REVISTA ELETRÔNICA DE JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

REVISTA OFICIAL DO TRIBUNAL DE
JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOLUME 11 – ANO 2

SETEMBRO E OUTUBRO DE 2015

As íntegras aqui publicadas correspondem aos seus originais, obtidos junto aos órgãos responsáveis do Tribunal.

COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA

Presidente

Desembargador José DAMIÃO Pinheiro Machado COGAN

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) Agravos de Instrumento 42

b) Agravos Regimentais 115

c) Apelações 121

d) Embargos de Declaração 373

e) Embargos Infringentes 386

Seção de Direito Público

a) Agravos de Instrumento 394

b) Agravos Regimentais 445

c) Apelações 455

d) Apelações/Reexames Necessários 542

e) Conflitos de Competência 554

f) Embargos de Declração 562

g) Reexames Necessários 567

3- Jurisprudência Criminal:

a) Ações Penais - Procedimentos Ordinários 574

b) Agravos em Execução Penal 579

c) Agravos Regimentais 586

d) Apelações **591**

e) Correições Parciais 674

f) Embargos Infringentes e de Nulidade 680

g) *Habeas Corpus* 685

h) Recursos em Sentido Estrito 702

i) Revisões Criminais 707

4- Jurisprudência do Órgão Especial:

a) Ações Rescisórias 718

b) Ações Diretas de Inconstitucionalidade (Adin's) 723

c) Agravos Regimentais 799

d) Arguições de Inconstitucionalidade 814

e) Conflitos de Competência 832

5- Jurisprudência da Câmara Especial:

a) Agravos de Instrumento 846

b) Apelações 861

c) Conflitos de Competência 894

d) Conflitos de Jurisdição 903

e) *Habeas Corpus* 905

6- Conselho Superior da Magistratura 912

7- Noticiário 930

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. 11, set./out. 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 José Carlos Gonçalves XAVIER DE AQUINO

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 José DAMIÃO Pinheiro Machado COGAN

ÓRGÃO ESPECIAL

José Carlos Gonçalves XAVIER DE AQUINO
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
RENATO Sandreschi SARTORELLI
CARLOS Augusto Lorenzetti BUENO

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
Luiz Fernando SALLES ROSSI

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Presidente
Desembargador José RENATO NALINI

Vice-Presidente
Desembargador EROS PICELI

Corregedor-Geral da Justiça
Desembargador José Carlos Gonçalves XAVIER DE AQUINO

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 José DAMIÃO Pinheiro Machado COGAN

CÂMARA ESPECIAL

(sala 511 — 2ª feira — 13:30 horas — PJ)
Desembargador EROS PICELI***
Desembargador José DAMIÃO Pinheiro Machado COGAN
Desembargador ARTUR MARQUES da Silva Filho
Desembargador Geraldo Francisco PINHEIRO FRANCO
Desembargador RICARDO Mair ANAFE
Desembargador WALTER ROCHA BARONE**
Desembargadora LÍDIA MARIA ANDRADE CONCEIÇÃO**
Desembargador CARLOS DIAS MOTTA**
Desembargador IASIN ISSA AHMED**
Desembargadora DORA APARECIDA MARTINS**

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**
Desembargador 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**
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 FABIO HENRIQUE PODESTÁ**
Desembargadora FERNANDA GOMES CAMACHO**

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
Desembargadora SILVIA MARIA FACCHINA ESPÓSITO MARTINEZ**
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*
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 — (SALAS 217 OU 404)

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 — (SALA 211)

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
Desembargador NELSON JORGE JÚNIOR
Desembargador ALFREDO ATTIÉ JÚNIOR**
Desembargadora CLAUDIA SARMENTO MONTELEONE*

14ª Câmara de Direito Privado (sala 211 — 4ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador Everaldo de MELO COLOMBI
Desembargador Sebastião THIAGO DE SIQUEIRA
Desembargadora LIGIA Cristina de ARAÚJO BISOGNI
Desembargador CARLOS Henrique ABRÃO***
Desembargador MAURICIO PESSOA

8º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — TERÇA-FEIRA — PJ — (SALA 504)

15ª Câmara de Direito Privado (sala 509 — 3ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador EDISON VICENTINI BARROSO
Desembargador Luiz Antonio COLEHO MENDES***
Desembargador JOSÉ WAGNER DE OLIVEIRA MELATTO PEIXOTO
Desembargador Carlos Alberto de Campos MENDES PEREIRA
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 509)

