº 9.099/1995 aos processos referentes a crimes de violência contra a mulher. ... 4. Recurso ao qual se nega provimento. (RHC nº 112698, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Julgamento: 18/09/2012, 2ª Turma)

4 *HABEAS CORPUS*. **ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR CONTRA FILHAS MENORES. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. LEI Nº 11.340/06**. CUMULAÇÃO DE COMPETÊNCIAS. RESOLUÇÃO DO TJ/DF E TERRITÓRIOS. ART. 17, § 4º, DA LEI Nº 11.697/08. RITO PROCESSUAL. ART. 41 DA LEI Nº 11.340/06. REGULARIDADE DA AÇÃO PENAL. DECISÕES CONVERGENTES. PREJUÍZO PROCESSUAL NÃO DEMONSTRADO. ORDEM DENEGADA. 1. A competência do juízo de primeira instância para julgar os processos-crime decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher se mostra legalmente fundamentada, não havendo, portanto, como se reconhecer o constrangimento, notadamente se considerada a possibilidade do TJDF e dos Territórios cumular competências em uma única

Acesso ao Sumário

O e. Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, vem firmando entendimento de que, no âmbito de incidência da Lei Maria da Penha, que não se submete à Lei nº 9.099/95[5], não há necessidade de vínculo familiar específico ou mesmo coabitação entre as partes[6], exigindo-se, contudo, a combinação de três requisitos[7]:

a) relação íntima de afeto,

b) motivação de gênero e

c) situação de vulnerabilidade.

Na hipótese em apreço, não se verifica a conjugação destes três requisitos porque a relação de parentesco não é qualificada pela violência de gênero, tampouco em situação de vulnerabilidade, sendo certo que a própria querelante

vara. ... 5. Ordem denegada. (HC 110160/DF. Relatora: Min. CÁRMEN LÚCIA. Julgamento: 18/12/2012)

5 **Informativo 509, de 05.12.2012**

O crime de lesão corporal, mesmo que leve ou culposa, praticado contra a mulher, no âmbito das relações domésticas, deve ser processado mediante ação penal pública incondicionada. No julgamento da ADI 4.424-DF, o STF declarou a constitucionalidade do art. 41 da Lei nº 11.340/2006, afastando a incidência da Lei nº 9.099/1995 aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista. Precedente citado do STF: ADI 4.424-DF, DJe 17/2/2012; do STJ: AgRg no REsp 1.166.736-ES, DJe 8/10/2012, e HC 242.458-DF, DJe 19/9/2012. AREsp 40.934-DF, Rel. Min. Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ-SE), julgado em 13/11/2012.

6 **Informativo nº 499, de 15.06.2012**

A hipótese de briga entre irmãos – que ameaçaram a vítima de morte – amolda-se àqueles objetos de proteção da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). *In casu*, caracterizada a relação íntima de afeto familiar entre os agressores e a vítima, inexiste a exigência de coabitação ao tempo do crime, para a configuração da violência doméstica contra a mulher. Com essas e outras ponderações, a Turma, por maioria, denegou a ordem de *habeas corpus*. Precedentes citados do STF: HC 106.212-MS, DJe 13/6/2011; do STJ: HC 115.857-MG, DJe 2/2/2009; REsp 1.239.850-DF, DJe 5/3/2012, e CC 103.813-MG, DJe 3/8/2009. HC 184.990-RS, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 12/6/2012.

Informativo nº 491, de 24.02.12

A Turma, cassando o acórdão recorrido, deu provimento ao recurso para estabelecer a competência de uma das varas do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher para examinar processo em que se apura a prática do crime de ameaça. Na hipótese, ***o recorrido foi ao apartamento da sua irmã, com vontade livre e consciente, fazendo várias ameaças de causar-lhe mal injusto e grave, além de ter provocado danos materiais em seu carro, causando-lhe sofrimento psicológico e dano moral e patrimonial, no intuito de forçá-la a abrir mão do controle da pensão que a mãe de ambos recebe***. Para os integrantes da Turma, a relação existente entre o sujeito ativo e o passivo deve ser analisada em face do caso concreto, para verificar a aplicação da Lei Maria da Penha, tendo o recorrido se valido de sua autoridade de irmão da vítima para subjugar a sua irmã, com o fim de obter para si o controle do dinheiro da pensão, sendo desnecessário configurar a coabitação entre eles. Precedentes citados: CC 102.832-MG, DJe 22/4/2009, e HC 115.857-MG, DJe 2/2/2009. REsp 1.239.850-DF, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 16/2/2012.

7 **Informativo 524 de 28.08.2013:**

É do juizado especial criminal – e não do juizado de violência doméstica e familiar contra a mulher – a competência para processar e julgar ação penal referente a suposto crime de ***ameaça (art. 147 do CP) praticado por nora contra sua sogra na hipótese em que não estejam presentes os requisitos cumulativos de relação íntima de afeto, motivação de gênero e situação de vulnerabilidade***. Isso porque, para a incidência da Lei nº 11.340/2006, exige-se a presença concomitante desses requisitos. De fato, se assim não fosse, qualquer delito que envolvesse relação entre parentes poderia dar ensejo à aplicação da referida lei. Nesse contexto, deve ser conferida interpretação restritiva ao conceito de violência doméstica e familiar, para que se não inviabilize a aplicação da norma. HC 175.816-RS, Rel. Min. Marco Aurélio, 20/6/2013.

Acesso ao Sumário

foi enfática ao expressar que o querelado teria comportamento idêntico em relação ao pai senil e irmão deficiente.

Nesse caso, como bem ressaltado pela d. Procuradoria Geral de Justiça, "***ao que consta, a vítima e o ofensor são irmãos e não coabitam. Manteriam relacionamento belicoso há tempos e teriam se envolvido em uma discussão, no interior de um hospital onde o pai estava internado, por supostamente, terem discordado sobre acordo referente ao horário de visitas de cada parte ...Observa-se que, no caso em tela, não há crime praticado no contexto específico da Lei nº 11.340/00, eis que a querelante, advogada, não mantinha qualquer vínculo de dependência psicológica, afetiva ou econômica com o querelado, não havendo, propriamente, convivência familiar a despeito dos laços sanguíneos. Os envolvidos, aparentemente, não possuem entre si relação de ascendência ou submissão e os fatos ocorreram fora do âmbito doméstico***".

3. Ante o exposto, **julga-se procedente o presente conflito de jurisdição para o fim de fixar a competência do d. Juízo suscitado**.

Acesso ao Sumário

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001619-65.2014.8.26.0586, da Comarca de São Roque, em que é apelante GÁS NATURAL SÃO PAULO SUL S.A., é apelado OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS E ANEXOS DA COMARCA DE SÃO ROQUE.

ACORDAM, em Conselho Superior de Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.184)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (PRESIDENTE), EROS PICELI, GUERRIERI REZENDE, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO e RICARDO ANAFE.

São Paulo, 26 de março de 2015.

ELLIOT AKEL, Relator e Corregedor Geral da Justiça

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – DÚVIDA JULGADA PROCEDENTE – RECUSA DE INGRESSO DE CARTA DE SENTENÇA – INSTITUIÇÃO DE SERVIDÃO DE PASSAGEM – DESCRIÇÃO PRECÁRIA DO IMÓVEL SERVIENTE – INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS MÍNIMOS DE IDENTIFICAÇÃO E LOCALIZAÇÃO – NECESSIDADE DE PRÉVIA RETIFICAÇÃO DA ÁREA, EM OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE OBJETIVA – RECURSO NÃO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença do MM. Juiz Corregedor Permanente do Oficial de Registro de Imóveis da Comarca de São Roque, que julgou procedente a dúvida suscitada e manteve a exigência de prévia retificação da área objeto da transcrição número 8.288 do Livro 3-S para possibilitar a abertura de matrícula e o registro da carta de sentença referente à existência de servidão de passagem no imóvel, pois, não obstante a área da servidão esteja perfeitamente descrita e caracterizada, a base onde ela se insere

não está, o que impede o controle da continuidade e da especialidade. Ressalva o julgado que, mesmo que assim não fosse, a concordância do interessado com o outro óbice apontado na nota devolutiva, ao apresentar no curso do procedimento o número do CPF de Silvio Teixeira, para a correta identificação do titular do direito real, impede o registro pretendido.

A apelante afirma, em síntese, que não é caso de abertura de novo registro imobiliário, mas apenas de registrar a carta de sentença referente à instituição de servidão administrativa na transcrição do imóvel. Diz que por não se tratar de servidão civil, instituída em favor do particular, e por se tratar de servidão administrativa pautada em Decreto de Utilidade Pública, deve prevalecer o interesse público. Acrescenta que a carta de sentença traz todos os elementos necessários à abertura da matrícula, que a regularização da situação do imóvel no registro imobiliário, para atender as exigências da nova lei é ônus do proprietário, que a área servienda está perfeitamente descrita, e que o obstáculo ao ingresso deixará de atender o princípio da publicidade, além de não contribuir para a segurança que deve emanar do registro de imóveis.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

A transcrição número 8.288 relativa ao imóvel serviente assim o descreve:

"***8288*** *– Anterior: Trans. Nº 6355, de 19-2-1946, fls. 190, do Lº 3-Q.– DATA: 24 de dezembro de 1948.– CIRCUNSCRIÇÃO: São Roque.– DENOMINAÇÃO OU RUA E NÚMERO: Chácara, no Bairro do Marmeleiro, com área de 14,52ha.– CARACTERÍSTICOS E CONFRONTAÇÕES: Uma chácara, situada no Bairro do Marmeleiro, deste município e comarca de São Roque, com área total de seis (6) alqueires, ou sejam, 14,52 ha., mais ou menos, sendo cinco e meio (5 1/2) alqueires ou 13,31 ha., em pasto e meio (1/2) alqueire ou 1,21 ha., cultivado, chácara essa, cercada de arame, com quatro fios, contendo três (3) casas de tijolos, cobertas de telhas e mais três (3) cômodos em separado, também de tijolos, tudo em péssimo estado de conservação e diversas árvores frutíferas, dentro das seguintes divisas:– 'Começa no canto da divisa de Silvio Teixeira de Carvalho, na estrada de rodagem, desce por uma cerca de arame, até encontrar o ribeirão, dividindo com o mesmo Silvio, até encontrar um pau de espinho, até o pé de uma ponte; daí segue até encontrar uma arvora de arueira; desta segue à direita em reta até encontrar um valo, deixando nessa reta um espaço de quatro (4) metros da divisa do Sr. Paulo Gonçalves da Silva, para passagem do Sr. Silvio Teixeira de Carvalho; segue dividindo com Silvio Teixeira, justamente pelos quatro (4) metros de passagem, até encontrar uma valeta, dividindo com o mesmo Silvio; faz canto à esquerda e segue*

Acesso ao Sumário

mais ou menos em reta até encontrar uma valeta, dividindo com o mesmo Silvio; dessa valeta, sempre dividindo com Silvio, segue mais ou menos em reta, até encontrar outra valeta, que divide com Pedro Miraca; faz canto e desce por uma cerca de arame, dividindo com Miraca até encontrar a estrada de rodagem; faz canto à esquerda, segue pela mesma estrada, até o ponto de partida, adquirida pela transcrição nº 6355, de 19 de fevereiro de 1946."

Trata-se de transcrição antiga e de imóvel de área extensa, cuja descrição é precária e não apresenta nenhuma técnica, pois indica como pontos de referência de suas medidas e limites "cercas de arame", "ribeirão", "pau de espinho", "pé de ponte" etc., de modo que não há o mínimo de elementos que permitam sua identificação e localização, não se sabendo, inclusive, se o imóvel é urbano ou rural. A imprecisão da descrição da área na transcrição impossibilita o registro da área dominante, objeto da servidão, descrita no memorial descritivo apresentado, pois é impossível identificar onde ela se insere na área serviente, além de existir sobre esta, como observado pelo registrador, servidão de passagem em favor do confrontante Silvio Teixeira de Carvalho.

Na sistemática da Lei de Registros Públicos em vigor, a matrícula é o núcleo do assentamento imobiliário e reclama observância ao princípio da especialidade objetiva; porém, mesmo que assim não fosse, seria inviável o registro da carta de sentença na transcrição pela ausência de elementos mínimos identificadores do imóvel serviente.

Afrânio de Carvalho, na clássica obra "Registro de Imóveis", 4ª edição, Editora Forense, ao tratar do tema "Matrícula No Registro Geral", Capítulo 18, consigna que na relação dos cinco livros que possuem divisão completa em cinco espécies (Protocolo; Registro Geral; Registro Auxiliar; Indicador Real; Indicador Pessoal) e que têm por princípio único diretivo a função desempenhada, se sobressai, por sua importância, o "registro geral", que, como recipiente dos direitos reais, aos quais transmite os efeitos de publicidade e de constitutividade, aparece como verdadeiro sensório do registro, de onde emanam os reflexos que movimentam o tráfico jurídico imobiliário. Este livro tem função precípua de centro de convergência de atos jurídicos de aquisição, transmissão, oneração ou extinção de direitos reais, sem que essa especificidade seja turvada pela intromissão de atos de outra natureza.

Nessa ordem de ideias, a presença da matrícula no registro geral já indica, por si só, que ela exprime um ato de movimentação de direito real e a posição eminente que aí lhe foi conferida atesta, por sua vez, que se trata do mais importante: a aquisição da propriedade. Os efeitos da propriedade só se integram com a inscrição no livro próprio.

Ainda de acordo com o mesmo autor, essa inscrição era feita anteriormente

Acesso ao Sumário

no antigo "livro de transmissões" (livro n.º 3) onde existe de certo modo o nome de "transmissão", que era na ocasião o próprio para recebê-la, e que passou a ter a denominação de "matrícula", presente no "livro geral". Surgiu, por tal motivo, a discussão acerca da natureza da matrícula – se se trata de ato jurídico ou um simples ato cadastral.

No antigo livro de transmissões (livro n.º 3) o ato se apresentava numa folha coletiva, destinada a uma pluralidade de imóveis, e na matrícula o ato se apresenta numa folha individual, dedicada a um só imóvel, ou seja, no primeiro o ato se consignava por extrato e no segundo por narrativa, portanto, houve mudança apenas na feição exterior do ato, sem alteração de sua substância, de modo que o ato que tinha na transcrição certa forma, assume na matrícula forma diversa, e a matrícula, como transferência da transcrição de um para outro livro, continua a ser ato jurídico de aquisição da propriedade. Como o livro antigo se encerra, quando se abre o novo, é neste, precisamente na matrícula, que passa a ter fundamento o direito de propriedade sobre o imóvel. A eficácia real, que a lei civil lhe reconhece no livro antigo, mantém-se no livro novo, porque o ato jurídico continua a ser o mesmo, tanto que, ao lançar-se no livro novo a descrição exata do imóvel, lança-se a seguir a menção do seu proprietário. Na verdade, se se negasse o caráter dominial e, portanto, jurídico da matrícula, daí se seguiria que o ato de inscrição subsequente, deixaria de ter objeto. É a matrícula que define, em toda a sua extensão, modalidades e limitações, a situação jurídica do imóvel.

Estabelecida a natureza jurídica da matrícula, cumpre verificar em que momento ocorre sua abertura. Dispõe o artigo 228 da LRP que "*A matrícula será efetuada por ocasião do primeiro registro a ser lançado na vigência desta Lei, mediante os elementos constantes do título apresentado e do registro anterior nele mencionado*", e, do mesmo modo, o artigo 176 da mesma Lei, que trata da matrícula, estabelece no inciso I do § 1º, que esta será aberta por ocasião do primeiro registro a ser feito.

O vocábulo "registro" foi empregado em sentido lato do primeiro assento, seja esse de inscrição (registro em sentido estrito) ou averbação. Esta solução foi dada por ser inviável ao Cartório abrir a matrícula de todos os imóveis simultaneamente, e transportá-los ao "registro geral". Por analogia, deve ser aberta a matrícula também a partir do requerimento do interessado.

O inciso II do mesmo artigo 176, dispõe sobre os requisitos da matrícula, e, no número "3", alíneas "a" e "b", consagra o princípio da especialidade objetiva, ao exigir a identificação do imóvel como um corpo certo, permitindo o encadeamento dos registros e averbações subsequentes, em conformidade ao princípio da continuidade.

De acordo com o conceito de Afrânio de Carvalho, na mesma obra

acima mencionada, "*O princípio da especialidade significa que toda inscrição dever recair sobre um objeto precisamente individuado*", e, ao se referir ao mandamento da individuação do imóvel lançado no regulamento dos registros públicos, consigna que "*Além de abranger a generalidade dos atos, contratuais e judiciais, o mandamento compreende também a generalidade dos imóveis, urbanos e rurais, exigindo a cabal individuação de todos para a inscrição no registro*", e que "*A sua descrição no título há de conduzir ao espírito do leitor essa imagem. Se a escritura de alteração falhar nesse sentido, por deficiência de especialização, terá de ser completada por outra de rerratificação, que aperfeiçoe a figura do imóvel deixada inacabada na primeira. Do contrário, não obterá registro.*"

Neste sentido os precedentes trazidos pelo registrador e que bem se enquadram ao caso em tela: Apelações Cíveis números 745-6/1; 1.204-6/0; 943-6/5 e 0017110.60.2008.8.26.0348 (fls.4/13).

Na Apelação Cível n.º 0001243-53.2013.8.26.0315, por mim relatada, e que também teve como apelante a empresa Gás Natural São Paulo Sul, do mesmo modo, foi decidido acerca da necessidade da prévia retificação da área serviente, para possibilitar o registro do título apresentado. A ementa assim dispõe:

> "REGISTRO DE IMÓVEIS – FALTA DE REPRESENTAÇÃO – ADVOGADO NÃO CONSTITUÍDO PELA APELANTE NOS AUTOS – PREJUDICIALIDADE – EXAME EM TESE DA PERTINÊNCIA DA RECUSA – ESCRITURA DE INSTITUIÇÃO DE SERVIDÃO DE PASSAGEM – DESCRIÇÃO PRECÁRIA DO IMÓVEL SERVIENTE – NECESSIDADE DE PRÉVIA RETIFICAÇÃO A FIM DE PERMITIR A CORRETA LOCALIZAÇÃO DA SERVIDÃO DO IMÓVEL SERVIENTE – PRECEDENTES DO CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA – RECURSO NÃO CONHECIDO."

Em suma, é a matrícula que define, em toda a sua extensão, modalidades e limitações, a situação jurídica do imóvel, razão pela qual sua abertura, mesmo para fins de registro de instituição de servidão administrativa, deve ser feita em observância ao mencionado artigo 228 da Lei de Registros Públicos (o artigo 196 tem a mesma redação) desde que os elementos constantes do título e do registro anterior sejam suficientes e preenchidos os requisitos registrários, no caso, o da especialidade objetiva, o que não se verifica no caso vertente.

O argumento de que é ônus do proprietário do imóvel promover sua retificação não serve de justificativa para afastar a exigência prevista em lei. Além do mais, embora o titular do domínio tenha como regra legitimidade para pedir a retificação da área, nada obsta que tal pretensão seja apresentada por quem demonstre interesse, como é o caso da apelante, que necessita da retificação para possibilitar o registro do título apresentado, pois, não seria razoável que ficasse

Acesso ao Sumário

à mercê da inércia de terceira pessoa quanto a tal providência.

É neste sentido que deve ser interpretada a expressão "interessado" trazida no artigo 213, inciso I, da Lei de Registros Público, e que confere à recorrente legitimidade para requerer a retificação.

Por fim, a qualificação da titular do direito real, Ordem Carmelitana Descalça No Brasil, na procuração outorgada ao seu advogado na ação da qual foi extraída a carta de sentença, é suficiente à sua identificação e, portanto, não configura óbice ao registro.

Isto posto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002018-57.2013.8.26.0157, da Comarca de Cubatão, em que é apelante MUNICÍPIO DE CUBATÃO, é apelado OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS, TÍTULOS E DOCUMENTOS E CIVIL DE PESSOA JURÍDICA DA COMARCA DE CUBATÃO.

ACORDAM, em Conselho Superior de Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.190)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (PRESIDENTE), EROS PICELI, GUERRIERI REZENDE, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO e RICARDO ANAFE.

São Paulo, 14 de abril de 2015.

ELLIOT AKEL, Relator e Corregedor Geral da Justiça

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – DESAPROPRIAÇÃO DE BEM DA UNIÃO POR MUNICÍPIO – EXIGÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO DA SECRETARIA DO PATRIMÔNIO DA UNIÃO – INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS, DA LEI 9.636/98, DO DECRETO-LEI 3.365/41 E DO DECRETO-LEI 2.398/97 – RECURSO IMPROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de apelação contra a sentença de fls. 251/253, que julgou

procedente a dúvida e indeferiu o registro de carta de sentença expedida nos autos de processo de desapropriação, pois não foi apresentada a certidão expedida pela Secretaria do Patrimônio da União, em razão da área se inserir em terreno de marinha.

Sustenta o apelante, em suma, que a exigência da certidão não se justifica, na medida em que a sentença transitou em julgado, de forma que a área desapropriada incorporou-se ao patrimônio do município, não tendo havido qualquer ressalva na sentença expropriatória (fls. 258/261).

A Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (fls. 278/282).

É o relatório.

Extrai-se dos autos que o processo de desapropriação tramitou regularmente contra Paulo Roberto Borges, mas depois de proferida a sentença e transitada em julgado, a própria municipalidade percebeu que o terreno, em verdade, pertenceria à União, sendo o réu Paulo mero foreiro. Revogou então o decreto expropriatório e requereu a desistência da ação, mas o TJSP decidiu ser impossível a desistência àquela altura (fls. 169/170, 175 e 197 e seguintes).

Cabe ressaltar que a origem judicial do título não torna prescindível a qualificação registrária, conforme pacífico entendimento do Colendo Conselho Superior da Magistratura:

> *Apesar de se tratar de título judicial, está ele sujeito à qualificação registrária. O fato de tratar-se o título de mandado judicial não o torna imune à qualificação registrária, sob o estrito ângulo da regularidade formal. O exame da legalidade não promove incursão sobre o mérito da decisão judicial, mas à apreciação das formalidades extrínsecas da ordem e à conexão de seus dados com o registro e a sua formalização instrumental (Ap. Cível nº 31881-0/1).*

No caso dos autos, o problema registrário persiste, como observado pelo oficial registrador, pois "nenhuma das decisões tratou dos efeitos em relação à União ou afastou de maneira inequívoca a propriedade desta."

O § 2º do art. 2º do Decreto-lei 3.365/41 veda a desapropriação de bens da União pelos Municípios.

Conforme lição de Hely Lopes Meirelles, os "*bens públicos são passíveis de desapropriação pelas entidades estatais superiores desde que haja autorização legislativa para o ato expropriatório e se observe a hierarquia política entre estas entidades. Admite-se, assim, a expropriação na ordem descendente, sendo vedada a ascendente, razão pela qual a União pode desapropriar bens de qualquer entidade estatal; os Estados-membros podem expropriar os de seus Municípios; os Municípios não podem desapropriar os de nenhuma entidade política*" (Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo:

Acesso ao Sumário

Malheiros, 2007, p. 604).

O ocorrido, portanto, infringe o próprio pacto federativo. Destaco, nesse sentido, trecho de decisão proferida por Walter de Almeida Guilherme na ADIN 9030772-75.2009.8.26.0000:

> *O que importa, todavia, deixar afirmado, a meu sentir, é que a* ***organização federativa do Estado brasileiro é princípio fundamental da República Federativa do Brasil****. Os princípios constitucionais sensíveis, extensíveis e estabelecidos, na conhecida classificação de JOSÉ AFONSO DA SILVA (Curso de Direito Constitucional Positivo, 14 ed. São Paulo, Malheiros, 1997), são de observância obrigatória, valendo destacar o posicionamento de Ricardo Lewandowski no estudo Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil:*
>
> '*No que tange aos postulados de observância obrigatória pelas comunas, registra-se que a autonomia municipal, por força do que dispõe o art. 129, caput, da Lei Maior, em particular no concernente à capacidade de auto-organização, encontra-se limitada não só pelos princípios estabelecidos na Constituição Federal, como também por aqueles consignados na Carta do respectivo Estado*'.

É certo que o art. 3º, § 2º, do Decreto-lei 2.398/97 exige a apresentação da certidão da Secretaria do Patrimônio da União no caso do registro de escrituras relativas imóveis da União ou que contenham área de seu domínio:

§ 2º Os Cartórios de Notas e Registro de Imóveis, sob pena de responsabilidade dos seus respectivos titulares, não lavrarão nem registrarão escrituras relativas a bens imóveis de propriedade da União, ou que contenham, ainda que parcialmente, área de seu domínio:

I – sem certidão da Secretaria do Patrimônio da União – SPU que declare:

a) ter o interessado recolhido o laudêmio devido, nas transferências onerosas entre vivos;

b) estar o transmitente em dia com as demais obrigações junto ao Patrimônio da União; e

c) estar autorizada a transferência do imóvel, em virtude de não se encontrar em área de interesse do serviço público;

A razão da norma é garantir que transferências de direitos, domínio útil, sobre bens imóveis da União não sejam feitas à sua revelia e sem a obediência a determinadas formalidades legais. A norma, naturalmente, não previu o estabelecimento de garantias contra atos estatais que, infringindo o pacto federativo, interferissem no patrimônio da União. Essa é a razão pela qual, evidentemente, não se estabeleceu dispositivo determinando que quando um município tentar desapropriar imóvel da União à sua revelia, a Secretaria do

Acesso ao Sumário

Patrimônio terá que ser avisada antes do registro dessa desapropriação.

No mais, observa-se que o art. 18 da Lei 9.636/98 trata da possibilidade de a União ceder imóveis, gratuitamente ou em condições especiais, a Estados, Municípios e entidades sem fins lucrativos. A cessão, contudo, precisa ser autorizada pela Presidência da República ou pelo Ministério da Fazenda:

Art. 18. A critério do Poder Executivo poderão ser cedidos, gratuitamente ou em condições especiais, sob qualquer dos regimes previstos no Decreto-Lei nº 9.760, de 1946, imóveis da União a:

I – Estados, Distrito Federal, Municípios e entidades sem fins lucrativos das áreas de educação, cultura, assistência social ou saúde;

II – pessoas físicas ou jurídicas, em se tratando de interesse público ou social ou de aproveitamento econômico de interesse nacional.

§ 1º A cessão de que trata este artigo poderá ser realizada, ainda, sob o regime de concessão de direito real de uso resolúvel, previsto no art. 7º do Decreto-Lei nº 271, de 28 de fevereiro de 1967, aplicando-se, inclusive, em terrenos de marinha e acrescidos, dispensando-se o procedimento licitatório para associações e cooperativas que se enquadrem no inciso II do caput deste artigo.

§ 2º O espaço aéreo sobre bens públicos, o espaço físico em águas públicas, as áreas de álveo de lagos, rios e quaisquer correntes d'água, de vazantes, da plataforma continental e de outros bens de domínio da União, insusceptíveis de transferência de direitos reais a terceiros, poderão ser objeto de cessão de uso, nos termos deste artigo, observadas as prescrições legais vigentes.

§ 3º A cessão será autorizada em ato do Presidente da República e se formalizará mediante termo ou contrato, do qual constarão expressamente as condições estabelecidas, entre as quais a finalidade da sua realização e o prazo para seu cumprimento, e tornar-se-á nula, independentemente de ato especial, se ao imóvel, no todo ou em parte, vier a ser dada aplicação diversa da prevista no ato autorizativo e conseqüente termo ou contrato.

§ 4º A competência para autorizar a cessão de que trata este artigo poderá ser delegada ao Ministro de Estado da Fazenda, permitida a subdelegação.

De se notar ainda, por relevante, que, ao que consta, a União até hoje não foi efetivamente informada de que seu patrimônio foi expropriado pelo município e sem qualquer indenização. Constam, apenas, os documentos de fls. 159/162, da Secretaria do Patrimônio, pelos quais ela afirma que o imóvel é da União.

Assim, tenho para mim que agiu com prudência, o oficial registrador. Não se pode fazer vistas grossas à situação e chancelá-la, agravando ainda mais o quadro. Nesse caso específico, as interpretações sistemáticas e teleológicas dos

Acesso ao Sumário

dispositivos constitucionais que tratam da matéria, bem como da Lei 9.636/98 e dos Decretos-leis 3.365/41 e 2.398/87 autorizam a exigência feita pelo oficial.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 3005788-66.2013.8.26.0590, da Comarca de São Vicente, em que é apelante JOSEFA MARQUES BORNIR, é apelado OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS, TÍTULOS E DOCUMENTOS E CIVIL DE PESSOA JURÍDICA DA COMARCA DE SÃO VICENTE.

ACORDAM, em Conselho Superior de Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "POR MAIORIA DE VOTOS, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. DECLARARÁ VOTO CONVERGENTE O DESEMBARGADOR EROS PICELI. VENCIDOS OS DESEMBARGADORES ARTUR MARQUES DA SILVA FILHO, QUE DECLARA VOTO, GERALDO FRANCISCO PINHEIRO FRANCO E RICARDO MAIR ANAFE.". Decisão em conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.168)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (PRESIDENTE), EROS PICELI, GUERRIERI REZENDE, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO e RICARDO ANAFE.

São Paulo, 28 de abril de 2015.

ELLIOT AKEL, Relator e Corregedor Geral da Justiça

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – DÚVIDA – ESCRITURA DE INSTITUIÇÃO DE USUFRUTO – NÃO ATENDIMENTO AOS ITENS 42 E 44 DO CAPÍTULO XIV DAS NSCGJ – COMANDOS TAXATIVOS E QUE NÃO ESTABELECEM EXCEÇÕES – IMPOSSIBILIDADE DO REGISTRO – RECURSO NÃO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de apelação interposta contra decisão que julgou procedente a dúvida e negou registro a uma escritura de instituição de usufruto sobre imóvel, pois no título não constou a cientificação do usufrutuário sobre a possibilidade de emissão de certidão negativa de débitos trabalhistas, conforme dispõem os

itens 42 e 44 do Capítulo XIV das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça (fls. 28/30).

Sustenta a recorrente, em suma, que a exigência é descabida porque as partes estão plenamente identificadas no título e não exercem atividade comercial, industrial ou de prestação de serviços (fls. 34/36).

A Procuradoria Geral de Justiça opina pelo não provimento do recurso (fls. 46/48).

É o relatório.

Estabelece o item 42 do Capítulo XIV das NSCGJ:

*42. O Tabelião de Notas **deve** cientificar as partes envolvidas de que é possível obter, nos termos do artigo 642-A da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas – CNDT, nas seguintes hipóteses:*

*a) **alienação ou oneração, a qualquer título, de bem imóvel ou direito a ele relativo;***

b) partilha de bens imóveis em razão de separação, divórcio ou união estável.

Tal item não prevê exceção, e apresenta comando ao tabelião. Foi inserido nas Normas de Serviço pelo Provimento CG nº 08 de março de 2012, em data anterior, portanto, à da lavratura da escritura, que é de setembro daquele ano.

Da mesma forma, o item 44 dispõe:

44. A escritura pública, salvo quando exigidos por lei outros requisitos, deve conter:

(...)

s) referência, quando for o caso, ao cumprimento do item 42 deste capítulo das NSCGJ;

A exigência atende à Recomendação nº 03/12 do Conselho Nacional de Justiça, no sentido de propiciar maior segurança jurídica às transações e criar instrumentos de garantia para os cidadãos, com maior transparência sobre a real situação jurídica dos alienantes.

O acolhimento dos argumentos da parte recorrente implicaria subjetivismo e análise casuística que as normas não preveem, visto serem taxativas e estabelecerem requisitos obrigatórios da escritura, sem exceção. Assim, agiu corretamente o Oficial, que, pelas normas, não tem discricionariedade para, caso a caso, decidir quando pode ou não pode deixar de observar o comando.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR

Acesso ao Sumário

(Voto nº 31.670)

Vistos.

O Oficial do Registro de Imóveis de São Vicente interpôs dúvida em relação ao registro de escritura de instituição de usufruto de imóvel, porque nela não constou que o tabelião cientificou a interessada sobre a possibilidade de emissão de certidão negativa de débitos trabalhistas.

A dúvida foi julgada procedente, fls. 28 a 30, porque o tabelião não cumpriu o disposto nas Normas de Serviço da Corregedoria Geral de Justiça, itens 42 e 44 do Capítulo XIV.

A apelação não pode ser acolhida, com todo o respeito pelo voto divergente do Desembargador Artur Marques.

É que a determinação das Normas obriga o tabelião a cientificar o interessado a respeito da possibilidade de obter-se a certidão negativa de débitos trabalhistas e, nos termos da lei 7.433, de 1985, art. 1º § 2º, a exigência era que o oficial consignasse na escritura a apresentação de pagamento do imposto de transmissão, certidões fiscais, feitos ajuizados e ônus reais.

Assim, a determinação dada pela Corregedoria ao tabelião possuía menor extensão do que a lei determinava. Se é certo que a lei 7.433 não está mais em vigor, revogada pela lei 13.097, de 2015, também o é a constatação de que, ao tempo da lavratura da escritura, aquela lei ainda vigorava.

Ao menos para conferir autoridade às Normas de Serviço da Corregedoria Geral de Justiça, não parece certo dispensar a exigência, até porque o interessado no ato foi beneficiado pela omissão do tabelião.

Do exposto, uma vez mais com todo o respeito, mantém-se a posição anterior para acompanhar o voto do relator.

EROS PICELI, Desembargador Vice-Presidente

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 30.539)

1. Nestes autos de dúvida, foi interposta apelação contra sentença dada pelo Juízo Corregedor Permanente do Ofício de Registro de Imóveis e Anexos da Comarca de São Vicente.

Essa decisão manteve a negativa de registro *stricto sensu* de um usufruto, pois, ao contrário do que já determinavam as Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça (NSCGJ), II, XIV, itens 42, *a*, e 44, *s*, o tabelião não fez constar, na escritura pública, a advertência de que as partes podiam obter a certidão negativa de débitos trabalhistas (CNDT) prevista no art. 642-A da Consolidação

Acesso ao Sumário

das Leis do Trabalho (CLT).

O apelante alegou que o art. 642-A da CLT não se destina aos casos em que as partes sejam pessoas naturais interessadas em constituir usufruto e que não exerçam nenhuma atividade comercial, industrial ou de prestação de serviços. Além disso, essa regra não impõe o dever de fazer constar, da escritura pública, a referência expressa à obtenção da certidão negativa. Logo, a exigência prevista nas NSCGJ extrapola o que determina a lei. Finalmente, as partes envolvidas declararam a sua responsabilidade pessoal e apresentaram certidões negativas, o que se sobrepõe à mera ciência dada pelo tabelião.

É o relatório.

2. Respeitado o entendimento do Desembargador Relator, a apelação deve ser provida.

Diz a Consolidação das Leis do Trabalho:

> Art. 642-A. É instituída a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT), expedida gratuita e eletronicamente, para comprovar a inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho.
>
> § 1º O interessado não obterá a certidão quando em seu nome constar:
>
> I – o inadimplemento de obrigações estabelecidas em sentença condenatória transitada em julgado proferida pela Justiça do Trabalho ou em acordos judiciais trabalhistas, inclusive no concernente aos recolhimentos previdenciários, a honorários, a custas, a emolumentos ou a recolhimentos determinados em lei; ou
>
> II – o inadimplemento de obrigações decorrentes de execução de acordos firmados perante o Ministério Público do Trabalho ou Comissão de Conciliação Prévia.
>
> § 2º Verificada a existência de débitos garantidos por penhora suficiente ou com exigibilidade suspensa, será expedida Certidão Positiva de Débitos Trabalhistas em nome do interessado com os mesmos efeitos da CNDT.
>
> § 3º A CNDT certificará a empresa em relação a todos os seus estabelecimentos, agências e filiais.
>
> § 4º O prazo de validade da CNDT é de 180 (cento e oitenta) dias, contado da data de sua emissão.

Como se vê, o dispositivo realmente não manda que os notários ou as partes constem ou façam constar, nas escrituras públicas ou nos instrumentos particulares, referência à sua obtenção ou à possibilidade de obtê-la. Tanto é assim, que o próprio Conselho Nacional de Justiça, mantendo-se nos limites da competência regulamentar, não mandou, mas apenas recomendou que os notários informassem às partes a possibilidade de obter a CNDT (cf. Recomendação 3, de 15 de março de 2012).

O dever de fazer constar essa menção foi criado pelas NSCGJ, II, XIV,

Acesso ao Sumário

segundo as quais:

> 42. O Tabelião de Notas deve cientificar as partes envolvidas de que é possível obter, nos termos do artigo 642-A da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas – CNDT, nas seguintes hipóteses:
>
> *a)* alienação ou oneração, a qualquer título, de bem imóvel ou direito a ele relativo;
>
> 44. A escritura pública, salvo quando exigidos por lei outros requisitos, deve conter:
>
> *s)* referência, quando for o caso, ao cumprimento do item 42 deste capítulo das NSCGJ.

Essa norma técnica é preceptiva, ou seja, tem de ser obrigatoriamente observada pelos tabeliães (Lei 8.935/1994, arts. 30, XIV, e 38).

Contudo, se é certo que esse dever de informação pode ser legitimamente imposto aos notários, por outro lado também está claro que não pode produzir efeitos em desfavor do público que procura os tabelionatos.

Como ensina Ricardo Dip (*A Natureza e os Limites das Normas Judiciárias do Serviço Extrajudicial*, São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 51-52), o poder normativo da E. Corregedoria Geral, no aspecto subjetivo, só se pode exercer diretamente sobre os notários e os registradores (*potestas in solos subditos directe exerceri potest*). Para além daí esse poder normativo não tem alcance, pois não serve como sucedâneo de lei para criar direitos ou deveres para os particulares (Constituição da República, art. 5º, II) nem para instituir requisito de validade ou de eficácia das escrituras públicas (Código Civil, art. 215, § 1º, *verbis* "Salvo quando exigidos por lei outros requisitos, a escritura pública deve conter...").

Portanto, a omissão da referência à CNDT na escritura pública em nada prejudica o negócio jurídico e de seu instrumento e, afastado o óbice levantado pelo oficial, o registro *stricto sensu* tem de ser deferido, tal como rogado.

3. Ante o exposto, **dou provimento ao recurso de apelação.**

ARTUR MARQUES DA SILVA FILHO, Desembargador Presidente da Seção de Direito Privado

Acesso ao Sumário

NOTICIÁRIO

ARTUR MARQUES DA SILVA FILHO (Presidente da Seção de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo)

Discurso de homenagem proferido em nome do Tribunal de Justiça, por ocasião da Designação do nome do Desembargador José Luis Palma Bisson ao Auditório do Gade 23 de Maio (Solenidade realizada em 31.03.2015).