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

Desembargador Teodozio de SOUZA LOPES
Desembargador IRINEU JORGE FAVA
Desembargador AFONSO Celso Nogueira BRAZ***
Desembargador PAULO PASTORE FILHO
Desembargador RAMON MATEO JÚNIOR**
Desembargadora CLAUDIA SARMENTO MONTELEONE*

18ª Câmara de Direito Privado (sala 403 — 4ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador CARLOS ALBERTO LOPES***
Desembargador ROQUE Antonio MESQUITA de Oliveira
Desembargador HENRIQUE RODRIGUERO CLAVISIO
Desembargador HELIO Marques de FARIA
Desembargador EDSON LUIZ DE QUEIROZ

10º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — SEGUNDA-FEIRA — PJ — (SALA 510)

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 MARIO 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 — (SALA 404 OU 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 — (SALA 504/622)

23ª Câmara de Direito Privado (sala 622 — 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 José Carlos COSTA NETTO
Desembargador ROBERTO MAIA Filho
Desembargador JOÃO BATISTA AMORIM DE VILHENA NUNES**

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

25ª Câmara de Direito Privado (sala 618/620 — 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 Paulo Miguel de CAMPOS PETRONI***
Desembargadora ANA CATARINA STRAUCH
Desembargadora DAISE FAJARDO NOGUEIRA JACOT
Desembargador Eduardo AZUMA NISHI
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 211/213)

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 511)

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**
Desembargador DIMITRIOS ZARVOS VARELLIS*

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 Junior
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

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 Santarelli 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 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
Desembargador MILTON Paulo de CARVALHO Filho

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 TARCÍSO 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 MÁRIO CHIUVITE JÚNIOR*

COMPOSIÇÃO DE GRUPOS E CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO

1º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO — TERÇA-FEIRA — PJ — (SALA 227)

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
Desembargador MARCOS PIMENTEL TAMASSIA**

2ª Câmara de Direito Público (sala 217/219 — 3ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargadora VERA Lúcia ANGRISANI
Desembargador RENATO DELBIANCO
Desembargadora LUCIANA Almeida Prado BRESCIANI***
Desembargador CARLOS Alberto Mousinho dos Santos Monteiro VIOLANTE
Desembargador CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI
Desembargador ANTONIO CARLOS ALVES BRAGA JUNIOR**

3ª Câmara de Direito Público (sala 618 — 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 211/213)

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 LUÍS FERNANDO CAMARGO DE BARROS VIDAL**

5ª Câmara de Direito Público (salas 618/620/622 — 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 — (SALAS 217/219)

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 227)

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 201)

12ª Câmara de Direito Público (sala 211/213 — 4ª feira — 13:00 horas — PJ)

Desembargador OSVALDO José de OLIVEIRA
Desembargador VENICIO Antônio de Paula SALLES
Desembargador José Manoel RIBEIRO DE PAULA
Desembargador EDSON FERREIRA da Silva***
Desembargador JOSÉ LUIZ GERMANO
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 (salas 618/620/622 — 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 202/204 — 3ª 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 201/203)

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 AFONSO DE BARROS FARO JÚNIOR**
Desembargador MARCOS DE LIMA PORTA*
Desembargador LUÍS GUSTAVO DA SILVA PIRES*
Desembargador CARLOS FONSECA MONNERAT*
Desembargadora DANIELA IDA MENEGATTI MILANO*
Desembargador FRANCISCO CARLOS INOUYE SHINTATE*
Desembargador 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 Lúcia 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

GRUPO ESPECIAL DE CÂMARAS DE DIREITO AMBIENTAL — QUINTA-FEIRA — PJ — (SALA 232/236)

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

Desembargador Ricardo Cintra TORRES DE CARVALHO
Desembargador OSWALDO LUIZ PALU
Desembargador RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO
Desembargador João Francisco MOREIRA VIEGAS***
Desembargador MARCELO Martins BERTHE

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 Lúcia 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 201/203)

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 JOSÉ RENATO NALINI
Desembargador Antonio de ALMEIDA SAMPAIO
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
Desembargador MAURICIO HENRIQUE GUIMARÃES PEREIRA FILHO**