Exmo. Sr. Dr. José Renato Nalini, DD. Presidente do e. Tribunal de Justiça, na pessoa de quem peço vênia para saudar todos os e. Desembargadores, Juízes de Direito, Promotores de Justiça, Defensores Públicos, Advogados, Funcionários e Estagiários;

Dra. Regina Celia Baraldi Bisson, em quem saúdo todos os familiares e amigos presentes;

Senhoras e Senhores:

Fico honrado em poder tratar de nosso querido Desembargador JOSÉ LUÍS PALMA BISSON, a quem hoje dedicamos o nosso auditório.

Peço licença para iniciar recordando o extenso currículo de serviços que BISSON (como nós o chamávamos) prestou à paz social, seja como brilhante advogado, seja como juiz comprometido em bem julgar.

France Farago, em sua obra "La Justice" afirma que "as regras positivas e os recursos não guiam o juiz na busca da solução justa". Essa lição aplica-se, por inteiro, ao nosso homenageado.

BISSON empenhava toda a sua cultura humanística e jurídica para encontrar a solução justa. Não hesitava nem se acanhava. Tinha altivez ao mesmo tempo em que demonstrava sabedoria e humildade. Como disse Kierkegaard, revelava quase sempre a "angústia que acompanha o possível" quando, com coragem e transparência, proferia seus eruditos votos, verdadeiras lições públicas de Direito. Mestre de justiça, sabia discorrer com forte emoção, mas debatia sem elevar a voz. Como Ricoeur, situava "o justo entre o legal e o bom", e referia que o "lugar da justiça encontra-se marcado pelo vazio, como se fizesse parte do conjunto das alternativas que uma sociedade opõe à violência e que ao mesmo tempo definem um Estado de Direito".

Segundo a imagem simbólica de equilíbrio representada pela balança da justiça, julgar significa pesar. É também delimitar as pretensões das partes, apreciar, pôr fim à incerteza, resolvendo o conflito. BISSON, hábil com a linguagem e com a verdadeira retórica (aquela plasmada por princípios morais) era candente ao distinguir o justo do injusto, ou seja, ao permitir a transição de uma justiça formalmente normativa, pelo viés processual, para um julgamento mais individualizado, atribuindo a cada um sua justa

Acesso ao Sumário

parte.

Os acórdãos por ele relatados demonstram com perfeição a busca incessante da melhor decisão possível. Creio que visava humanizar a lei quando elaborava seus votos e que pensava a aplicação de uma regra levando em conta a situação subjetiva das partes, fazendo, desse modo, prevalecer o justo sobre a regra. Tinha a exata noção de que o Tribunal é de Justiça, e não de Direito. Recorria muito à sua fértil imaginação para tentar sair de um impasse jurídico, e o julgamento justo - ele tinha consciência disso - pressupõe certa criatividade. A propósito, Aristóteles, na sua Retórica, já dizia que "há uma justiça e uma injustiça da qual todos os homens têm como que uma adivinhação e da qual o sentimento lhes é natural e comum".

Tudo que acabo de relembrar pode ser resumido em um trecho do voto de marceneiro para o filho de marceneiro, que ganhou repercussão nacional. Nessa decisão, BISSON asseverou:

"Que sorte a sua, menino, depois do azar de perder o pai e ter sido vitimado por um filho de coração duro – ou sem ele – com o indeferimento da gratuidade que você perseguia. Um dedo de sorte, apenas, é verdade, mas de sorte rara, que a loteria do Distribuidor, perversa por natureza, não costuma proporcionar. Fez caber a mim, filho de marceneiro como você, a missão de reavaliar a sua fortuna".

De certo modo, ao conceder a gratuidade judicial, revertendo a decisão monocrática, lembrou-se de que era filho e marceneiro, tal qual o beneficiado. A plaina, ferramenta utilizada para nivelar peças de madeira, ficava à mostra na sua mesa de trabalho. Lembrava-se de que ajudava seu pai na marcenaria, em Sertãozinho, onde nasceu e obteve as primeiras lições. De seus dignos pais, Ricardo e Ivonne, recebeu muito amor e a melhor educação, repleta de princípios morais e éticos. BISSON sempre cultuou seus entes queridos, e, ao enaltecê-los, lembrava-se de certos fatos relacionados à sua formação moral, cultural e cívica.

BISSON passou a infância e adolescência na bucólica Sertãozinho, onde conviveu com seus amigos nos arredores da antiga estação de trem da Companhia Mogiana. Seus pais desejavam que ele estudasse medicina. Por opção, e aprovado no vestibular, veio para a Faculdade de Direito da USP, no Largo de São Francisco, onde colou grau em 1979. Disse-me, em certa ocasião, que conhecera sua esposa, Regina, na fila de matrícula da Faculdade.

Acesso ao Sumário

BISSON e a doutora Regina casaram-se e viveram "muito juntos nos vinte e três anos de namoro recém-completados, nele incluídos vinte e um de casamento", como ele próprio afirmou em seu discurso de posse, no extinto 2º TAC, em 13 de junho de 2000.

Conheci BISSON no início de sua carreira de advogado, quando judiquei na Comarca de Jundiaí, nos idos de 1983. E, por uma feliz coincidência do destino, desde 2000, BISSON e eu participávamos do mesmo grupo de câmaras, e assim permanecemos até outubro do ano passado. Seu gabinete, neste prédio, ficava bem acima do meu. Conversávamos frequentemente, quando saíamos do almoço, ou nos dirigíamos às sessões do Grupo ou do Órgão Especial. Falávamos sobre tudo, desde questões jurídicas

até preferências alimentares. Sempre revelava seu lado interiorano e de seu pragmatismo em viver. Tinha acentuado senso ético, fidalguia, generosidade e muita compreensão. Na longa convivência que tivemos nunca o vi perder a calma.

Era um admirador do interior e de sua culinária, e de doces caipiras. E, como bom "gourmet", durante longo tempo foi incumbido de administrar nosso refeitório.

Frequentava a sede social da APAMAGIS. Sempre se reportava ao ambiente agradável. Ia com a doutora Regina e dizia que o seu sogro apreciava muito as refeições lá servidas. Referia-se aos encontros com os colegas e amigos de forma carinhosa.

Era um típico interiorano, divertido. De vez em quando eu o encontrava no Mercadão, do Vianello, em Jundiaí. Ele residia no condomínio Capital Ville e, por vezes, viemos juntos no mesmo carro. BISSON gostava de parar no primeiro posto da Rodovia dos Bandeirantes, onde comíamos alguns salgadinhos. Ela fazia compras e, se minha memória não falha, chegava até a falar que ali era servida a "melhor broa".

BISSON era detalhista nas suas descrições e muito preciso. Certa vez comentei que viajaria para Buenos Aires. Ele explicou-me as várias atrações citadinas e, de forma minudente, recomendou um "boteco" na Feira de San Telmo. Dizia ele: "não é um lugar chique, mas são deliciosos os salgadinhos lá preparados". Estes assuntos, viagens, locais diferentes, sobretudo da Itália – país de origem de seus ascendentes –, e da sua culinária, eram sua especialidade.

BISSON mantinha discrição absoluta. Por ser um homem sem fel, nunca guardava rancor de ninguém. Orgulhava-se de suas origens, de seus amigos, de sua Faculdade, das pessoas que conhecia no interior quando realizava palestras e conferências. Era de imensas bondade e paciência, e muito franco nas suas convicções.

Como advogado, brilhou, e sua integridade foi por todos reconhecida. Era um profissional de sucesso e no ápice de sua carreira ingressou na Magistratura, e fez dela, com arte e devoção, a sua própria vida.

Aqui encerro. Quando consagrou o primeiro templo de Jerusalém, Salomão suplicou ao Senhor que, naquele lugar, mostrasse a todos o bom caminho que devessem seguir (1 Rs 8, 36). Hoje, na dedicação deste auditório, o Tribunal de Justiça de São Paulo faz voto semelhante. Dra. Regina, agradecemos à senhora e a todos os familiares o empréstimo do nome do Desembargador José Luís Palma BISSON, nome que será, de ora por diante, para todos os que aqui ingressarem, memória e exemplo de retidão e justiça na advocacia e na magistratura.

Muito obrigado.

Acesso ao Sumário

ANTONIO RICARDO PALMA BISSON (Irmão do Desembargador José Luis Palma Bisson)

Mensagem de agradecimento, por ocasião da Designação do nome do Desembargador José Luis Palma Bisson ao Auditório do Gade 23 de Maio (Solenidade realizada em 31.03.2015).

Quando meu irmão saiu de Sertãozinho para estudar em São Paulo, todos diziam que ele se tornaria um Diplomata; menino estudioso, focado, esforçado... Saiu do Largo de São Francisco advogado atuante e batalhador e, depois de vinte anos, entra para a magistratura paulista através do quinto constitucional.

O Desembargador Palma Bisson, a meu ver, foi um sacerdote do Direito, um crente inveterado da Justiça e que contribuiu com sua atuação humanista para a propagação destes ideais.

Com esta homenagem, o TJSP reconhece não somente a sua importância no âmbito do Direito, mas também o seu legado de intransigência frente aos seus princípios de ética e lealdade.

Agora, o auditório do Gade 23 de Maio vai ter o nome do filho do marceneiro.

Nossos agradecimentos a todos os membros deste tribunal, na pessoa do seu presidente, desembargador José Renato Nalini.

Muito obrigado.

Antonio Ricardo Palma Bisson, Ana Maria e Ana Carolina.

HAMILTON ELLIOT AKEL (Corregedor Geral da Justiça)

Discurso em nome do Tribunal de Justiça por ocasião da posse dos novos Desembargadores José Roberto Furquim Cabella, Cláudio Luiz Bueno de Godoy e César Luiz de Almeida (Solenidade realizada em 06.05.2015).

Repete-se o rito solene da renovação. Três novos Desembargadores são entronizados neste Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ocupando os assentos deixados vagos em virtude da aposentadoria de outros tantos, que se afastaram do nosso convívio pela aposentadoria, voluntária ou compulsória.

Novas cabeças, novas visões da vida, do mundo e do Direito, novos sentimentos, novas vivências e novas emoções.

Acesso ao Sumário

Tudo deve caminhar para a frente, e assim também a nossa vida na Corte. Se de um lado o magistrado que se afasta acumulou uma rica experiência, colocada a serviço do Judiciário, de outro lado talvez não tenha o mesmo ímpeto, o mesmo vigor físico de antes para enfrentar a avalanche de processos que desabam diariamente sobre nossas cabeças.

Não sei se hoje sou melhor ou pior do que há cinco, dez, ou há quarenta e dois anos atrás, quando neste mesmo salão tomei posse como Juiz Substituto. Vi muitas coisas, vivi muitas coisas, muitas coisas senti. Seguramente não sou hoje o mesmo juiz de antes, a não ser num ponto: na minha inabalável crença no primordial papel do Judiciário como instrumento de pacificação social.

Há poucos dias atrás, nosso Vice Presidente Desembargador Eros Picelli, neste mesmo salão, numa solenidade de posse semelhante a esta, afirmou, com a sabedoria que lhe é peculiar, a necessidade de apresentarmos uma agenda positiva para o Judiciário Paulista, de mostrarmos nossa outra face, que muitas vezes é simplesmente ignorada.

Não somos apenas um Tribunal grande, somos um grande Tribunal. E o Tribunal de Justiça de São Paulo não é apenas um conjunto de 360 desembargadores, mas também de seus mais de 2.000 juízes de primeiro grau e de seus 45.000 funcionários.

No desempenho do cargo e da função de Corregedor Geral da Justiça, venho percorrendo os quatro cantos do Estado. O que tenho encontrado é uma plêiade de magistrados, alguns muito jovens, mas em sua imensa maioria bem preparada e extremamente dedicada ao sublime mister de julgar com independência e com o equilíbrio que denota bom-senso, qualidade essencial do Juiz. Eventuais desvios de conduta são raros, raríssimos.

Sou testemunha também do esforço de nossos funcionários, desde o mais humilde ao mais categorizado, no enfrentamento dos problemas próprios de uma máquina dessa dimensão.

Por isso, digo sempre, aos quatro ventos, dentro e fora de nosso meio, e repito: tenho orgulho imenso de meu Tribunal.

Os Desembargadores que hoje tomam posse são todos magistrados experientes e todos já vinham atuando, como Juízes Substitutos de 2° Grau, junto no nosso Tribunal.

O Desembargador César Luiz de Almeida, filho de Izidoro Luiz de Almeida e de Dona Irene de Oliveira Almeida, ingressou na carreira em janeiro de 1989, mais de 26 anos atrás. Judicou nas Comarcas de São José dos Campos, Guararapes, Votuporanga e na Capital, no Foro Regional de São Miguel Paulista. Removido a Juiz Substituto de 2° Grau, aqui atuou junto à 8ª Câmara de Direito Privado.

O Desembargador Cláudio Luiz Bueno de Godoy, filho de Carlos Aloysio Cabellas de Godoy e de dona Maria Luiza Bueno de Godoy, também ingressou na magistratura em janeiro de 1989. Exerceu a judicatura nas comarcas de Osasco, Juquiá, Penápolis e Capital. Juiz Assessor da Presidência, foi removido para o cargo de Juiz

Substituto em 2° Grau, exercendo essa função junto à 1ª Câmara de Direito Privado. Para meu gáudio, assumiu minha cadeira, em substituição, quando de minha eleição, e promovido a Desembargador, em razão de permuta que realizamos, sucedeu-me na mesma cadeira.

O Desembargador José Roberto Furquim Cabella, filho de Dante Bastos Cabella e de dona Lázara Furquim Cabella, ingressou na magistratura em maio de 1987, tendo judicado em Catanduva, Valparaiso, Espírito Santo do Pinhal e Capital. Como Juiz Substituto em 2° Grau, atuou junto à 17ª Câmara de Direito Público. Foi Juiz Auxiliar da Presidência da Seção de Direito Público e Chefe de Gabinete da Corregedoria Geral da Justiça na gestão do Corregedor Ruy Pereira Camilo.

Todos os empossandos ostentam excepcional currículo. O Des. Cláudio Godoy é Mestre, Doutor e Livre-Docente de Direito Civil pela Universidade de São Paulo. Professor e palestrante de renome nacional, é autor de dezenas de livros e capítulos de livros, que servem como fonte permanente de consulta.

Embora exercendo magistério superior, jamais colocaram a atividade acadêmica em patamar superior do de sua atuação jurisdicional.

Nenhuma exortação tenho a fazer a Vossas Excelências, que dela não necessitam. Permitam-me, contudo, valendo-me da liberdade que a idade provecta me dá, que eu lhes trace o perfil daquele que, para mim, é o juiz ideal.

O juiz ideal com que sonho é aquele que não se deixa deslumbrar com a pompa do cargo. Discreto, não busca a popularidade fácil. Deseja ardentemente, contudo, que suas decisões sejam consideradas justas. Dirige, seu discurso, não à mídia, mas ao assim chamado "auditório universal ", a que pretende convencer que embora sua decisão seja uma entre as várias possibilidades, é adequada e equânime. Sabe que quem dá a última palavra não é aquele que fala por último, mas aquele que é ponderado, e por isso respeitado.

Juiz com que sonho não deixa que sua atuação seja determinada pela opinião pública, mas a respeita, porque sabe que decide não para si, mas para a sociedade que o investiu do poder judicial. Assim, leva em conta, ao proferir suas decisões, os valores preponderantes na sociedade em que vive. Tem consciência de que se é certo que a decisão judicial não representa o resultado necessário de um silogismo, de outro lado não pode ser a expressão de um sentimento individualista de justiça.

O juiz com que sonho não deixa de estudar um dia sequer. A escolha da função foi determinada por sua vocação e quem é realmente vocacionado, como o são os desembargadores hoje empossados, arrosta com bravura as dificuldades que diante dele aparecem.

O juiz com que sonho não se deixa abater pelas críticas dirigidas à instituição, na maior parte das vezes injustas, e iníquas quando generalizantes. Responde-as com altivez e equilíbrio, e enfrenta qualquer insuficiência de recursos com reivindicações justas e com trabalho redobrado.

O juiz ideal com que sonho respeita seus colegas, tanto os que hoje dão os passos iniciais na carreira quanto os que já a percorreram ao longo de várias décadas e agora se aproximam de seu epílogo. Respeita também os demais atores do processo, membros do Ministério Público, Advogados, Defensores Públicos e funcionários, tratando-os todos com a máxima urbanidade. É cordial. Respeita as partes, que dele esperam uma decisão justa e rápida (o que nem sempre é possível, porque o tempo do Judiciário - em todo o mundo - não é o mesmo tempo das partes).

Meus colegas, meus amigos:

Inevitavelmente, nestas ocasiões, afirma se que os novos Desembargadores atingem o ponto mais alto da carreira em momento particularmente grave para a instituição. Dizendo isso hoje, não estou, creiam, caindo no lugar-comum.

O Judiciário sofre ataques de todos os lados justamente porque tenta, a todo custo, e apesar de todas as dificuldades, manter sua independência, que é condição para sua existência como poder.

Numa situação dessas, o momento é de união e de muito trabalho. Temos um Judiciário paulista coeso, em que todos podem expressar livremente suas opiniões, mas que no momento certo, cerram fileiras na defesa da instituição. E sabem que defender o Judiciário forte e independente é defender o estado de direito e os direitos dos cidadãos.

Chego ao fim desta oração de pouco brilho. Não sem antes parabenizar todos os familiares dos empossados, que vivem um momento de muita emoção e orgulho.

Parabéns, dona Jenaocy, esposa, Daniela, Juliana e Leonardo, filhos do Desembargador Cesar Luiz de Almeida.

Parabéns à esposa Camila e aos filhos Luis Henrique, Luis Gustavo e Luis Fernando, do Desembargador Cláudio Luiz Bueno de Godoy.

Parabéns à esposa Rita Helena e aos filhos Renata e Breno, do Desembargador José Roberto Furquim Cabella.

Regozijem-se com mais essa vitória, que é também de todos vocês.

Parabéns, colegas. Sejam benvindos. O Tribunal os recebe de braços abertos e com a certeza de que todos são os juízes ideais a que me referi.

Sejam felizes".

JOSÉ ROBERTO FURQUIM CABELLA (Desembargador)

Discurso por ocasião de sua posse como Desembargador do Tribunal de Justiça (Solenidade realizada em 06.05.2015).

Excelentíssimo Senhor Desembargador José Renato Nalini, digníssimo Presidente deste Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo. Excelentíssimo Senhor Desembargador Eros Piceli, Vice-Presidente do Tribunal de Justiça. Excelentíssimo Senhor Desembargador Hamilton Elliot Akel, Corregedor Geral da Justiça. Excelentíssimo Senhor Desembargador Artur Marques da Silva Filho, Presidente da Seção de Direito Privado do Tribunal de Justiça. Excelentíssimo Senhor Desembargador Ricardo Mair Anafe, Presidente da Seção de Direito Público do Tribunal de Justiça, meu amigo pessoal. Excelentíssimo Senhor Desembargador Geraldo Francisco Pinheiro Franco, Presidente da Seção de Direito Criminal. Demais autoridades presentes, membros do Ministério Público, meus senhores e minhas senhoras.

Em algumas cerimônias de posse de Desembargadores que assisti anteriormente, percebi que, via de regra, os empossandos falavam de suas carreiras, agradecendo as pessoas que os haviam ajudado, o que – ressalte- se – é muito justo. Todavia, como não existe uma orientação firmada a esse respeito, vou pedir permissão para eventualmente quebrar o protocolo. Não vou falar nada a meu respeito. Não me sinto à vontade para tanto. Na verdade a única coisa que me sinto autorizado a dizer, quanto a isso, é que nada mais fiz do que procurar cumprir com a minha obrigação, realizando o trabalho para o qual sou pago, fazendo-o da melhor forma possível, dentro de minhas limitações.

Por isso, nessa oportunidade, optei por falar alguma coisa a respeito do que a magistratura me legou e me ensinou. Não em termos materiais ou intelectuais, é claro, mas em termos espirituais.

Em primeiro lugar, exercendo a função judicante, pude conhecer melhor as mazelas das pessoas, o que sem dúvida contribuiu para aumentar a minha sensibilidade para as questões sociais. Durante todo o tempo em que atuei na 2ª Vara da Fazenda Pública, incomodava-me sobremaneira as ações de reintegração de posse em terrenos da COHAB. Eram famílias sendo desalojadas, muitas delas com seus filhos pequenos, animais de estimação e seus poucos móveis, muitas vezes destruídos na desocupação. Na Vara da Infância e Juventude do Ipiranga, onde atuei por pouco tempo, vivenciei a situação de uma menina de aproximadamente treze anos que, praticamente cega de um olho, por problema de nascença, perdeu a outra vista ao ser surrada com a fivela do cinto pelo companheiro de sua mãe. Essa menina não estava em idade propícia para adoção e nem em idade de fácil colocação em abrigo de menores. Em Vara de Família conheci a situação de Dona Maria que tendo sido despedida da colheita de laranjas, por não conseguir encher o número de caixas exigidas, dedicada, a partir daí, a serviços esporádicos de faxina, outra alternativa não lhe restou que não fosse ingressar contra o ex-marido com pedido de alimentos, não para ela, mas para as duas filhas que estavam, segundo ela, virando "mocinhas". Pedia ela um valor irrisório, apenas para que pudesse comprar algumas coisas de farmácia que estavam se fazendo necessárias e, para que, aos domingos, passeando com as meninas no parque, pudesse comprar algodão doce, ou para que pudesse levá-las para comer esfihas no Habibs's. Dona Maria, a partir daí, entrou em minha folha de pagamento.

Acesso ao Sumário

Passei a refletir, então, a respeito das causas dos problemas que afligem as sociedades de um modo geral e, sem ter a pretensão de fazer qualquer tratado a respeito, percebi que a raiz de tudo talvez esteja na ganância. O homem quer sempre mais, ainda que isto custe a miséria alheia. Como constatou Epicuro no século IV a.C. "nada é bastante para quem considera pouco o que é suficiente". Se as pessoas mais gananciosas pudessem se apropriar do ar, de mais ar do que conseguem respirar, é certo que por falta deste bem, muitas outras pessoas menos gananciosas, estariam morrendo de embolia pulmonar. Felizmente o ar, diferentemente da terra e das riquezas não é um bem apropriável.

Aí me pergunto, o que Deus quer de nós diante de tanto sufoco?

Fez ele o mundo desse jeito? Fez não.

Esta lá na primeira página da Bíblia, no Gênesis, que Deus nos criou para viver num jardim. Tem coisa melhor do que um jardim? Quem não sonha em ter casa com pomar, flores, frutos, pássaros e uma queda d'água. A terra sem males. Então por que tanta injustiça? A resposta é simples. Cabe a nós a culpa. Nós é que estragamos o jardim, pisamos a grama, esmagamos as flores, matamos os animais, às vezes por puro esporte aprisionamos os pássaros, contaminamos a água. Fomos nós que mordemos a maçã do conhecimento e não digerimos que não somos deuses, não podemos tudo. Fomos criados para amar, conviver e repartir e, no entanto, quebramos o pacto de Deus conosco. Ora, se arruinamos o projeto do Paraíso, devemos reconstruí-lo. Deus é pai, mas não paternalista. Não interfere no movimento histórico. Já o fez uma derradeira vez, de baixo para cima, em Jesus de Nazaré, que nos indicou a senda libertadora. Agora é por nossa conta.

Ao lado da ganância, a que acabei de me referir, outro mal que aflige as sociedades é o seu primo irmão, o egoísmo. É impressionante o quanto o nosso coração está endurecido, voltado apenas para os nossos próprios interesses. Passando pelas ruas da cidade, vemos, diariamente, a miséria alheia e é impressionante que isso nos incomoda menos do que uma dor de dente. Ora, alguma coisa de muito errada está acontecendo conosco, com a sociedade.

Aliada ao egoísmo encontramos a sua irmã, a vaidade. Para os vaidosos a aparência passa a ter significado proeminente. As pessoas julgam e são julgadas não pelo que são, mas pelo que aparentam ter. Isso é muito louco. É como o cavalo apreciado pela beleza do arreio. O produto passa a merecer mais valor que a pessoa, e esta se sente socialmente valorizada na medida em que ostenta a posse do produto. Vejam que o ideal dos pobres é a ilusão burguesa.

E, por fim, talvez, o mal maior. A intolerância, mãe da ganância, tia avó do egoísmo e da vaidade.

A intolerância é a causa das guerras e dos conflitos. Os intolerantes não conseguem admitir diferenças e menos ainda conviver com elas. Foi o que aconteceu entre mouros e cristãos, caras pálidas e peles vermelhas, brancos e negros, católicos e protestantes. É o que acontece, ainda hoje, entre árabes e judeus, cristãos e muçulmanos,

capitalistas e comunistas.

A questão é tão relevante que Voltaire, em seu "tratado sobre a tolerância", em forma de oração escreveu: "Não é aos homens que me dirijo. É a você, Deus de todos os seres, de todos os mundos e de todos os tempos: que os erros agarrados à nossa natureza não sejam motivo de nossas calamidades. Você não nos deu coração para nos odiarmos, nem mãos para nos enforcarmos. Faça com que nos ajudemos mutuamente a suportar o fardo de uma vida penosa e passageira. Que as pequenas diferenças entre as vestimentas que cobrem nossos corpos, entre nossos costumes ridículos, entre nossas leis imperfeitas e nossas opiniões insensatas, não sejam sinais de ódio e perseguição. Que aqueles que acendem velas em pleno dia para Te celebrar, suportem os que se contentam com a luz do sol. Que os que cobrem suas roupas com um manto branco para dizer que é preciso Te amar, não detestem os que dizem a mesma coisa sob um manto negro. Que aqueles que dominam uma pequena parte desse mundo, e que possuem algum dinheiro, desfrutem sem orgulho do que chamam poder e riqueza e que os outros não os vejam com inveja, mesmo porque Você sabe que não há nessas vaidades, nem o que invejar, nem do que se orgulhar. Que eles tenham horror à tirania exercida sobre as almas, como também execrem os que exploram a força do trabalho."

Nesse mesmo passo, Mahatma Gandhi escreveu: "a lei de ouro do comportamento é a tolerância mútua, já que nunca pensaremos todos da mesma maneira, já que nunca veremos senão uma parte da verdade e sob ângulos diversos."

E não pensem que estou aqui me colocando como dono da verdade. As qualidades que devem se contrapor aos defeitos mencionados não vêm de berço, senão em pequena medida. No essencial, elas, as qualidades, devem ser cultivadas e praticadas e eu, consciente disso, tenho procurado me policiar a esse respeito, fazendo questão de ser exatamente diferente de pessoas que vejo agir com ganância, com egoísmo, com vaidade e com intolerância.

Como já me referi, desde o início, este pronunciamento é singelo e não tem outro objetivo que não seja expor, sinteticamente, o que a função judicante me ensinou e me fez ver, ou seja: que a justiça não faz sentido se não puder ser um instrumento de transformação social. Não vou me estender mais e peço apenas que aqueles que não concordam com uma palavra do que eu disse, sejam, ao menos, tolerantes comigo.

Incumbe-me, para encerrar, fazer alguns agradecimentos especiais.

Fundamentalmente agradeço a Deus, que não sei por que razão gosta de mim. Ele me tem dado muito mais do que eu esperava, mais do que eu sonhava e muito mais do que eu mereço.

Agradeço ao Dr. Ricardo Monte Serrat, que conforme eu afirmei por ocasião da minha posse administrativa, depois de formado, quando as portas da advocacia se abriram para mim, me convenceu a optar pela magistratura.

Agradeço a presença do Dr. José Maria da Costa e de sua esposa Rita. José Maria é meu padrinho de casamento, fomos colegas de escritório, de pós-graduação, de estudo

Acesso ao Sumário

e de ingresso na magistratura, oportunidade em que ele foi aprovado em primeiro lugar.

Agradeço a presença do Dr. Reinaldo de Oliveira Rocha e de sua esposa Verinha. Reinaldo é advogado bem sucedido, com escritório em Ribeirão Preto. É meu amigo de infância e compadre já que é padrinho de casamento do meu filho Brenno.

Agradeço a presença da minha sogra, Dona Alda, em nome de quem presto homenagem ao meu sogro Clodomiro, já falecido.

Agradeço a presença do meu irmão Marco Antônio, o gênio louco da família, em nome de quem eu presto homenagem aos meus pais, também falecidos.

Agradeço a presença dos meus cunhados Clodomiro Júnior e sua esposa Joana D'Arc, José Longuinhos e sua esposa Regina Maura, em nome de quem presto homenagem aos amigos ausentes, inclusive meu filho Brenno Caetano e minha nora Daniela Monte Serrat Cabella que estão em Cambridge, na Inglaterra, para onde o Brenno, que é físico-médico, foi na condição de pesquisador da Universidade.

Agradeço a presença do meu amigo Antônio Fernando Morandini e sua esposa. Morandini, conhecido como baiano, é antigo companheiro de tênis. Jogamos interclubes, campeonatos brasileiros e, defendendo Ribeirão Preto, fomos vice-campeões dos Jogos Abertos do Interior. Perdemos a final para Bauru, equipe que contava com Julio Goes, Celso Sacomandi e companhia. Baiano, que jogou tênis universitário americano possui, seguramente, um dos mais belos estilos no tênis.

Agradeço a minha esposa Rita Helena e a minha filha Renata Carolina pela companhia e apoio permanente. Vocês são meus alicerces.

Agradeço ao Seixas, sua filha Flávia e ao esposo e, em nome deles agradeço a presença dos demais convidados.

Finalmente agradeço a todos os colegas presentes que por razões óbvias não poderei nomeá-los.

CLÁUDIO LUIZ BUENO DE GODOY (Desembargador)

Discurso por ocasião de sua posse como Desembargador do Tribunal de Justiça (Solenidade realizada em 06.05.2015).

Senhor Presidente:

Em momento tão importante, pensei no que sena importante dizer. E acabei concluindo que, para mim, o mais importante seria agradecer. Agradecer a todos e tantos que fizeram parte da trajetória que me trouxe a este Tribunal de Justiça.

Ao Des. Elliot Akel, agradeço suas palavras, fruto de antiga amizade que nos une, desde quando, vinte e seis anos passados, e ainda pouco depois de ter ingressado na Magistratura, iniciava a docência e, com S. Excelência, já Juiz de Alçada, dividia prazerosamente o percurso da Pça João Mendes à Faculdade de Direito de Osasco. Depois, e além dele, por cujas mãos tive a ventura de, como Juiz convocado, já em 2010, trabalhar na 1ª Câmara de Direito Privado, onde permaneci como Juiz Substituto em 2° Grau e, agora, como membro efetivo, por permuta que me concedeu S. Exa, devo agradecer aos demais Colegas que a integravam na ocasião, os Ilustres Desembargadores De Santi Ribeiro, Luiz Antônio de Godoy, Paulo Eduardo Razuk e Rui Cascaldi. Receberam-me com singular gentileza, com particular amizade, tornando muito fácil a adaptação - real aprendizado - à judicatura de segundo grau. Cumprimento ainda a Des. Cristine Santini, o Des. Francisco Loureiro e o Des. Alcides Leopoldo e Silva, antigos companheiros, que vieram e hoje compõem a 1ª Câmara.

No último ano, tive igualmente o prazer de trabalhar na 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, por isso que também incumbindo agradecer a acolhida do mesmo modo atenciosa dos Desembargadores Manoel Pereira Calças, Ênio Zuliani, Maia da Cunha, Teixeira Leite, Francisco Loureiro e Fortes Barbosa.

Os servidores com quem trabalhei, Senhor Presidente, devo reconhecer que foram sempre parceiros em tarefa comum de prestar serviço público. Agradeço-lhes, agradecendo a valiosa colaboração da equipe de meu gabinete, que tanto me auxilia. Que me suporta, talvez deva dizer.

E, Senhor Presidente, se hoje se cristaliza uma história vivida no Direito, não posso deixar de agradecer a quem dela faz parte desde os bancos da Faculdade do Largo São Francisco. São mais de trinta anos. E, para além da nossa Faculdade de Direito, tornaram-se irmãos por escolha, queridos amigos de tantos anos, que me viram, como eu os vi, mais do que se graduar, porém, antes e verdadeiramente se formar, na mais completa acepção da expressão.

Também a amigos mais recentes, mas não muito, devo agradecer. Senhor Presidente, se não são trinta, são vinte anos de alegre convívio semanal. Numa soma aproximada, são novecentos e sessenta sábados de futebol. Cada vez mais lento, é preciso admitir... A todos estes, e a todos os meus Amigos, vai então o meu agradecimento. São para mim um pouco do que eu mesmo sou.

Finalmente, Senhor Presidente, um agradecimento, agora, por tudo que penso ser. Portanto, um agradecimento a toda minha Família aqui presente. Mas, particularmente, preciso agradecer a meus pais. E não é fácil fazê-lo em poucas palavras. Digo apenas que me ensinaram pelo exemplo.

Também devo agradecer muito especialmente a meus três filhos e à minha mulher. E, na única síntese possível: são a razão maior de minha alegria.

Creio, Senhor Presidente, que um caminho percorrido como este que me traz a este Tribunal é um caminho de muitos que caminham juntos. Por isso que, a todos, agradeço muitíssimo.

Como creio também, Senhor Presidente, que este Tribunal a que hoje ascendo seja uma reunião de muitos. Um pouco de todos os que chegam. E muito de vários que por ele passaram. Daí acudir me hoje, quando aqui chego, a lembrança de tantos que aqui legaram sua marca; uma marca que não se perde; Magistrados que, verdadeiramente, moldaram a alma desta Corte secular. Tantos que conheci, alguns com quem trabalhei, e todos com quem tanto aprendi. Deixaram suas cadeiras, mas não deixaram este Tribunal. Queria nominá-los, Senhor Presidente. Mas não terei tempo de fazê-lo. O certo, porém, é que são ainda o que o Tribunal é; serão sempre o Tribunal, numa passagem constante aos que chegam e que passarão aos que vêm a essência do que esta Corte representa em todo o tempo. A eles Senhor Presidente, a minha homenagem e o meu profundo respeito. E que estendo a todos os Colegas mais recentes que hoje me honram também com sua presença; e que honram a Magistratura do Estado.

Só me resta, portanto, Senhor Presidente, renovar com profunda satisfação - e plena realização - o que tive já ocasião de dizer quando de minha promoção: tenho muito orgulho de integrar este Tribunal, como tive sempre muito orgulho de integrar a 1ª Instância, porque tenho muito orgulho de ser um Juiz de São Paulo. Muito obrigado a todos.

CÉSAR LUIZ DE ALMEIDA (Desembargador)

Discurso por ocasião de sua posse como Desembargador do Tribunal de Justiça (Solenidade realizada em 06.05.2015).

EXMO. SR. PRESIDENTE DESTE EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO,

DESEMBARGADOR JOSÉ RENATO NALINI

NA PESSOA DE QUEM CUMPRIMENTO OS EMINENTES DESEMBARGADORES INTEGRANTES DO COLENDO CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTATURA E AOS DEMAIS DESEMBARGADORES E AURORIDADES PRESENTES SENHORAS E SENHORES

SENHOR PRESIDENTE:

I - De início, peço licença para lançar sincero agradecimento aos meus familiares que propiciaram a minha educação e formação permitindo a realização do desejo de ingressar na Magistratura Bandeirante e hoje poder tomar posse do elevado cargo de Desembargador do maior Tribunal de Justiça da América Latina;

Agradeço aos que me auxiliaram muito e já se foram para o plano espiritual, primeiramente ao meu saudoso pai ISISDORO LUIZ DE ALMEIDA e ao meu

Noticiário
Acesso ao Sumário

querido irmão ISIDORO LUIZ DE ALMEIDA JUNIOR. O meu pai exemplificou o que é ser trabalhador e honesto, enquanto o meu irmão, de igual forma, e como advogado que era, me lançou no mundo jurídico fazendo despertar em minha alma o sonho que se realizou de integrar a magistratura do Estado de São Paulo;

- Da mesma maneira quero agradecer à minha adorável mãezinha que hoje não pode estar fisicamente presente em razão da idade avançada e recente cirurgia. Ela, a Senhora IRENE DE OLIVEIRA ALMEIDA que sempre me incentivou a estudar e trabalhar para realizar cada uma dos desejos. Obrigado mãe, devo tudo à Senhora;

- No mesmo diapasão, deixo consignado a minha eterna gratidão à operosa e amável esposa JENAOCY GLORIA DE ALMEIDA, que completou a minha existência e sem quem não conseguiria chegar até este momento de indescritível emoção ao tomar posse no cargo de desembargador desta Corte de Justiça. Você, JENAOCY sempre cuidando dos filhos, da casa e de mim permitiu que me dedicasse inteiramente aos estudos e ao trabalho como exige a Magistratura. Sempre voltada aos interesses da família me incentivou a perseguir os sonhos idealizados que, pela graça de Deus, sempre se concretizaram.

- De igual forma, agradeço às minhas filhas DANIELA GLORIA DE ALMEIDA e JULIANA GLORIA DE ALMEIDA, bem como ao meu filho caçula LEONARDO LUIZ GLORIA DE ALMEIDA incentivos para a luta diária com os estudos e o trabalho na difícil missão de dar a cada um o que é seu. Pra vocês de quem furtei vários momentos de companhia, entrego o mérito desta promoção.

- Também, não posso deixar de agradecer aos amigos e colegas que sempre me incentivaram a continuar a caminhada na Magistratura, superando as dificuldades normais no caminhar de todos os magistrados, com deficiência de números de funcionários e excesso de processos para julgar. Já neste Tribunal lanço um agradecimento especial aos senhores desembargadores e juízes que me receberam fraternalmente no 2° grau disponibilizando auxílio e esclarecimentos, em especial aos componentes das Colendas 8ª e 28ª Câmaras de Direito Privado. A todos vocês meu muito obrigado.

II - TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO: Por último senhor Presidente, deixo consignado que a par da evidente emoção e alegria deste momento segue o desejo de lançar votos com rapidez e qualidade como espera este E. Tribunal. E nesse desafio me lembro SENHOR PRESIDENTE de outro momento de muita emoção que vivi neste Tribunal quando da posse de ingresso na magistratura paulista, quando o então presidente, DESEMBARGADOR NEREU CESAR DE MORAES disse: "É NO DESAFIO QUE SE TEMPERAM AS GRANDES ALMAS E OS GRANDES DESTINOS". E com esse pensamento

SENHOR PRESIDENTE que pretendo atender ao anseio desta E. Presidência lançando votos com qualidade e rapidez.