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

Desembargador RICARDO Cardozo de Mello TUCUNDUVA
Desembargador ERICSON MARANHO
Desembargador Antonio Carlos MACHADO DE ANDRADE
Desembargador JOSÉ RAUL GAVIÃO DE ALMEIDA***
Desembargador MARCO ANTONIO Marques da Silva
Desembargador MARCOS ANTONIO CORREA DA SILVA**

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

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

Desembargador FERNANDO Geraldo SIMÃO***
Desembargador ALBERTO ANDERSON FILHO
Desembargador AGUINALDO DE FREITAS FILHO
Desembargador Luiz OTAVIO de Oliveira ROCHA
Desembargador REINALDO CINTRA Torres de Carvalho

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**

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 OTÁVIO HENRIQUE de Sousa Lima
Desembargador Antonio SÉRGIO COELHO de Oliveira***
Desembargador ROBERTO Caruso Costabile e SOLIMENE
Desembargador AMARO José THOMÉ Filho
Desembargadora IVANA DAVID**
Desembargadora ELY AMIOKA**

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 504/506)

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
Desembargadora IVANA DAVID**

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 Antônio ÁLVARO CASTELLO
Desembargador AMABLE LOPEZ SOTO**
Desembargador SÉRGIO MAZINA MARTINS**

7º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CRIMINAL — QUINTA-FEIRA — PJ — (SALA 403)

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 — QUINTA-FEIRA — PJ — (SALA 229)

15ª Câmara de Direito Criminal (sala 229 — 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
Desembargador GILBERTO FERREIRA DA CRUZ**

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 — 10:00 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 LUÍS 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 EUVALDO CHAIB Filho
Desembargador José Antonio ENCINAS MANFRÉ
Desembargador ROBERTO Caruso Costabile e SOLIMENE
Desembargador Luiz OTAVIO de Oliveira ROCHA

JUÍZES DE DIREITO SUBSTITUTOS DE SEGUNDO GRAU

(em ordem de antiguidade)

Silmar Fernandes
Denise Andréa Martins Retamero
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
Sérgio 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
João Antunes dos Santos Neto
Fernanda Gomes Camacho
Afonso de Barros Faro Júnior
Antonio Carlos Alves Braga Júnior
Gilberto Ferreira da Cruz
Dora Aparecida Martins
Mauricio Henrique Guimarães Pereira Filho

DOUTRINA

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Apontamentos sobre a medida em favor do Consumidor e o Incidente previsto no Novo Código de Processo Civil

ALEXANDRE DAVID MALFATTI[1][2]
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

1. A Desconsideração da Personalidade Jurídica em favor do consumidor no Código de Defesa do Consumidor. O parágrafo único do artigo 28 do CDC. Adoção da "teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica".

Inicialmente, ressalta-se a disciplina da desconsideração da personalidade jurídica, no artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor (CDC). Cuida-se de uma seção dentro do capítulo IV da Lei nº 8.078/90: "Qualidade de Produtos e Serviços, da Prevenção e da Reparação de Danos".

A possibilidade da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito do CDC representa uma medida em favor do consumidor, sendo preciosa a abertura dada pelo parágrafo 5º do artigo 28: **"*também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores*"**.

Essa norma geral configurou para as relações de consumo uma ampla possibilidade de adoção da medida em favor do consumidor, bastando que o ressarcimento dos prejuízos fosse de alguma forma embaraçada.

---

1 **Alexandre David Malfatti.** Especialista em Processo pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre e Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Coordenador da Área de "Direito do Consumidor", na Escola Paulista da Magistratura. Coordenador do Curso de Especialização em Direito do Consumidor na Escola Paulista da Magistratura. Palestrante em "Cursos de Especialização" e "Cursos de Formação Inicial e Formação Continuada de Magistrados" e autor de obras jurídicas nas áreas de Direito do Consumidor e Direito Processual Civil. Juiz de Direito no Estado de São Paulo.

2 Importante anotar que a brilhante palestra proferida pelo Professor e Desembargador Itamar Gaino, na Escola Paulista da Magistratura no dia 09.9.2015 no âmbito do curso "O Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código de Processo Civil", serviu de estímulo para escrevermos o artigo. Nossas homenagens ao ilustre professor!

Entende-se por "obstáculo ao ressarcimento dos prejuízos causados ao consumidor" não somente a ausência de bens em nome da fornecedora. Há também situações em que a expropriação de bens da fornecedora será muito complexa e demorada, que estará viabilizada a desconsideração da personalidade jurídica como forma de efetivação do ressarcimento de maneira abreviada[3].

A intepretação do CDC deve conformar-se aos princípios constitucionais e legais que, além do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, determinam como direitos básicos: (i) efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos e (ii) o acesso aos órgãos judiciários com vistas àquelas prevenção e reparação.

Portanto, conforme assentado na doutrina[4] e nos tribunais[5], o

3 A lei não exigiu a inexistência de bens do fornecedor, para se admitir a desconsideração da personalidade jurídica. Obstáculo ou embaraço traduz uma situação de dificuldade. Isto é, a expropriação de bens do fornecedor pode ser de tamanha complexidade, demora ou risco que se justifica avançar-se sobre bens do sócio como forma de dar efetividade ao direito do consumidor ser ressarcido de maneira efetiva. A respeito, confira-se precedente do Tribunal de Justiça de São Paulo, Agravo de Instrumento nº 2110907-23.2014.8.26.0000, 6ª. Câmara de Direito Privado, relator o Desembargador Francisco Eduardo Loureiro, julgado em 14.8.2014, em que se admitiu a desconsideração da personalidade jurídica em favor do consumidor (um condomínio) porque a empresa fornecedora indicou a penhora direitos sobre jazigos, caracterizando-se ativos de baixa liquidez.

4 No início da vigência do Código de Defesa do Consumidor, a doutrina divergiu sobre o alcance do parágrafo 5º do artigo 28 do CDC. Conforme escólio do professor Cavalieri Filho (**in** "Programa de Direito do Consumidor", p. 362-363), "*esse dispositivo, como era de se esperar, gerou grande divergência na doutrina e na jurisprudência. De um lado (Fábio Ulhoa Coelho, Genacéia da Silva Alberton, Zelmo Denari), há os que sustentam deva ser ele aplicado em consonância com o disposto no* ***caput*** *do art. 28, isto é, quando ficar configurada a fraude, o abuso de direito, o excesso de poder, etc. Os consumeristas, do outro lado, sustentam que o parágrafo 5º do art. 28 do CDC não guarda relação de dependência com o* ***caput*** *do seu artigo, o que, por si só, não gera incompatibilidade legal, constitucional ou com os postulados da ordem jurídica*". O professor Sérgio Cavalieri destacou que, em sua opinião – representando aquilo que se formou na doutrina majoritariamente – mesmo fora das hipóteses do artigo 28, *caput* e parágrafos, podia o juiz desconsiderar a personalidade jurídica, diante de um obstáculo ao ressarcimento dos consumidores. Aliás, a título de lembrança, o próprio professor Zelmo Denari modificou sua posição – ao comentar o artigo 28 na obra "O Código de Defesa do Consumidor – Comentado pelos autores do anteprojeto" (p. 256-258), passando a admitir a interpretação de acordo com a "teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica".

5 A respeito, tem-se o precioso julgamento do Recurso Especial nº 279.273-SP, 3ª Turma do STJ, relatora a Ministra Nancy Andrighi, julgado em 04.12.2003, DJ 29.3.2004, em que se discutiu a desconsideração da personalidade jurídica em relação aos réus da Ação Civil Pública no caso de ressarcimento dos consumidores pelo acidente do Osasco Plaza Shopping, destacando-se parte da ementa: "*– A teoria menor da desconsideração, acolhida em nosso ordenamento jurídico excepcionalmente no Direito do Consumidor e no Direito Ambiental, incide com a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial. – Para a teoria menor, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica. – A aplicação da teoria menor da desconsideração às relações de consumo está calcada na exegese autônoma do § 5º do art. 28, do CDC, porquanto a incidência desse dispositivo não se subordina à demonstração dos requisitos previstos no* ***caput*** *do artigo indicado, mas apenas à prova de causar, a mera existência da pessoa jurídica, obstáculo ao*

Acesso ao Sumário

Código de Defesa do Consumidor adotou a chamada "teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica" em que bastam indícios de insolvência – dificuldade para ressarcimento dos prejuízos do consumidor – para a admissão da medida.

A desconsideração da personalidade jurídica pode ser direta. Assim ocorre, quando se atingem os bens e direitos dos sócios da pessoa jurídica fornecedora.