Obrigado a todos.

Acesso ao Sumário

JOSÉ RENATO NALINI (Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo)

Discurso de agradecimento, proferido na Cerimônia Solene de outorga do mérito "Prefeito Brigadeiro Faria Lima", honraria oferecida pelo Tribunal de Contas do Município (Cerimônia realizada em 25.05.2015).

O TRIBUNAL DE CONTAS DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO é a maior e mais respeitada Corte de Contas do BRASIL. Tem a atribuição de fiscalizar,• disciplinar, controlar a administração do mais complexo conglomerado humano deste Continente e uma das maiores conurbações do planeta.

Receber a mais alta honraria suscetível de outorga a alguém desprovido de méritos para recebê-la é um galardão que aceito em nome do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, ora rumo ao seu Sesquicentenário de crescente existência.

O Colar de Mérito "Prefeito Brigadeiro Faria Lima" exprime a vocação pioneira desta Casa, criada no período em que a Municipalidade era administrada por aquele que foi chamado "o mais paulista dos cariocas". Há exatos 50 anos JOSÉ VICENTE DE FARIA LIMA foi eleito Prefeito de São Paulo, e assumiu com garra e entusiasmo a missão de transformar a cidade que não poderia parar, mas que seria paralisada não fora a coragem de quem iniciou as obras do Metrô e que pessoalmente pilotou um trator para abrir espaço ao irreversível meio de transporte.

Houvera continuidade nesse projeto e São Paulo hoje seria outra, talvez com 500 km de transporte metropolitano, assim como Paris, Londres, Nova Iorque ou mesmo Buenos Aires.

Mas também construiu as marginais Tietê e Pinheiros, as avenidas Sumaré, Radial Leste, 23 de Maio e Rubem Berta, duplicou a rua da Consolação e as avenidas Rebouças e Cruzeiro do Sul, entre tantas outras obras.

Aluno de tríplice coroa, assim como seus irmãos, no Colégio Militar, conheceu como piloto o interior do País, ao fazer as linhas do Correio Aéreo Nacional. Cursou aviação militar, engenharia aeronáutica e observação aérea, com especialização na Escola Superior de Aeronáutica da França. Chegou a Brigadeiro antes dos cinquenta anos.

Esse o homem que empresta seu honrado nome a este Colar de Mérito, nascido há 105 anos, exatamente em 1909, data de fundação •da Academia Paulista de Letras. Vulto pátrio de quem a posteridade pode se orgulhar e há tanta urgência de bons exemplos para mostrar à infância e juventude que o Brasil resulta do trabalho, discernimento e talento de filhos como FARIA LIMA.

Minha gratidão ao dinâmico Presidente ROBERTO BRAGUIM, pela generosa iniciativa e também aos ilustres demais Conselheiros do TR BUNAL DE CONTAS DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, que sufragaram o meu nome: Vice-Presidente EDSON SIMÕES e Conselheiros DOMINGOS DISSEI, MAURICIO FARIA e JOÃO.

ANTONIO DA SILVA FILHO. A outorga deste Colar juntamente com os notáveis agraciados Ministro ANTONIO CARLOS RODRIGUES e educador EDEVALDO ALVES DA SILVA, estes sim, reais merecedores dessa insígnia, é prêmio acrescido e inenarrável. Torno-me, estou ciente disso, devedor insolvente do TCM de São Paulo.

Prometo, humildemente, honrar a condecoração, que estreita ainda mais a íntima relação institucional entre o Egrégio TRIBUNAL DE CONTAS DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO e o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, cuja transitória administração foi entregue por meus pares a este limitado gestor.

Meu reconhecimento a quantos tornaram possível esta láurea e aos que prestigiaram com sua presença a solenidade desta memorável tarde de 25 de maio de 2015.

Muito obrigado a todos!

CESAR MECCHI MORALES (Desembargador)

Discurso por ocasião da posse dos novos Desembargadores do Tribunal de Justiça, Antonio Celso Campos de Oliveira Faria e Luiz Otávio de Oliveira Rocha (Solenidade realizada em 01.06.2015).

Excelentíssimo Senhor Desembargador José Renato Nalini, DD. Presidente deste Egrégio Tribunal. Excelentíssimo Senhor Desembargador Eros Piceli, DD. Vice-Presidente.

Excelentíssimo Senhor Desembargador Hamilton Elliot Akel, DD. Corregedor Geral da Justiça, em cuja pessoa peço vênia para saudar todos os Desembargadores e Juízes aqui presentes.

Excelentíssimo Senhor Dr. Márcio Fernando Elias Rosa, DD. Procurador Geral de Justiça, em cujo nome cumprimento todos os membros do Ministério Público e as distintas autoridades já nomeadas.

Senhores advogados, servidores da Justiça, familiares e amigos dos empossandos.

Acesso ao Sumário

É uma imensa honra, senhor Presidente, falar nesta sessão solene em nome deste Egrégio Tribunal. Honra que se soma à alegria de ver hoje empossados dois grandes amigos, antigos companheiros no Ministério Público, os Doutores Luiz Otávio de Oliveira Rocha e Antonio Celso Campos de Oliveira Faria, que a partir de hoje passam a ter a responsabilidade de assumir as cadeiras anteriormente ocupadas pelos Desembargadores Rosa Maria de Andrade Nery e Renê Ricúpero, eminentes Magistrados que souberam dignificar a toga e deixaram grandes lições em seus magníficos votos.

Os novos Desembargadores chegam à Corte escolhidos pelo Senhor Governador do Estado a partir de listas tríplices, elaboradas pelo Egrégio Órgão Especial desta Corte, nas quais figuraram ao lado de outros ilustres e dignos membros do Parquet, todos de notório saber jurídico e ilibada reputação, previamente indicados em listas sêxtuplas pelo Egrégio Conselho Superior do Ministério Público, na forma prevista pela Constituição Federal. Superaram as três etapas de um processo de escolha conhecido como "Quinto Constitucional", que Vossa Excelência, senhor Presidente, em obra doutrinária, ressaltando a polêmica que o envolve, qualificou de "o instituto mais instigante do Judiciário brasileiro".

Sobre a legitimidade dessa forma de provimento de cargos da Magistratura, pronunciou-se ainda em data recente, neste mesmo recinto, o eminente Desembargador Hermann Herschander, em memorável cerimônia de posse também presidida por Vossa Excelência.

Àquelas profícuas reflexões, gostaria de hoje acrescentar, apenas, um breve comentário sobre as origens históricas do instituto, que talvez possam levar a melhor compreender seu alto significado.

A reserva de um quinto de vagas nos "tribunais superiores" dos Estados foi prevista, pela primeira vez, na democrática Constituição de 1934.

A época era conturbada. A jovem República envelhecera rapidamente, desgastada por intermináveis crises e constantes rebeliões armadas. Porém, mesmo num cenário adverso, o Poder Judiciário conquistava o respeito do povo e dos demais poderes e ganhava, aos poucos, sua imprescindível autonomia. Dentre as boas práticas institucionais do período, destaco que a nomeação de juízes federais era feita a partir de listas tríplices, elaboradas pelo Supremo Tribunal Federal, muito embora a Constituição de 1891 mencionasse apenas que competia àquela Corte encaminhar "proposta" ao Presidente da República.

É bem possível que esse costume constitucional tenha inspirado o Chefe do chamado "Governo Provisório", Getúlio Vargas, em 1933, a abdicar de sua prerrogativa de escolher livremente um novo integrante do Supremo Tribunal. Em vez disso, solicitou à mais alta Corte que elaborasse lista com cinco nomes, para preenchimento de vaga então existente.

Note-se: era um momento pré-constituinte, logo após a gloriosa Revolução de 1932, derrotada pela força das armas, mas vitoriosa no exemplo e nos ideais.

Eis que, elaborada a lista, o Presidente da República nomeou aquele que nela figurava em primeiro lugar, o único a receber o voto de todos os ministros do Supremo. Era, senhoras e senhores, um desembargador paulista, dos maiores que esta Casa já conheceu: Manoel da Costa Manso.

Observe-se que, em vagas posteriores, o mesmo presidente Vargas também nomeou para o Excelso Pretório o segundo e o terceiro colocados naquela histórica votação – os ministros Carlos Maximiliano e Francisco Cunha Mello.

Acesso ao Sumário

Foi nesse contexto que o constituinte de 1934 inseriu na Carta Magna a disposição prevendo que uma quinta parte dos Tribunais Estaduais deveria ser preenchida por advogados e membros do Ministério Público – norma que passou pelo teste do tempo, eis que mantida em todas as Constituições posteriores, perdurando por mais de oitenta anos em nosso Direito Constitucional.

E é em virtude dessa norma que o Ministério Público, hoje, oferece dois de seus melhores quadros para compor esta Corte.

O doutor Luiz Otávio de Oliveira Rocha é filho do doutor Otávio Rocha Filho, respeitadíssimo Procurador do Estado, e de Myrian Apparecida de Oliveira Rocha, premiada artista plástica, precocemente falecida.

Iniciou sua carreira profissional como serventuário da Justiça, por cinco anos, em sua cidade natal, Bauru, e depois nesta capital.

Bacharel em Direito em 1981, pela Instituição Toledo de Ensino, ingressou no Ministério Público em maio de 1984, atuando como Promotor de Justiça nas comarcas de Viradouro, Pederneiras e Guarujá, além de integrar Equipe Regional de Proteção ao Meio Ambiente nas comarcas do litoral santista. Nesta última função subscreveu uma das primeiras ações ambientais do Ministério Público, em caso de grande repercussão, deduzindo pretensão indenizatória julgada procedente em todas as instâncias.

Em 1990 foi promovido a Promotor de Justiça da Capital, assumindo a coordenação administrativa da Quarta Promotoria de Justiça Criminal e da Central de Inquéritos Policiais, integrando mais tarde o Grupo de Repressão aos Delitos de Sonegação Fiscal.

Seus méritos o levaram a ser convocado para integrar a assessoria do então Procurador Geral, doutor José Emanuel Burle Filho, no importante setor destinado aos inquéritos e ações penais instaurados contra prefeitos.

A partir de 2002 foi convocado para oficiar nas Procuradorias de Justiça Criminais. Em 2009 ascendeu ao último degrau da carreira, o de Procurador de Justiça.

Paralelamente às intensas atividades institucionais, dedicou-se ao aprimoramento acadêmico, concluindo curso de doutorado na Universidade Complutense de Madri. Publicou, em co-autoria com o Dr. Marco Antonio Garcia Baz, obra sobre "A Fiança Criminal no Direito Brasileiro".

Fez inúmeras palestras no Brasil, na Espanha e no México, e exerceu o magistério universitário.

É autor de mais de duas dezenas de artigos e estudos, publicados no Brasil e no exterior.

Ao lado de seu pai e de sua segunda mãe, Dona Maria Tereza, hoje também compartilham o mérito por esta nova conquista sua esposa, a doutora Irene Pires Kögl, e seu filho Rafael, que segue a trilha do avô e do pai, uma vez que está prestes a bacharelar-

Acesso ao Sumário

se em Direito no Mackenzie.

O doutor Antonio Celso Campos de Oliveira Faria é filho do Dr. Anacleto de Oliveira Faria e de dona Maria Mercedes Campos de Oliveira Faria.

Formou-se pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco, em 1984. Toda sua trajetória, aliás, está direta ou indiretamente ligada à "velha e sempre nova Academia", onde seu saudoso pai foi professor catedrático do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito, e autor de obras clássicas, como "Instituições de Direito" e "Do Princípio da Igualdade Jurídica". Um de seus irmãos, o Professor José Eduardo Faria – que muito nos honra com sua presença – também alcançou a cátedra no mesmo Departamento e, sem favor algum, foi um dos mestres daquela Casa que mais influenciaram a nossa geração, com densos estudos na área de Sociologia do Direito.

Concluído o bacharelado, o doutor Antonio Celso exerceu a advocacia e, de 1987 a 1990, foi Delegado de Polícia. Neste último ano ingressou no Ministério Público, atuando nas comarcas de Miracatu, Piedade e Diadema, e também na Sexta Promotoria Criminal da Capital. Integrou o gabinete de dois Procuradores Gerais, os doutores José Geraldo Filomeno e Luiz Antonio Marrey, sendo também, assessor do hoje Corregedor Geral, doutor Paulo Afonso Garrido de Paula.

Por muitos anos teve destacada atuação na Promotoria de Justiça da Cidadania, hoje denominada Promotoria do Patrimônio Público.

Em 2012 foi promovido a Procurador de Justiça, atuando na defesa dos Interesses Difusos e Coletivos.

Também cuidou de aperfeiçoar sua formação, obtendo os graus de Especialista em Direito do Estado e de Mestre em Direito Penal, ambos os títulos conferidos pela Universidade de São Paulo.

Adquiriu ainda a valiosa experiência do magistério superior, exercido por duas décadas como professor de Direito Penal e Processual Penal, Criminologia e Direito Administrativo.

Publicou artigos em revistas especializadas e participou de inúmeros seminários, inclusive no exterior.

Ao lado de sua mãe e irmãos, sua esposa, Maria Fátima e seus filhos Antonio Pedro e José Paulo aqui estão para, como sempre, prestar-lhe o indispensável apoio e receber também os nossos cumprimentos por esta mais esta láurea.

Vê-se, portanto, senhor Presidente, que os novos desembargadores honram a tradição de suas famílias, e chegam a esta Corte com larga experiência e indiscutíveis méritos, após trilharem brilhantes carreiras. Deles muito se espera e muito se exigirá - é certo - nesta época em que uma sociedade em constante transformação intensifica cada vez mais seus conflitos e os traz, continuamente, às barras dos tribunais, exigindo uma resposta célere, sem, no entanto abrir mão de nenhuma das quase infindáveis possibilidades de recurso.

Os destacados currículos e notáveis qualidades pessoais dos empossados, que aqui pude apenas resumir, nos dão a certeza de que estão à altura da missão hoje assumida, e sem dúvida honrarão a Magistratura bandeirante, somando esforços para a realização da Justiça, tarefa maior de todos nós.

Para finalizar, Senhor Presidente, peço de empréstimo, e com grande licença, as inspiradoras palavras de nosso querido poeta Paulo Bonfim, para dizer aos senhores Desembargadores Otávio Rocha e Antonio Celso Faria: sejam benvindos a esta Casa, "corpo e alma da terra paulista", onde "tradições se renovam" e "a Lei é padrão de conquista".

MÁRCIO FERNANDO ELIAS ROSA (Procurador Geral de Justiça de São Paulo)

Discurso por ocasião da posse dos novos Desembargadores do Tribunal de Justiça, Antonio Celso Campos de Oliveira Faria e Luiz Otávio de Oliveira Rocha (Solenidade realizada em 01.06.2015).

Assistimos hoje à solene posse de dois novos Magistrados paulistas vindos do Ministério Público, por força do instituto do quinto constitucional.

O instituto do quinto constitucional foi concebido, dizem, para permitir que cheguem às Cortes de Justiça profissionais experientes advindos da Advocacia e do Ministério Público, somando-se aos brilhantes membros do Judiciário.

O Ministério Público do Estado de São Paulo oferece hoje dois grandes profissionais do direito para a composição do Egrégio Tribunal de Justiça.

Esta solenidade, por isso, deve ser motivo de honra e orgulho para o Ministério Público e para o Poder Judiciário Paulista, porquanto assistimos a opção de dois profissionais do Direito que se notabilizam pela seriedade e correção técnica e ética.

Acesso ao Sumário

porque recepciona profissionais altamente qualificados, experientes e comprometidos com o ideal de promoção da Justiça, somando-se com os demais Magistrados paulistas; e, para o Ministério Público também porque, com esses dois exemplos, conferimos concretude ao instituto do quinto constitucional.

Os novos Magistrados são conhecidos e reconhecidos pela competência, equilíbrio, discrição e pelo compromisso sempre renovado com a produtividade. Na atualidade, mais do que nunca, eficiência e eficácia não excluem produtividade e resolutividade.

Desfrutam ambos de inconteste patrimônio moral formado nas lidas do Ministério Público bandeirante, e essa elevada condição moral é testemunhada por todos os membros e servidores do Ministério Público.

Donos de notável saber jurídico, vasta cultura e conduta exemplar, trazem consigo a experiência da atuação, por mais de duas décadas, no Ministério Público, e o cumprimento exitoso de todas as missões próprias dos cargos que ocuparam.

As condutas profissional e pessoal dos doutores Antonio Celso e Luiz Otávio, somadas ao inegável conhecimento jurídico que detêm, nos dão a certeza de que darão imensa contribuição a esta Corte de Justiça.

Seguirão honrando as melhores tradições das vagas destinadas ao Ministério Público pelo instituto do Quinto Constitucional.

Honrarão a toga tal como honram a beca ministerial.

Nossos sempre colegas se despedem do Ministério Público e podem ter a certeza de que conquistaram – sem qualquer favor – a admiração e o respeito de seus pares que hoje assistem, orgulhosos, a assunção a cargo de tamanha relevância.

Com Luiz Otávio tive o privilégio de trabalhar ainda no Gabinete da Procuradoria-Geral, vindos ambos da mesma região do Estado: Bauru. Com Antonio Celso tive a honra de atuar em primeira instância, na nossa Promotoria da Cidadania; com ele aprendi e dele extraí os melhores exemplos de atuação.

Festejamos a posse de ambos com a crença absoluta de que, na companhia de grandes Magistrados paulistas cumprirão suas novas missões à altura das gloriosas tradições do Tribunal de Justiça, a cujo Presidente, Órgão Especial e a todos os seus integrantes trazemos a saudação respeitosa do Ministério Público.

Parabéns aos novos Magistrados!

Parabéns ao Egrégio Tribunal de Justiça pela recepção aos doutores Antonio Celso Campos de Oliveira Faria e Luiz Otávio de Oliveira Rocha.

Muito obrigado!

ANTONIO CELSO CAMPOS DE OLIVEIRA FARIA (Desembargador)

Discurso por ocasião de sua posse como Desembargador do Tribunal de Justiça (Solenidade realizada em 01.06.2015).

Excelentíssimo Senhor Presidente do EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, DESEMBARGADOR JOSÉ RENATO NALINI, na pessoa de quem peço a vênia para saudar as demais autoridades presentes. Queridos familiares e amigos, senhoras e senhores.

Em setembro de 2010, fui designado para prestar serviços na Procuradoria de

Justiça de Interesses Difusos e Coletivos, ocasião em que iniciei as minhas atividades junto à 8ª Câmara de Direito Púbico do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, como representante do Ministério Público.

Diante da imponência do Palácio de Justiça, como demonstra o auditório onde estamos, e diante dos Ilustres Desembargadores que então compunham aquela Câmara, fui surpreendido com a extrema gentileza e lhaneza dos Desembargadores Carvalho Viana, Cristina Cotrofe, Paulo Dimas Mascaretti, Rubens Rihl, e o Desembargadores já aposentados José Santana, João Carlos Garcia e Osni de Souza, de maneira que, em pouco tempo, senti-me acolhido nesta Casa.

Apesar da expressiva quantidade de trabalho, e dos inúmeros julgamentos proferidos em cada sessão, pude aferir a grandeza do Tribunal de Justiça, seja pelo número de processos, seja pela qualidade dos votos de seus integrantes.

Promovido a Procurador de Justiça em 2012, aguardei o momento que entendi mais adequado a pleitear a tão honrosa vaga do quinto constitucional- classe Ministério Público.