Entretanto, admite-se também a desconsideração inversa. A hipótese cuida do fornecedor como pessoa física ou pessoa jurídica, mas que possui participação em sociedades. Aqui, são atingidos os bens e direitos da pessoa jurídica – que não é fornecedora, mas tem o fornecedor (pessoa física ou pessoa jurídica) no quadro de sócios.

Cumpre-se destacar, ainda, que a desconsideração da personalidade jurídica pode atingir pessoas jurídicas, nos âmbitos empresarial e civil. Daí porque, por exemplo, admite-se a desconsideração de personalidade jurídica de cooperativas[6].

Em suma, importante sempre frisar que a finalidade da chamada "***disregard doctrine***" é evitar a utilização indevida da pessoa jurídica, num sentido (direto) ou noutro (inverso). O consumidor credor deve ser beneficiado pela medida como forma de ser efetivamente ressarcido, insista-se, como realização de um direito básico – fundamental.

2. Aspectos processuais no CPC de 1973. Desconsideração da Personalidade Jurídica em ações de consumo.

A aplicação da referida medida no âmbito das ações judiciais que envolvam relações jurídicas de consumo tem suscitado discussões.

O consumidor pode solicitar a desconsideração da personalidade jurídica no processo de conhecimento, quando já possui conhecimento de obstáculos ou embaraços para seu ressarcimento, se aguardada a fase de execução. Essa solicitação deve ser fundamentada, expondo-se os indícios dos obstáculos ou embaraços.

Todavia, usualmente o consumidor solicita a desconsideração da personalidade jurídica, na execução.

O trabalho destaca algumas polêmicas processuais.

ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores." O referido julgamento constituiu verdadeiro marco da jurisprudência brasileira no caminho da adoção da "teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica".

6 A respeito do tema, conferir o precedente do Tribunal de Justiça de São Paulo, Agravo de Instrumento nº 2078265-94.2014.8.26.0000, 7ª Câmara de Direito Privado, relator o Desembargador Miguel Brandi, julgado em 22.8.2014, destacando-se que a parte executada era uma cooperativa de habitação.

Acesso ao Sumário

A desconsideração da personalidade é uma "faculdade" do juiz?

Evidentemente não se cuida de uma faculdade. Traduz um direito do consumidor. Deve – e não "pode" – ser deferida pelo juiz, quando verificados os pressupostos para sua admissibilidade.

Uma vez deferida a desconsideração da personalidade jurídica, pode o executado (fornecedor) insurgir-se contra a aludida decisão?

Entendemos que não. Cuida-se de uma decisão que afeta os sócios (na desconsideração direta) ou a sociedade (na desconsideração indireta). E não pode, porque não há **interesse** e **legitimidade** do executado, para a preservação de direito alheio – conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça[7] e do Tribunal de Justiça de São Paulo[8]. Não haverá nem mesmo litisconsórcio entre o executado e as pessoas atingidas pela medida da desconsideração da personalidade jurídica.

Contudo, não se pode fechar as portas para uma discussão distinta. O que se pode admitir no âmbito da execução é a indicação de bens à penhora pelo executado, de maneira a discutir a necessidade da própria desconsideração da personalidade jurídica. Se houver uma garantia completa do juízo da execução, entendemos que a medida será desnecessária.

A desconsideração da personalidade jurídica torna o sócio (na desconsideração direta) ou a sociedade (na desconsideração inversa) parte na execução?

Entendemos que sim. A compreensão de parte na execução deve ser ampla, de modo a atingir as pessoas responsabilizadas pelo pagamento. Como será visto adiante, as disposições do Novo Código de Processo Civil dissiparam as dúvidas a respeito.

Algumas questões processuais sempre preocuparam a doutrina,

7 A respeito do tema, conferir os precedentes do Superior Tribunal de Justiça: (i) 2ª Turma, Recurso Especial nº 1.307.639/RJ, Relator o Ministro Herman Benjamin, julgado em 17.05.2012, DJe 23.05.2012 e (ii) 1ª Turma, Recurso Especial nº 793.772/RS, Relator o Ministro Teori Albino Zavascki, DJe 11.2.2009.

8 A respeito do tema, conferir o precedente do Tribunal de Justiça de São Paulo, 31ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento nº 2077555-74.2014.8.26.0000, Relator o Desembargador Paulo Ayrosa, julgado em 10.06.2014, destacando-se: "*AGRAVO DE INSTRUMENTO – LOCAÇÃO DE IMÓVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA – INCLUSÃO DOS SÓCIOS NO POLO PASSIVO – DETERMINAÇÃO DE INTIMAÇÃO – RECURSO INTERPOSTO – AUSÊNCIA DE INTERESSE – RECURSO NÃO CONHECIDO. Não tem a agravante interesse e legitimidade recursal para defender em nome próprio direito alheio, visto que a decisão recorrida determinou a intimação pessoal dos sócios da devedora para pagamento do débito, bem como empresa terceira. Assim, como a decisão não atinge a própria agravante, mas atingirá a pessoa física de seus sócios e empresa diversa, a recorrente não pode defender interesse de terceiros*". No mesmo sentido, o precedente do Tribunal de Justiça de São Paulo, 34ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento nº 2032502-70.2014.8.26.0000, Relator o Desembargador Gomes Varjão, julgado em 05.05.2014, destacando-se: "*A sociedade executada não tem interesse nem legitimidade para recorrer contra decisão que desconsidera sua personalidade jurídica, pois o gravame é exclusivo dos sócios. Recurso não conhecido.*"

Acesso ao Sumário

principalmente em relação à concretização do devido processo legal e o contraditório, como salientado em artigo do professor Fredie Didier Jr[9]. A falta de previsão de um procedimento para a adoção da desconsideração da personalidade jurídica causava um desconforto aos juristas, o que justificava o desafio da "processualização" do tema.

Preferimos passar desde logo à discussão das normas processuais do Novo Código de Processo Civil, para o fim buscado no presente estudo.

3. Aspectos processuais no CPC de 2015. Desconsideração da Personalidade Jurídica em ações de consumo.

O presente artigo não pretende fazer um exercício de "futurologia", mas apenas propor a discussão sobre alguns pontos de interpretação do Novo Código de Processo Civil (Novo CPC), diante das normas do Código de Defesa do Consumidor.

Uma premissa básica: a aplicação do Novo CPC não pode traduzir uma diminuição da efetivação de direitos básicos do consumidor. Chamamos atenção para os direitos básicos do consumidor – (i) efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos e (ii) o acesso aos órgãos judiciários com vistas àquelas prevenção e reparação – que devem ser concretizados. Entendemos que a pretexto de aplicar o Novo CPC, não pode o juiz reduzir o alcance do parágrafo 5º do artigo 28 do CDC.

O incidente de desconsideração da personalidade jurídica está previsto como Capítulo IV no Título III "Da Intervenção de Terceiros" no Novo CPC.

O aludido incidente aplica-se às ações de consumo, notadamente àquelas em que o consumidor seja autor (na fase conhecimento) ou credor (na fase de execução ou na ação de execução de título extrajudicial)?

Entendemos que sim. Não parece haver incompatibilidade entre os sistemas normativos. O CDC sempre foi aplicado conjuntamente com as normas do CPC, até porque o primeiro não exauriu a disciplina processual das relações jurídicas de consumo. Respeitada a premissa fixada, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica será aplicável às ações que envolvam relação jurídica de consumo. Será buscada uma interpretação capaz de harmonizar princípios, direitos

9 Fredie Didier Jr – artigo "Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica", destacando-se: "*Muito se discute a respeito do problema do cerceamento de defesa e da ofensa ao princípio do contraditório, nas hipóteses em que se busca dar efetividade à desconsideração da personalidade jurídica*."

Acesso ao Sumário

fundamentais e direitos básicos das partes envolvidas: consumidor e fornecedor.

Quais serão os contornos e os pressupostos para a instauração do incidente no Novo CPC?

Os artigos 133 e 134 do Novo CPC:

"Art. 133. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo.

§ 1º O pedido de desconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei.

§ 2º Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconsideração inversa da personalidade jurídica."

"Art. 134. O incidente de desconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial.

§ 1º A instauração do incidente será imediatamente comunicada ao distribuidor para as anotações devidas.

§ 2º Dispensa-se a instauração do incidente se a desconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica.

§ 3º A instauração do incidente suspenderá o processo, salvo na hipótese do § 2º.

§ 4º O requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconsideração da personalidade jurídica."