Eu e o Desembargador Luiz Otávio Oliveira Rocha, com muita alegria, assumimos hoje o desafio de honrar o nome do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

O Tribunal de Justiça, como declarou o Presidente, Desembargador Renato Nalini, em entrevista ao programa Roda Viva, veiculado no dia 06 de abril de 2015, na TV Cultura, tem cerca de vinte e cinco milhões de processos.

Antigamente, o juiz podia dar uma sentença por semana, o que representava uma qualidade jurídica excepcional das decisões proferidas. Nesse mesmo programa, ao ser questionado sobre a qualidade hoje do Judiciário, Vossa Excelência dirigiu-se de forma muito instigante a mim, e a tantos juízes pelo Brasil e a tantos candidatos a magistrado, ao afirmar que o que se espera do juiz é o bom senso, sensibilidade e - "se tiver um pouco de conhecimento jurídico ajuda muito". Confesso que fiquei aliviado naquele momento no sofá da minha casa caso fosse nomeado Desembargador. Possivelmente preenchia, de forma razoável, os requisitos mencionados, pois, como a maioria dos juízes, promotores, defensores públicos, advogados e jurisdicionados, entendo assim como V. Excelência que, tão ou mais importante que o conhecimento jurídico, é o bom senso e humanidade que devem prevalecer nas decisões judiciais.

Acesso ao Sumário

Os desafios do magistrado nos dias de hoje certamente são diferentes daqueles enfrentados há cinquenta ou vinte anos atrás. A complexidade da sociedade brasileira hoje não comporta mais um modelo que serviu de paradigma em outra época.

Evidentemente, respeitamos o passado e reconhecemos o declínio dos velhos valores tradicionais que se perderam no tempo, como o respeito ao médico..,. ao professor e ao juiz. Entretanto, devemos viver o presente e olhar o futuro, se possível, com esperança, confiança e otimismo.

O Tribunal de Justiça tem adotado mudanças importantes visando adequar a

prestação jurisdicional aos novos tempos. Haverá o dia em que o Brasil alcançará os patamares sociais dos países de primeiro mundo. A partir desse dia, talvez, os juízes possam voltar a proferir uma sentença por semana. Afinal, um país com saúde, justiça, segurança e educação, fará com que os seus mé.dicos, seus juízes, seus policiais e seus professores trabalhem menos e de forma mais adequada aos destinatários de seus serviços.

No livro -"Eles os juízes, vistos por um advogado"-, de Piero Calamandrei, o autor menciona que "no sistema da legalidade, baseado na divisão de poderes, a justiça deve ser rigorosamente separada da política. A política vem antes da lei, é o trabalho de que nasce a lei. Mas, a partir do momento em que a lei nasceu, o juiz não deve ser nada mais que ela; ou melhor, como dizia Montesquieu, o juiz não tem sequer necessidade de ter olhos para ver: ele é um mecanismo inanimado, uma espécie de porta-voz através do qual a lei fala por si, a "*bouche de la loi*", a boca da lei".

Bonitas palavras, ressalva Calamandrei, mas devem ser entendidas com *grano salis*. E acrescenta o autor...:

"Entretanto, mesmo que o juiz pudesse esquecer, enquanto julga, suas opiniões e sua condição pessoal, sempre teria o dever, para aplicar fielmente a lei, de interpretá-la. Mas interpretá-la quer dizer remontar à *ratio* de que nasceu, isto é, substancialmente, à inspiração política que circula nela e torna socialmente atual. O que leva a considerar que, em toda interpretação jurídica, há certa margem de opção política".

Se hoje o magistrado deve ter uma produção maciça de julgamentos, isso não retira a sua condição humana, ou as suas convicções pessoais, políticas e morais. Como guardião da Constituição, o magistrado deve sempre ter em mente o que dispõe o art. 3° de nossa Carta Magna. Assim, deverei me lembrar todos os dias que toda decisão deve ter em perspectiva a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Gostaria de agradecer aos amigos que me ajudaram nessa jornada, destacando os amigos eternos da Faculdade de Direito do Largo São Francisco e os amigos do Ministério Público, instituição que sempre permanecerá em meu coração, pela dignidade, inteligência, e luta de seus membros.

Quero agradecer aos meus queridos irmãos José Eduardo, Sérgio Luis, Paulo Marcelo e Vera Maria, que sempre me ensinaram muito e sempre conviveram em harmonia e carinho, em que pese o gênio "Faria" de ser.

Ao meu irmão José Eduardo Faria, Professor catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, e pensador do direito, quero agradecer pelo exemplo que sempre me deu como irmão primogênito. Algumas vezes foi meio pai meio irmão, em virtude do falecimento precoce de meu pai. Foi assim, em muitos momentos, meu verdadeiro preceptor e hoje, com muita felicidade, vejo meus filhos consultá-lo sobre assuntos acadêmicos.

Agradeço ao amor e carinho de minha mulher Maria Fátima, nesta convivência de quase vinte cinco anos de vida, minha companheira de todas as horas, na alegria e na

tristeza. Da nossa união, nasceram as pessoas mais preciosas de nossas vidas que são nossos filhos Antonio Pedro e José Paulo.

Essa responsabilidade que assumo se deve muito a meu pai, Anacleto de Oliveira Faria, Professor da Faculdade de Direito da São Francisco, Procurador do Estado exemplar e advogado, que tristemente nos abandonou aos 57 anos, vítima de infarto.

Por fim, a responsável direta pela minha presença neste púlpito é minha mãe Maria Mercedes Campos de Oliveira Faria, professora primária aposentada, exemplo de vida e de força para os cinco filhos e onze netos.

MUITO OBRIGADO A TODOS.

LUIZ OTÁVIO DE OLIVEIRA ROCHA (Desembargador)

Discurso por ocasião de sua posse como Desembargador do Tribunal de Justiça (Solenidade realizada em 01.06.2015).

Excelentíssimo senhor Desembargador José Renato Nalini, dd. Presidente deste egrégio Tribunal de Justiça,

Cumprimento vossa excelência e peço venia para cumprimentar, através de vossa pessoa, a todos os desembargadores e juízes presentes a esta solenidade,

Cumprimento o Excelentíssimo Senhor Doutor Márcio Elias Rosa, dd. Procurador-geral de Justiça, na pessoa de quem cumprimento todos os membros do Ministério Público e demais autoridades presentes, advogados e membros da Polícia Civil e da Polícia Militar, a servidores públicos, familiares e amigos presentes,

Cumprimento também o meu colega Antonio Celso de Campos Faria, que compartilha da minha alegria em tomar posse no cargo de desembargador nesta data.

Excelentíssimo Senhor Presidente,

No último dia 18 de maio compareci a esta recinto para assistir homenagem ao saudoso Desembargador Aniceto Aliende, pai da minha querida colega de ministério público, Natália da Mattaa.

Na ocasião ouvi vossa excelência, com emoção, discorrer sobre a amizade e experiências vividas ao lado do desembargador Aliende e, especialmente, sobre o legado por ele deixado aos amigos e à cultura deste tribunal.

Faltando poucos dias para esta solenidade, em que eu deveria digirir algumas palavras aos que viessem abrilhantá-la, a palavra “legado”, mencionada naquela homenagem em vários momentos, me fez refletir.

Essa palavra, segundo os dicionários, além de significar o patrimônio que é deixado por aquele que falece, também significa valor, contribuição, dádiva.

Em meio a essa reflexão, E entre tantos cumprimentos que recebi de amigos e parentes após minha nomeação, fui gentilmente cumprimentado por uma das professoras do meu curso primário, tive a oportunidade de dizer a ela, então, que esta importante conquista era também uma sua conquista, porque também me deixou um legado.

Percebi, naquele momento, que talvez não viesse a ter em vida, outra oportunidade melhor para agradecer a todos que, em maior ou menor medida, contribuíram para a construção da minha personalidade e do meu perfil profissional. É hora, portanto, de agradecer pelo recebimento dos meus legados.

Começo por Vossa Excelência, Dr. Nalini, presidente desta solenidade e deste Tribunal.

Em fins dos anos oitenta, ainda no início de minha carreira de promotor de justiça, me deparei com um caso realmente complexo, que não pude resolver apenas com consulta à jurisprudência e à doutrina.

O mais antigo advogado da comarca pretendia, através de procedimento de dúvida inversa, registrar um inventário de 1908, anterior ao código civil de 1916, portanto, documento autêntico, embora escrito à mão.

Depois de demorada análise, lancei parecer contrário ao pedido, tendo o juiz da causa acatado o meu parecer. Havia direitos de terceiros a considerar.

O advogado, talvez impressionado com a minha pouca idade, nas razões de recurso escreveu que sobre a cabeça do promotor baixara uma nuvem negra de raciocínio e, por isso, tal qual um corvo, ele se opusera ao pedido.

Fiquei consternado ante a ofensa. Ante a perspectiva de que minha carreira pudesse ser trilhada por tão ásperos embates pessoais.

Preferi, contudo, desprezar a ofensa e limitar-me às questões de direito ao oferecer meu contra-arrazoado.

Neste Tribunal o caso recebeu parecer de Vossa Excelência.

Concordando com o meu posicionamento, e certamente percebendo a gravidade da ofensa que me fora dirigida, Vossa Excelência não se limitou a trazer à luz novos argumentos, ...Teve o cuidado de mencionar meu nome em letras maiúsculas, grifando-o.

Foi essa a primeira citação do meu nome neste Tribunal.

E talvez a mais importante, pois me fez olhar para o futuro da carreira com otimismo, na certeza de que, diante da verdade e da justiça de nada valem os impropérios e os xingamentos.

Mas há outros legados...

Como o deixado por minha mãe, artista plástica e pessoa de extrema sensibilidade, que certamente neste momento nos contempla das alturas, e sorri.

O do meu querido pai, aqui presente, Procurador do Estado exemplar, dono das minhas virtudes profissionais.

O de sua esposa, Maria Thereza, minha segunda mãe.

O dos meus queridos tios, que participaram significativamente da minha criação.

O dos meus queridos irmãos, Afonso, Lucia e Carla.

Há também o legado do Ministério Público de São Paulo, no Ministério Público tive o privilégio de conviver com pessoas de caráter e capacidade profissional extraordinários, José Emmanoel Burle Filho, Cássio Juvenal Faria, Luiz Antonio Guimarães Marrey.

O nosso Procurador-geral de Justiça, Márcio Fernando Elias Rosa.

... Além de tantos outros.

Orgulho-me de ter pertencido a esta instituição que, graças ao caráter impetuoso dos seus líderes, tornou-se uma das grandes responsáveis pela consolidação da nova democracia brasileira. Ao Ministério Público não digo adeus, pois espero jamais perder contato com os amigos tão queridos que nela permanecem.

Há, também, o legado dos juízes e chefes de cartório a quem servi quando, ainda nos bancos acadêmicos, ocupei cargo de escrevente judiciário em Bauru e na capital.

O legado dos professores da faculdade de direito de Bauru, aos quais tributo o impulso necessário para ingressar no Ministério Público.

A todos os que me ajudaram durante a carreira de Promotor e Procurador de Justiça, os delegados de polícia, os membros da polícia militar, os cartorários, são esses os legados, somados ao estímulo dos Desembargadores Eduardo Pereira, Cesar Morales, Geraldo Wohlers e Jarbas Gomes.

E de todos aqueles que me apoiaram, que permitiram que eu me candidatasse ao novo e estimulante desafio de compor o maior tribunal de justiça do país, tão reconhecido por sua tradição, mas sobretudo pelo vanguardismo e capacidade inovadora dos seus membros.

Porque irei preencher uma vaga antes ocupada por uma mulher, a Desembargadora Rosa Nery, não posso deixar de reconhecer que minha responsabilidade será ainda maior.

É a minha opinião que a ascenção social das mulheres nas últimas décadas, que culminou com o acesso delas às mais altas posições de comando na sociedade, proporcionará significativo avanço à nossa civilização, que logo será mais justa e mais pacífica.

Prometo tudo fazer para não decepcioná-las.

Agradeço de modo especial à minha amada esposa Irene, por ser capaz de garantir minha felicidade e estabilidade emocional.

Ao meu querido filho Rafael, por ser a razão de todas as coisas.

Aos meus amigos-irmãos, Ernani, Jander, Luiz Orlando, Anselmo e André, por dividirem comigo suas qualidades e me ampararem em momentos difíceis.

Já finalizando, Dr. Nalini, gostaria de comentar algumas afirmações feitas recentemente por vossa excelência:

Escreveu vossa excelência que "vive-se uma situação dramática na República. Crise hídrica, crise energética, crise moral, crise de confiança. Não há um setor que se possa reconhecer como ilha de tranquilidade."

Acredito, Dr. Nalini, que a superação deste momento difícil demandará o esforço, a criatividade e o espírito inovador dos paulistas e todos os brasileiros, mas essa superação só será possível se mantida a crença da população nas instituições e nos valores democráticos, daí a necessidade de que os juízes se mantenham firmes e serenos ao distribuir a justiça, o olhar fixo na lei e na equidade.

Aqui reencontrarei velhos e queridos amigos, como Fernando Geraldo Simão, Antonio Mário de Castro Figliolia, o "Toni" da minha adolescência na querida Bauru.

Também conviverei com outros amigos, novos e eternos.

Espero, com todos eles, e com a ajuda de Deus, bem cumprir a difícil tarefa de julgar...

Muito obrigado!

JOSÉ RENATO NALINI (Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo)

Discurso proferido na Solenidade de Homenagem ao Dia de Portugal, de Camões e das Comunidades Portuguesas, realizada na Assembleia Legislativa de São Paulo - Alesp (Cerimônia realizada em 08.06.2015).

Acesso ao Sumário

Falar sobre Portugal é falar sobre nós mesmos. É deixar que as raízes se transformem no florilégio da língua portuguesa, pátria espiritual de todos nós.

O Bandeirismo é o décimo primeiro canto dos Lusíadas.

As passadas de nossos sertanistas desenharam o mapa do Quinto Império.

Predestinadamente, a primeira História do Brasil, de autoria de Pero de Magalhães Gandavo, foi prefaciada por Luiz de Camões.

Evocando a figura heroica do português João Ramalho, Patriarca dos Paulistas, celebramos, neste Templo da Democracia, o 10 de junho, data de nossa saudade e de nossa esperança.

Leitura do Poema:

TRANSFIGURAÇÃO
Venho de longe, trago o pensamento
Banhado em velhos sais e maresias;
Arrasto velas rotas pelo vento
E mastros carregados de agonias.
Provenho desses mares esquecidos
Nos roteiros de há muito abandonados
E trago na retina diluídos
Os misteriosos portos não tocados.
Retenho dentro da alma, preso à quilha
Todo um mar de sargaças e de vozes,
E ainda procuro no horizonte a ilha
Onde sonham morrer os albatrozes...
Venho de longe a contornar a esmo,
O cabo das tormentas de mim mesmo.

JOSÉ RENATO NALINI (Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo)

Discurso proferido por ocasião do recebimento do título de "Cidadão São-Carlense (Homenagem realizada em 09.06.2015).

Acesso ao Sumário

É com enorme orgulho e muita emoção que recebo o título de Cidadão São-carlense.

Desde criança, ouvia em minha casa meu pai falar com carinho de São Carlos. Aqui, meu pai - Baptista Nalini, chegou a morar e a namorar. Algumas férias passávamos em lbaté, com uma família amiga, cujo patriarca era Albano Buzzo.

Este município sempre foi importante. Em 1908, mereceu um Bispado, juntamente com Taubaté, Campinas, Ribeirão Preto e Botucatu. Foram os primeiros do interior paulista, pois até então São Paulo era a única diocese em nosso Estado.

Também relevante o papel são-carlense como polo cafeeiro. No distrito de Santa Eudóxia era produzido o café preferido da poderosa Rainha Vitória. Aqui se desenvolveu a primeira onda de industrialização do Brasil, nas primeiras décadas do século passado:

quem não usou um lápis Johan-Faber, fabricado por indústria instalada em 1930? Quem não se lembra da geladeira Clímax, produzida pelas Indústrias Pereira Lopes, a primeira a conquistar o mercado nacional e a mais prestigiada nas décadas de 50/60?

Essa vocação continua com a Volkswagen e sua fábrica de motores, o centro de manutenção de aeronaves da TAM, a Tecumseh, Fábrica de compressores para eletrodomésticos.

No setor educacional, aqui se instalou a primeira Escola Normal Secundária do Interior em 1911. Antes disso, existia apenas a legendária Caetano de Campos, na capital, hoje sede da Secretaria Estadual da Educação. Em 1953 instalou-se a respeitada Escola de Engenharia, gérmen da USP-São Carlos, com seus cinco prestigiados institutos: Engenharia, Química, Física, Matemática e Arquitetura, hospedados em dois *campi*. Em 1968 implementou-se a Universidade Federal, já com quatro campi: São Carlos, Araras, Sorocaba e Lagoa do Sino, em Buri.

Tudo isso fez de São Carlos um polo tecnológico, com inúmeras indústrias ligadas à alta tecnologia.

Ao ingressar no Ministério Público, em 1973, um dos meus colegas e depois melhor amigo era de São Carlos: o Procurador de Justiça Paulo Eduardo Reali Fernandes Nunes, que tentei levar comigo para a Magistratura em 1976, mas que me deixou no meio do caminho.

A amizade continuou, apesar disso, e sempre forte. Juiz Substituto em Barretos, passava por São Carlos quando voltava para São Paulo e parava em casa do Paulinho, para visitas e confidências num tempo em que tudo parece mais bonito e mais fácil. Início de carreira promissora, início de vida conjugal, filhos nascendo. Por isso guardo as melhores recordações de São Carlos nos jardins da memória. E mesmo hoje consigo cultivar a mesma sólida amizade, tanto que Paulo Reali Fernandes Nunes me forneceu dados para esta despretensiosa fala, extraídos de sua obra, já que é também um literato, além de excelente integrante do Ministério Público.

Sempre admirei esta cidade heráldica, simpática e que foi muito cotada para sediar a capital do Estado, pois localizada em centro geográfico muito estratégico. Hoje é considerada a cidade brasileira com o maior índice de Doutores per capita. É o que também explica o seu êxito em todos os setores, ostentando privilegiada situação no ranking dos melhores municípios do Brasil.

Já na condição de Corregedor Geral da Justiça, tive a oportunidade de visitar São Carlos e de verificar a qualidade do trabalho aqui desenvolvido por meus colegas magistrados. São Carlos é uma comarca privilegiada, mercê dos juízes que tem, a fazer jus à excelência do município.

Não posso deixar de referir o trabalho meritório do Projeto Cidadania e Justiça também se aprendem na escola, coordenado pelo dinâmico Diretor do Fórum, Juiz ANDRÉ LUIZ DE MACEDO. Em 2014, atingiu 3.600 estudantes e dissemina a imprescindível aproximação entre o sistema justiça e as novas gerações. É uma verdadeira

Acesso ao Sumário

usina de cidadania, reconhecida em todo o Brasil. Testemunhei um dos eventos durante visita à Academia da FAB em Pirassununga, em 2.6.2014 e fiquei orgulhoso de nossa Justiça sãocarlense.

Aqui também o Juiz PAULO CÉSAR SCANAVEZ desenvolve magnífico trabalho com a sua equipe, que também constatei em visita correcional. Restaura a autoestima dos funcionários, nosso maior patrimônio, resgatando o conceito afetivo de família forense, fator de coesão, eficiência e maior produtividade nos serviços da Justiça.

O Judiciário está muito bem servido em termos de qualidade de pessoal. São três as estruturas físicas aqui existentes: o prédio Criminal da Rua Conde do Pinhal, o prédio cível da Rua Sorbonne e o edifício da Fazenda Pública, situado à rua Dona Alexandrina. Em 25.6.2014, o Governador Geraldo Alckmin entregou a ampliação do prédio cível, que ganhou três extensões com dois pavimentos cada, área de recepção e espera para o público, adaptação para acessibilidade e efetivo ganho em área útil: de 1,2 mil metros quadrados, hoje são 3,9 metros quadrados. Louvo o esforço e empenho de todos os magistrados, mas, especialmente, do Dr. PAULO CÉSAR SCANAVEZ.

A Comarca de São Carlos está perfeitamente alinhada com as diretrizes da atual gestão do Tribunal de Justiça. Tanto que o Projeto Arte e Cultura aqui teve início em 17.10.2014, com a apresentação dos músicos Cyrillo Gomes, Promotor de Justiça em Ribeirão Preto e tenor e Cristina Modé, além do barítono e instrumentista Alexandre Mazzer. Assisti a uma apresentação dos artistas em Ribeirão Preto, quando da instalação do Anexo da Violência Doméstica.

Sei que tudo resulta de empenho e devotamento de muitas pessoas. Agradeço aos magistrados, aos funcionários e me permito citar Ana Rita Miranda da Silva e sua equipe, José Roberto Tomazini e tantos outros cuja dedicação é um exemplo para nós todos. Sem idealismo, entusiasmo e até espírito de sacrifício, num ano terrível como o nosso, de policrise, náo se chegará ao período de bonança, no qual temos de acreditar no cultivo da esperança.

A Cidade do Clima, a Capital da Tecnologia, fundada pelo Conde do Pinhal, berço dos Arruda Botelho e de tantas outras personalidades da História do Brasil oferece a um forasteiro a mais importante !áurea que poderia outorgar: a cidadania honorária.

Sou profundamente grato ao Vereador MARQUINHO AMARAL, cuja família tradicionalmente se interessa pela coisa pública e que já tem muita experiência em presidir o Poder Legislativo, o mais próximo às aspirações populares. Sei que tanto o seu saudoso pai, Francisco Xavier do Amaral Filho, afetuosamente conhecido como "Xavierzinho" e também seu irmão Samuel, foram operosos vereadores e presidiram também a Colenda Câmara Municipal de São Carlos.

Agradeço ao Presidente da Edilidade, LUIS CARLOS FERNANDES DA CRUZ, o LUCÃO FERNANDES, a honra do Decreto Legislativo 827, de 28.5.2015 e aos demais nobres edis que acompanharam MARQUINHO AMARAL nesse generoso gesto. Sei que o destinatário desse galardão é o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, que sempre dedicou a SÃO CARLOS o melhor de sua atenção e

reservou para esta dinâmica cidade magistrados probos, profícuos e prestadores do melhor justo humano possível.

Só posso dizer a todos Deus lhes pague! Saio gratificado, agora como conterrâneo e ofereço a este novo berço de afeto o Canto de Amor a São Carlos, do príncipe dos poetas brasileiros, PAULO BOMFIM:

Canto de amor a São Carlos
Volto à terra onde as raízes
Trazem seiva do passado
E sinto as flores futuras
Brotarem deste presente
Feito de paz e progresso
ô meu sonho centenário
Cidade que veio vindo
No coração de um tropeiro
E na heráldica de um conde.
Ó São Carlos dos solares
Das escolas e das fábricas
Das usinas, das fazendas;
Guardai em vosso aconchego,
Em vossa hospitalidade,
Em vosso clima de amor,
A volta do neto pródigo,
A saudade de quem chega
Ao clã dos antepassados
Pedindo a benção do chão
Para os passos andarilhos.
Volta à terra, volto ao sonho,
Reintegro-me na paisagem,
Reconheço-me nas ruas,
Redesenho-me nas praças,
Revejo-me neste povo
E deixo a verde verdade
Florir em minha certeza:
É a poesia que me espera
Na casa de meus avós!

THEREZA CHRISTINA GARCEZ DA SILVA (Sobrinha do Homenageado)

Discurso em nome da família, pela atribuição do nome "Desembargador Marcos Nogueira Garcez" à Biblioteca do Tribunal de Justiça, localizada no Gade MMDC (Cerimônia realizada em 11.06.2015).

Excelentíssimo Sr. Desembargador José Renato Nalini, digníssimo Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Excelentíssimo Sr. Desembargador Ricardo Henry Marques Dip, digníssimo Coordenador da Biblioteca do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Nas pessoas de quem cumprimento todas as autoridades presentes,

Senhoras e Senhores,

Em nome da família do Desembargador Marcos Nogueira Garcez, em particular da sua viúva, Maria Antonietta Wertheimer Garcez, e de suas irmãs Maria Emiliana Nogueira Garcez Ghirardi e Maria Helena Nogueira Garcez da Silva, apresento nosso profundo agradecimento pela honrosa homenagem que o Tribunal de Justiça presta à sua memória, certa de que ele ficaria muito feliz por ver seu nome associado à Biblioteca do Tribunal, pela qual nutria verdadeiro entusiasmo.

Pela Portaria n° 1943/80, no período de 19/02/80 até 22/03/82, foi nomeado Inspetor da Biblioteca, e hoje ter seu nome como moldura de um dos maiores acervos da América, na área jurídica, hoje, com 270 mil volumes, sendo a mais antiga obra o Código de Justiniano de 1578, eleva a deferência ora prestada. A lembrança do nome do Desembargador Nogueira Garcez, algumas décadas após sua aposentadoria, é motivo de grande orgulho para toda sua família, pois revela que o Tribunal soube compreender e apreciar a dedicação e esforço com que ele procurou servir seu Estado e seu País durante toda sua vida.

Porém, creio que a melhor forma de expressar a gratidão que ele sentiria com a homenagem, é exatamente fazê-lo como ele faria. Homem discreto, humilde mas firme nas convicções e decisões era avesso aos holofotes. Portanto, em nome da Família que aqui represento, nosso muito obrigado!

Acesso ao Sumário

JOSÉ RENATO NALINI (Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo)

Discurso proferido por ocasião do recebimento do título de "Cidadão Bertioguense" (Homenagem realizada em 12.06.2015).

DISCURSO DE CIDADANIA DE BERTIOGA

Honra-me e orgulha-me o título de Cidadão Bertioguense. Bertioga é local histórico de tradição e glória na aventura brasileira. "O Canal da Bertioga, antes da chegada de Hans Staden a São Vicente, já fora cenário de árduas lutas de portugueses e seus aliados tupiniquins contra os tupinambás. Dois anos antes de sua chegada, os irmãos

Braga, filhos de um português com uma índia, em companhia de alguns lusos e vários tupiniquins improvisaram uma casa-forte em Bertioga, para evitar que os tupinambás, seus ferrenhos inimigos, atacassem o povoado de São Vicente de surpresa".

A História é dramática neste chão. "Os Braga, cinco ao todo a falar fluentemente a língua indígena, mamelucos que eram, foram atacados. Mortos e esquartejados os índios, incendiada a povoação, salvaram-se apenas cristãos-mamelucos e portugueses refugiados na improvisada casa-forte. Ressurgem o minúsculo conglomerado e novas fortificações, mas na calada da noite, em canoas, chegam a São Vicente os ferozes índios adversários a talar e aprisionar. Por ordem de Martim Afonso constrói-se na orla do continente, à entrada do canal de Bertioga, o Forte de São Tiago. Finalmente, em 1550 surge o Forte de São Felipe, na ilha de Santo Amaro, perto da dita entrada. Hans Staden foi o primeiro condestável do dito forte".

O nome do lendário Hans Staden está indissoluvelmente ligado a Bertioga. Ele foi contratado por Tomé de Souza, Governador Geral, em 1550,e por este nomeado artilheiro ou arcabuzeiro. Permaneceu no Brasil entre 1548 e 1554, legando suas impressões sobre nossa terra no primeiro livro publicado na Europa sobre o Brasil: "História Verdadeira e Descrição de uma Paisagem dos Canibais Selvagens. Nus e Sanhudos Situados na Nova Terra da América". Livro editado em Marburgo, em 1557. A ilha de Santo Amaro, do ponto de vista geográfico e em relação à fauna e à flora, é considerado prolongamento da Serra do Mar. Exuberante em todos os animais, "mateiros, catetos, pacas, cotias, macacos, coatis, lagartos, tatus e também macucos, urus e nambus. A flecha e a armadilha eram fonte de recursos alimentícios. O laço, a arapuca e a arataca, armadilhas para aves: mutuns, macucos, jacutingas, jacus, nambus, urus e até pombinhas parirus e juritis. O mel abundante vinha das abelhas jataí-da-terra e jataí mosquito".

Os lusos converteram São Vicente, a ilha de Santo Amaro e o Canal da Bertioga num complexo sistema de defesa contra os tupinambás. Há muita história e muita estória em Bertioga.

Comecei a frequentá-la na década de sessenta do século passado. Vim com meus amigos Adelaide e João Fernandes Gimenes Molina, hóspedes de Adelina Ferrari Garcia, uma artista itatibense que residia em Jundiaí. Aqui passamos férias deliciosas. Não havia estrada, nem luz elétrica. As primeiras casas eram construídas no empreendimento Vila AGAÓ, do Dr. Alberto Hugo Oliveira Caldas, cujas netas eram nossas companheiras de juventude: Sara, Lia, Sandra. Uma juventude dourada e feliz, prenunciando um futuro luminoso.

O "Vai-querê" vendendo seus pastéis, a casa de Antonio Ermirio de Moraes, logo mais o SESC. E a imensidão sem fim de praias. Boraceia, Barra do Una, a lua nascendo no mar e "Geórgia" na "sonata" que então os jovens tocavam a pilha... Excursões à prainha, caminhadas pela praia, namoricos e amizades, todas acabando com o fim do verão...

Sou muitíssimo grato à Câmara Municipal de BERTIOGA, notadamente aos

Acesso ao Sumário

Vereadores LUIS HENRIQUE CAPELLINI, Presidente, ALFONSO DARI WEILAND, ANTONIO RODRIGUES FILHO, ARLINDO DE JESUS XAVIER, EDVALDO ALECRIM SILVA, ELISABETH DOTII CONSOLO, JOSÉ FELICIANO IRMÃO, MÁRCIA REGINA BRAZ LIA e VALÉRIA BENTO, operosos edis da 6ª Legislatura da Casa de Leis Bertioguense, que me permitem recolher, nos jardins da memória, estas reminiscências que datam quase sessenta anos.

Reencontro-me com aquele adolescente que sonhava grande, que pensava em transformar o mundo e que, de certa forma, foi transformado pelo mundo, mas que não deixou de sonhar.

Muito obrigado a todos os que propiciaram este momento de alegria para este velho magistrado, que deixa, comovido, o seu coração - agora bertioguense - a seus conterrâneos desta linda paragem.

JOSÉ RENATO NALINI (Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo)

Discurso proferido por ocasião do recebimento do título de "Cidadão Guarujense" (Homenagem realizada em 12.06.2015).

DISCURSO DE CIDADANIA DE GUARUJÁ

Lindas praias, verde exuberante, por muitos séculos permaneceram junto ao mar aberto. Praias quase solitárias, frequentadas por índios e, mais tarde, por seus continuadores, os caiçaras.

O grande sítio chamado "Glória", com extensão de terras quase inteiramente cobertas por frondosas florestas, com abundância de água potável, era de propriedade de Miguel Francisco Bueno e Chaves e sua mulher D. Antonia Fausto Rodrigues. Venderam-no a Miguel Antonio Jorge por Rs 150$000 conforme escritura de 4.8.1860.

Vicente de Carvalho adquiriu uma parte dessas terras por compra aos herdeiros e há notícias de uma velha chácara de Hygino Botelho de Carvalho, pai do poeta do mar, que ficava no "Guarujá-Guassu". Ali se refugiou um escravocrata, perseguido por uma corveta inglesa, a vigiar o contrabando humano naquela costa.

Guarujá é berço da liberdade, pois Vicente de Carvalho foi um dos mais apaixonados abolicionistas. Em 1811, de acordo com o recenseamento dos sítios e fazendas santistas, o nome Guarujá-Guassu já aparece. "É o sítio frente ao mar grosso, englobando apertadíssima passagem, entre duas pontas de morro muito próximas e altas. Por ela passou mais tarde o trenzinho elétrico e a atual rodovia de acesso à cidadela balneária. O nome Guarujá é corruptela de Gu-Ar-YYa, abertura de um lado a outro, alusiva à existência, antigamente, também de uma ponta de rochas que se prolongava

até o mar, onde esteve o Recreio das Pedras ou Recreio Orlandi e atualmente se ergue o edifício "Sobre as Ondas". Tinha uma passagem cortando a lombada baixa do morro, ponta que prejudicava a comunicação de uma praia para outra aos carros de passeio e fornecimento, obrigando-os, aos passageiros, a trajetos difíceis. Eram pedrouços altos, seccionados ao meio por uma estreita passagem. Deu origem ao nome da verdadeira praia do Guarujá, hoje erradamente chamada de Astúrias, nome de antigo restaurante no extremo das areias e rochas, e local de varas e anzóis, em pescarias amadorísticas".

A vocação de estância balneária logo surgiu. Em 2.9.1993, com grande festa, inaugurou-se a bonita cidade turística. Presentes o Presidente do Estado Bernardino de Campos, o Secretário do Interior Cesário Mota Júnior e o Bispo de São Paulo, D. Joaquim Albuquerque Arcoverde. O Correio Paulistano de 6.9.1893 publicou notícia completa da solenidade de inauguração. "A partida da capital paulista fora às 11 horas da manhã de sábado, cerca de 80 convidados. ...A chegada a Santos, na gare da São Paulo Railway, às 1,40 da tarde, recebidos pelos chefes políticos da cidade...Bondes especiais transportaram os convidados à ponta da Alfândega, onde o vapor "Cidade de São Paulo", um elegante iate para viagens de recreio aguardava-os para levá-los à ilha. Depois de uma travessia de 40 minutos mais ou menos, o "Cidade" atracara à "Costeira, o ponto de desembarque da ilha. Uma linha férrea, pertença da Empresa, fez o transporte dos convidados até à vila. Numa extensão de cerca de 6 quilômetros estava ela assente, trajeto realizado em 10 minutos. A locomotiva e 3 vagões de primeira classe compunham o comboio que conduzia a comitiva. Os srs. Bernardino de Campos, Cesário Mota e Elias Fausto fizeram o trajeto na frente da locomotiva, em um banco elegantemente adornado. Dom Joaquim e seu séquito seguiram num vagão ricamente enfeitado de galhardetes e festões".

Houve muita festa, visita à praia, uso de chalés de madeira sueca, banhos de mar, missa festiva e baile no Cassino, onde se dançou animadamente até à madrugada. Volta à Estação da Luz, às 5,55 horas da tarde do segundo dia de festas. Foi assim que nasceu o Guarujá!

Washington Luis, em 1923, no comando do Estado, declarou de forma definitiva: "foi essa uma improvisação do gênio paulista em 1891".

Quem quiser saber mais sobre o início da vida do Guarujá precisa ler o livro "Uma vida,... muitas vidas", de Georgina Trussardi Melaragno, com notas sobre a cidade no ano de 1910: "Ah! O Guarujá de minha meninice" O primitivo hotel era um velho casarão no mesmo local onde esteve até há pouco o Grande Hotel. Chamava-se Hotel de La Plage. Aquelas praias tão lindas, tão despovoadas; ruas sem calçamento, chalés de madeira, importados da Suíça, no fim do século passado! Havia espalhados pela praia, pequenas cabines para os banhistas trocarem de roupa. A temporada chique era mesmo no mês de junho, no inverno, e os banhos eram tomados às 7 horas da manha ou mais cedo...".

Hoje Guarujá é esta grande cidade, comandada por MARIA ANTONIETA DE BRITO, lutadora pela melhoria não só urbana, mas do convívio entre os moradores e os frequentadores das temporadas. Lugar de beleza infinita, que agora posso chamar

Acesso ao Sumário

de “minha cidade”, graças à generosidade do Vice-Presidente da Câmara Municipal, o Vereador LUCIANO DE MORAES ROCHA, cuja profícua atuação se traduz em inúmeras iniciativas meritórias.

Posso mencionar a Lei 4.212/2015, que institui o programa Frequência Digital nas Escolas da Rede de ensino do município, a Lei 4210, que institui o programa de instalação de brinquedos e equipamentos para pessoas com deficiências a Lei 4.154, que obriga estabelecimentos a afixarem placa de incentivo à doação de cupons e ou notas fiscais a entidades civis com fins não econômicos, a Lei 4.109, que institui meios de controle e fiscalização do uso de equipamento de proteção individual, a lei do teste do Reflexo Vermelho, a instituição de Pacto Municipal Social, a reserva de assentos nos órgãos municipais a idosos, gestantes, lactantes e pessoas com necessidades especiais, a lei de destinação de áreas para estacionamento de bicicletas, o Dia do Combate contra a violência a pessoa idosa, entre tantas outras notáveis iniciativas.

Pois foi o vereador LUCIANO DE MORAES ROCHA, o querido “Tody”, que teve a iniciativa da propositura de resultou no Decreto Legislativo 1.061, que me concede o honroso título de Cidadão de Guarujá. Já sou frequentador deste lindo município desde praticamente criança, tenho um refúgio aqui e pretendo, no ano próximo, passar boa parte de meus dias a apreciar esta paisagem e a usufruir da qualidade de vida de um dos mais dinâmicos e progressistas municípios paulistas. Muito obrigado a ele e aos demais Vereadores da operosa Décima Sexta Legislatura, Presidente RONALD LUIZ NICOLACI FINCATII, ANTONIO FIDALGO SALGADO NETO, 1º Secretário e GIVALDO DOS SANTOS FEITOZA, 2º Secretário, mais EDILSON DIAS DE ANDRADE, EDMAR LIMA DOS SANTOS, ELIAS JOSÉ DE LIMA, GERALDO SOARES GALVÃO, GILBERTO BENZI, JAILTON REIS DOS SANTOS, JAIME FERREIRA DE LIMA FILHO, LUCIANO LOPES DA SILVA, o China, MÁRIO LÚCIO DA CONCEIÇÃO, MAURO TEIXEIRA, NELSON ALVES FILHO, VALDEMIR BATISTA SANTANA e WALTER DOS SANTOS.

Muito obrigado a quantos tornaram possível este galardão, que aceito humildemente, como honra ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que sempre devotou a esta Comarca a melhor de suas atenções.

JOSÉ RENATO NALINI (Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo)

Discurso proferido por ocasião do recebimento do título de “Cidadão de Patrocínio Paulista” (Homenagem realizada em 16.06.2015).

DISCURSO DE CIDADANIA DE PATROCÍNIO PAULISTA

Honra-me a Câmara Municipal de PATROCÍNIO PAULISTA e, notadamente, o Vereador que teve a generosidade de me conceder o título de Cidadão.

A cidadania é o galardão maior que um município pode conferir a um forasteiro: considerá-lo conterrâneo, um igual, um irmão.

O nosso homenageado, o erudito Juiz CARLOS ALBERTO BASTOS DE MATOS, que tive o privilégio de conhecer de perto, ao discursar na Sessão Solene da Câmara Municipal em comemoração ao centenário de PATROCÍNIO PAULISTA, em 10.3.1985, mencionava a impressão do notável AURO SOARES DE MOURA ANDRADE, então com 19 anos, ao visitar esta cidade: "Respirei com todos os pulmões o ar cheio de vida e quis abraçar num longo abraço a natureza em seus campos, na sua passarada, em seus bosques... Ergui os olhos para o firmamento, querendo, como as montanhas, alcançar assim as estrelas do céu... Ah! Sublime surpresa, deparei em minha frente o Templo de Deus, catedral gloriosa da religião de meus pais, a Igreja altaneira, sorrindo para a cidade adormecida!... E eu vejo a pequenina Sapucaí como encantadora violeta escondida num grande jardim florido".

Nessa noite o saudoso e inolvidável CARLOS ALBERTO BASTOS DE MATOS recordava alguns dos oitenta e sete magistrados que até então haviam passado pela comarca: OLAVO FERREIRA PRADO, JURANDYR NILSSON, OLAVO ZAMPOL, CANTIDIANO GARCIA DE ALMEIDA, JOSÉ GERALDO RODRIGUES DE ALCKMIN, DÁCIO ARANHA DE ARRUDA CAMPOS. Lembrou com carinho de JOÃO PINTO CAVALCANTI, que aqui judicou por onze anos.

Ao receber o título de Cidadão Patrocinense, em 29.11.1985, iniciou o seu pronunciamento com a poética expressão:

Que terra é esta?

Que terra é esta tão sedutora que enfeitiça os peregrinos?

Que terra é esta que enlaça seus filhos num abraço tão afetuoso que os anos não desvencilham?

Alguém que tanto trabalhou pela cidade, era humilde ao dizer que a outorga era imerecida. O que dizer então deste transitório Chefe do Poder Judiciário que não teve o privilégio de judicar em PATROCÍNIO PAULISTA?

Só posso aceitar a honraria como homenagem ao TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, que procurou sempre privilegiar a comarca, dotando-a de magníficos e excelentes magistrados, o que continua até o dia de hoje, com o culto e proficiente Juiz Dr. FERNANDO DA FONSECA GAJARDONI.

Se algo fiz por merecer este presente, foi batizar o Fórum de PATROCÍNIO PAULISTA com o honrado nome do Juiz CARLOS ALBERTO BASTOS DE MATOS, exatamente um ano e uma semana mais novo do que eu, nascido em 31.12.1946 e tão precocemente falecido em 4.8.2004. Egresso da velha e sempre nova Academia do Largo de São Francisco, foi servidor do Tribunal de Justiça, depois exitoso aprovado nos concursos de Delegado de Polícia, Promotor de Justiça e Juiz de Direito. Meu confrade imortal de uma Academia de Letras, no caso a Francana, historiador responsável

Acesso ao Sumário

pela coordenação e edição do Almanaque Histórico de PATROCÍNIO PAULISTA e magistrado provido de todos os atributos que o fizeram merecedor de mais esta imortalidade.

Para todo o sempre, os frequentadores deste Templo de Justiça honrarão o nome de CARLOS ALBERTO BASTOS DE MATOS, cujo filho MIGUEL é um parceiro da Justiça e divulgador das melhores causas.

Dele se extrai como testamento o testemunho de sua realização em plenitude na missão de julgar o semelhante, quando proclamou:

‘’Dou-me por realizado e feliz se exerci, como magistrado, uma função de congraçamento da família patrocinense, pois não é outra senão essa a suprema aspiração de um juiz, pois não é outra a meta do Direito senão a de ser o instrumento de harmonia e paz entre os homens “.

Hoje, numa era em que a harmonização e a pacificação social se impõem como alternativa única para a excessiva judicialização da sociedade brasileira, suas palavras ecoam como prudente admoestação à praxe demandista e servem de conselho útil e saudável para toda a posteridade.

Sinto-me triplamente recompensado por estar hoje a vivenciar esta magnífica oportunidade: honrar CARLOS ALBERTO BASTOS DE MATOS, participar da alegria de sua família, sobretudo de seu filho MIGUEL, de quem está legitimamente orgulhoso e tornar-me, como ele foi um dia, embora sem qualquer mérito, no meu caso, um CIDADÃO PATROCINENSE.

Empresto dele o expressivo final de seu lindo discurso de agradeci mento à outorga cidadã:

Oh! Sapucaí. Grato, este teu novo filho canta mais uma vez com o Poeta: Abre-me o teu regaço, estes meus olhos cerra! E te prometo que jamais repetirei a indagação de dois anos atrás. E também te prometo que se alguém me perguntar: Que terra é esta? Orgulhoso haverei de responder: Esta é a minha terra!

Deus lhes pague a todos!

Acesso ao Sumário

MARIO ANTONIO DA SILVEIRA (Desembargador)

Discurso em nome do Tribunal de Justiça, por ocasião da posse do novo Desembargador do Tribunal de Justiça, Milton Paulo de Carvalho Filho (Solenidade realizada em 18.06.2015).

Exmo. Sr. Des. Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, Dr. José Renato

Nalini, na pessoa de quem, pedindo vênia, saúdo os demais colegas, autoridades, convidados e familiares do ilustre Dr. Milton Paulo de Carvalho Filho.

Primeiramente, saudar em nome do Tribunal de Justiça o insigne Dr. Milton Paulo, além de ser uma honrosa missão, é ela para mim espinhosa. Torna-se fácil saudar uma pessoa com um, porém quando se trata de saudar u m homem de caráter e de capacidade jurídica ímpar, a missão reveste-se de alta complexidade.

Conheci o Dr. Milton Paulo, em 1988, na Alta Paulista, quando era Juiz de Direito de 2ª entrância em Dracena e ele, então Juiz Substituto nomeado à comarca de Andradina. Passaram-se 27 anos até o dia de hoje, com o Dr. Milton Paulo só enriquecendo o nosso Tribunal de Justiça de São Paulo, instituição a inda injustiçada por alguns.

Trilhou esses anos pelas Comarcas de Pitangueiras, 1ª entrância; Andradina, 2ª entrância; Piracicaba, 3ª entrância, comarca que adotou até os dias de hoje, até chegar às entrâncias especial e final na Comarca da Capital. Alcançou a 2ª instância, como Juiz Substituto em 2º Grau em 2011.

Foi assessor da Presidência de Direito Privado sem declinar de cumprir com sua precípua função de magistrado, tão pouco se deixando levar pela vaidade ou arrogância.

Assim tem sido sua vida concubinária com a Magistratura. Erudito por natureza e estirpe, filho que é do culto Professor Milton Paulo de Carvalho. Formado pela Faculdade de Direito de Osasco em 1986, é Mestre pela Universidade Mackenzie, em 2002, e Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo em 2007. Sua dedicação aos estudos resultou na autoria de 16 obras de direito civil e de direito processual civil.

Insigne professor da Universidade Mackenzie, das Faculdades Armando Alvarez Penteado e professor-coordenador da Escola Paulista da Magistratura, jamais se utilizou da toga para essa única atividade acadêmica permitida aos Juízes. Ao contrário, nestas épocas sociais turbulentas, que refletem em nossa Corte, a maior e mais importante do país, sempre respondeu com altivez e com a máxima de que não se deve perguntar o que o Tribunal de Justiça pode propiciar ao magistrado, mas o que o magistrado pode fazer pelo Tribunal de Justiça, à luz das palavras de John Kennedy.

Atrás de qualquer grande homem, sempre há uma grande mulher. Não há nada mais comum, batido e impróprio do que essa máxima. No caso do Dr. Milton Paulo, podemos assegurar que ao lado de um grande homem sempre há uma grande mulher. Casado com a Dra. Marta Tortamano de Carvalho, advogada ilustre e atuante, integra uma família com raízes sólidas de honra, integridade e felicidade juntamente aos filhos Maria Olivia, Maria Eugenia e Miltinho.

A capacidade de trabalho e a gerência de gabinete do Dr. Milton Paulo são por todos conhecidas. Verdadeiro aniquilador de processos rege com maestria seu gabinete, formado de assistentes dedicados, que não poderiam agir de forma contrária, tendo-se em vista a lucidez orientadora que dele emana.

O comportamento humano inserido no dizer o direito pelo Dr. Milton Paulo

Acesso ao Sumário

encontra-se, diante das lições de Walter Benjamim, no fato de ser ele um personagem de caráter, pois aquele que tem caráter vive num contexto ético essencialmente constante. O Dr. Milton Paulo exala o caráter no presente com o resultado da solidez do passado, como exercício de uma magistratura incomum.

A preocupação com a prestação jurisdicional eficiente e célere, tendo plena consciência de que o jurisdicionado não tem o alcance ou o objetivo de querer para si teses ou filigranas doutrinárias, mas sim de conseguir a solução de seu conflito judicial tormentoso, é a tônica, a essência da magistratura do Dr. Milton Paulo. Sabe utilizar-se do direito como a medida solucionadora dos conflitos da pessoa humana, por ter consciência que não são as qualidades morais do ser humano as mais importantes, mas sim suas ações.

Agradecendo a paciência e a tolerância de todos, tenho a certeza de que o Tribunal de Justiça de São Paulo engrandece-se ainda mais a partir do dia de hoje com a posse do probo Desembargador Milton Paulo de Carvalho Filho.

Obrigado.

LUIZ OTÁVIO DE OLIVEIRA ROCHA (Desembargador)

Discurso por ocasião de sua posse como Desembargador do Tribunal de Justiça (Solenidade realizada em 18.06.2015).

Excelentíssimo Senhor Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Doutor José Renato Nalini.

Excelentíssimo Senhor Desembargador Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Doutor Eros Piceli, na pessoa de quem saúdo as demais autoridades presentes e já nominadas.

Senhoras e senhores. Meus familiares e amigos.

O momento é de externar minha gratidão, imensa alegria e orgulho em assumir o cargo de Desembargador do maior e melhor Tribunal de Justiça do País, composto por magistrados selecionados pela capacidade e competência, entre eles, os aqui presentes, a quem me dirijo, inicialmente, para agradecer a amizade e o carinho que sempre dedicaram a mim e que, com certeza, contribuíram para que eu atingisse este importante marco na carreira.

Agradeço especialmente ao Desembargador Mario Antonio Silveira, meu grande amigo e que acompanhou, ainda que à distância, meus passos durante todos esses anos, pelas palavras carinhosas e de estímulo que me foram dirigidas, e as atribuo à bondade de seu coração.

A trajetória até aqui foi longa, tendo consumido metade dos meus anos de vida e que, até por isso, fez reavivar em minha memória o tempo percorrido e os momentos passados.

É difícil dissociar hoje o alcance desse ponto culminante, das etapas anteriores da carreira, principalmente por considerar que vivi e aproveitei muito bem este período passado, com grande esforço e dedicação para que a missão que me foi confiada fosse fielmente cumprida.

Por isso, não pretendo aqui enaltecer a sabida relevância da função do Poder Judiciário no contexto de crise atual, ou sugerir propostas para dar efetividade à prestação jurisdicional, nem tampouco dissertar sobre todos os passos percorridos nesses vinte e sete anos que antecederam este momento. Apenas peço licença a Vossa Excelência, senhor Presidente, para uma sucinta referência a esse tempo anterior, pois, neste instante, este é o desejo maior de meu coração.

Sempre expressei meu apreço pelo critério evolutivo do juiz na carreira. Do período de experiência em uma comarca de poucos habitantes, de causas de menor complexidade e proximidade com a comunidade local, até alcançar a Capital do Estado, onde tudo acontece, muito se aprende e compreende.

Minha vida de juiz de direito não foi diferente!

A lonjura das Cidades de Andradina, Mirandópolis e Pereira Barreto e a utilização do prédio do fórum, por um ano, como moradia, foram compensados pelo aroma, nos corredores do foro, da fornada vespertina do pão caseiro feito pela servidora mais antiga da comarca e pelo futebol no final do dia com os funcionários. O estranho hábito dos advogados da cidade de não se trajarem devidamente para a atividade forense, não significava manifestação de afronta e desrespeito à autoridade judicial, mas sim a simplicidade de uma população que tem de suportar quase que diariamente o calor escaldante de 40 graus. O povo humilde e acolhedor sabia como tocar a sensibilidade do até mais austero e rigoroso dos magistrados, que, por sua vez, passava a compreendê-lo.

O grande aprendizado e a integração com a comunidade local, nesse período de mais de três anos, fez com que eu passasse admirar, como paulistano, o cidadão do interior do Estado com sua bondade natural.

Outra fase importante de minha carreira passei na Comarca de Piracicaba. Nela, por quase dez anos, vivi intensamente, cresci profissionalmente e fiz grandes amigos.

O trabalho inicial na pesada vara criminal e os problemas afetos à infância e à juventude, decorrentes da vigência recente do novo estatuto, foram compensados pela convivência com os competentes magistrados que lá judicavam e com o excelente corpo de funcionários que, com a peculiar característica de incansável disposição, tomaram o trabalho mais suave e prazeroso.

Na infância dos meus três filhos naquela comarca, eles passaram a gostar da simplicidade de seu povo, a admirar a forma carinhosa com que eram tratados e a

perceber a amizade sincera, relegando o sotaque carregado dos amigos, que ainda hoje mantêm.

Saí de Piracicaba com desalento no coração, porém com a sensação de dever cumprido e com o sempre desejo de alcançar este cargo que agora me é conferido. Pelos anos felizes que passei naquela cidade, percebi que me deixei cair por seus encantos e hoje, talvez por isso, a adore tanto, exatamente como noticia o seu hino.

Já na Capital do Estado vieram novas experiências, passando desde a judicatura no fórum central até os foros regionais de Jabaquara e Pinheiros, que me fizeram lembrar do período passado no interior. Aqui também conheci de perto o funcionamento da estrutura do Poder Judiciário, exercendo funções nas assessorias da Corregedoria Geral da Justiça e da Presidência de Direito Privado, até atingir o cargo de juiz convocado e de juiz substituto em segundo grau.

O cargo que hoje se alcança é resultado dessa caminhada longa, trabalhosa, frutífera e, acima de tudo, senhor Presidente, a meu ver, necessária, tanto para a completa formação do juiz como para o bom exercício de seu oficio.

Afinal, ‘’julgar é compreender. Compreender é descer ou subir até às condições do meio em que as partes se agitam. É estudar também as condições interiores delas. A vida de cada caso tem sempre uma particularidade nova e a Justiça se faz através da compreensão pelo julgador da índole das partes, de sua educação, de seu sofrimento ou de sua felicidade e de outros fatores, sempre de aspectos múltiplos”, como, sabiamente, há muito, escreveu EDGARD DE MOURA BITTENCOURT, sobre o magistrado contemporâneo.

Considero que novo passo será dado nessa autêntica e compensadora história de minha vida, e que foi a mim proporcionada por graça do Poder Judiciário do qual me orgulho integrar.

E desse contexto todo, que chega a um final tão esperado e desejado, não se pode deixar de lembrar e agradecer aqueles que fizeram parte e que contribuíram para que fosse alcançado.

Aqui a real e grande relevância desse momento!

Acesso ao Sumário

Aos magistrados, José Roberto Nogueira Nascimento e Femando Sastre Redondo, agradeço por me orientarem nos primeiros passos da carreira, ensinando que o juiz deve ter sempre disciplina no desempenho de sua atividade e que a humildade e o respeito devem fazer parte de seu cotidiano.

Da Comarca de Piracicaba agradeço o convívio e a atenção incondicional de meus colegas Newton de Oliveira Neves, Hamid Charaf Bdine Junior, Mauro Antonini e Reinaldo Torres de Carvalho, cuja estreita amizade mantenho até hoje. Nessa comarca reencontrei o Dr. Francisco Alberto Marciano da Fonseca. Com ele, meu saudoso amigo, aprendi como um juiz pode viver em sua comunidade sem que sua autoridade seja desrespeitada e sem que passe por limitações a lhe impor, e à sua família, penosos

sacrifícios. Ao Beto meu carinhoso abraço, que nesse ato transmito à pessoa de sua esposa Carmem.

Muitos foram os colegas aqui na Capital que certamente contribuíram para que eu completasse o caminho ao alcance do cargo mais elevado da magistratura. Entre eles aqueles que comigo trabalharam como assessores na Corregedoria e na Presidência de Direito Privado. A estes, que gostaria de nominar, mas não teria tempo para fazê-lo, meu mais sincero e profundo agradecimento.

Não posso deixar de agradecer a acolhida atenciosa com que fui recebido na 4ª Câmara de Direito Privado pelos desembargadores Enio Zuliani, Fernando Maia da Cunha, Carlos Teixeira Leite, Fábio Quadros, Natan Zelinsch e Carlos Henrique Miguel Trevisan, por tomarem muito mais fácil minha adaptação à judicatura de segundo grau e pelo tratamento carinhoso que me foi dispensado.

Aos servidores com quem trabalhei, agradeço pela colaboração e respeito que sempre dedicaram a mim, em especial, aqueles que hoje compõem meu gabinete de trabalho, a quem pessoalmente já externei minha gratidão e ressaltei a importância que tiveram nessa caminhada, e na que ainda virá, no auxílio da prestação do serviço público célere e de boa qualidade.

Também preciso agradecer a meus pais, Nilda do Carmo e Milton Paulo, incansáveis no comando de uma grande e harmoniosa família, que iluminados por Deus, sempre dedicaram muito amor e atenção a todos, sem distinção. A eles agradeço pelo exemplo que me concederam.

Aos meus irmãos que sempre acompanharam de perto os meus passos na carreira e torceram por meu sucesso, minha eterna gratidão. Incluo aqui também minha saudosa tia, Nilza Therezinha de Lima Capretz, funcionária exemplar deste Egrégio Tribunal de Justiça, e que hoje com certeza estaria muito feliz e orgulhosa do alcance deste ideal.

Agradeço à Marta, minha esposa e sempre companheira, e a meus filhos, Maria Olivia, Maria Eugênia e Milton Paulo Neto, razão maior de minha existência, que muito contribuíram para que eu pudesse exercer meu oficio com prazer e tranquilidade.

Devo agradecer também, senhor Presidente, aqueles amigos que me proporcionaram distração e descontração para que exercesse todos os dias minha atividade com o necessário descanso mental e satisfação. Entre eles os meus colegas da Fundação Armando Alvares Penteado - FAAP, onde ministro aulas há catorze anos, e do meu time de futebol, que, por igual tempo, tornam meu sábado mais agradável e alegre. A eles, alguns aqui presentes, meu especial agradecimento e a manifestação de desejo de que nosso convívio perdure por ainda muitos anos.

Senhor Presidente, permita-me também fazer um agradecimento especial a Vossa Excelência pela amizade que temos desde os tempos em que também ministrava aulas na FAAP e principalmente pela demonstração de carinho, afeto e respeito que sempre nutriu por meu pai. Cumprimento-o pelo trabalho desenvolvido na Presidência desta Egrégia Corte, onde Vossa Excelência, acima de tudo, batalha pelas garantias e

prerrogativas da magistratura e pela eficiência do serviço forense.

Por fim, agradeço a Deus por tudo o que me foi propiciado pela magistratura paulista que cooperou para a minha felicidade e hoje para a minha realização plena.

Renovo aqui meu encargo de servir ao Poder Judiciário e a este Egrégio Tribunal, com fé na justiça, ética, equidade, verdade e respeito ao próximo, a fim de que a tarefa de único guardião dos direitos fundamentais do povo brasileiro permaneça sempre ativa.

Muito obrigado!

Acesso ao Sumário