A previsão inicial exige o requerimento da parte (credora) ou do Ministério Público, quando ele atuar no processo. Essa a regra geral.

Há pelo menos duas exceções que merecem nossa abordagem, no âmbito da execução.

A primeira das exceções localiza-se justamente nas ações de consumo. Diante de uma situação de obstáculo no ressarcimento de danos, poderá o juiz desconsiderar a personalidade jurídica. Essa medida concretiza direito básico do consumidor e independe de requerimento. Faz parte do microssistema normativo do Código de Defesa do Consumidor.

Acesso ao Sumário

Nem se diga que o Novo CPC exigiu provocação, consagrando-se o princípio dispositivo. Ao comentar o projeto do CPC, o professor Fredie Didier Jr[10] mencionou que havia um artigo que permitia a desconsideração por iniciativa do magistrado e que se encontrava em harmonia com o sistema do próprio Código Civil, destacando: "*A permissão de desconsideração sem provocação está em conformidade com o sistema, que admite o reconhecimento ex officio da fraude à execução e da simulação (art. 168, par. ún., CC-2002)*".

Ora, se nas relações civis admite-se o reconhecimento de ofício pelo juiz da simulação, não nos parece haver motivo para se negar igual permissão nas relações de consumo, marcadas pela vulnerabilidade do consumidor (artigo 4º, I CDC). Insista-se: reconhecem-se em favor do consumidor direitos básicos – materiais e processuais – voltados para facilitação da defesa dos seus direitos em Juízo, sempre com busca à efetivação do ressarcimento dos danos, materiais e morais, individuais e coletivos. Um sistema com essa conformação permite ao juiz a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, mesmo sem prévio requerimento do credor.

A segunda exceção insere-se nas ações que tramitam no âmbito do Juizado Especial Cível, mesmo quando não traduzam ações de consumo. O Novo CPC determinou a aplicação do incidente aos processos que tramitam no Juizado Especial Cível[11]. Entendemos que a exceção encontra-se naquela demanda iniciada em favor de uma parte sem assistência de um advogado (artigo 9º da Lei nº 9.099/95) e que, também na fase de execução, dispensa aquela assistência. Imaginar que um leigo precisa requerer a desconsideração da personalidade jurídica significa formalismo incompatível com o microssistema do Juizado Especial Cível[12]. E o Juizado Especial Cível tem sido importante palco das demandas de consumo, reforçando a conclusão favorável à adoção da medida independente de requerimento prévio da parte.

O Novo CPC expressou a possibilidade da desconsideração da personalidade jurídica direta e também inversa.

Acesso ao Sumário

10 Fredie Didier Jr – artigo "Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica". Na época do artigo, o professor citou o texto do artigo 2º, parágrafo único do projeto de Lei nº 2.426/2003: "Parágrafo único. Nas hipóteses em que a execução puder ser promovida de ofício pelo juiz, a decisão que declarar a desconsideração da personalidade jurídica ou aquela cujos efeitos implicarem na responsabilização pessoal de terceiros por débito da pessoa jurídica, além de nominar as pessoas atingidas, deverá indicar, objetivamente, quais os atos por elas praticados, sob pena de nulidade."

11 Artigo 1.062 do Novo CPC: "*O incidente de desconsideração da personalidade jurídica aplica-se ao processo de competência dos juizados especiais*."

12 Artigo 2º da Lei nº 9.099/95: "*O processo orienta-se pelos critérios da oralidade, simplicidade, **informalidade,** economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação e a transação*".

Importante salientar, ainda, que o Novo CPC disciplinou a possibilidade do incidente da desconsideração da personalidade jurídica ser instaurado, na fase de conhecimento ou na execução (de título judicial ou de título extrajudicial).

O requerimento do consumidor para a desconsideração da personalidade jurídica deverá expor a situação prevista no CDC. Naquilo que dispõe o artigo 28 do CDC, caberá ao consumidor narrar a dificuldade ou o obstáculo encontrado para o ressarcimento dos danos por ele experimentados e causados pelo fornecedor.

Requerida na fase de conhecimento, a desconsideração da personalidade jurídica do fornecedor será um capítulo da petição inicial – constando da fundamentação e do pedido. Impõe-se ao consumidor articular causa de pedir que exponha a razão pela qual se verifica o obstáculo no ressarcimento dos danos causados pelo fornecedor, tornando-se necessária a desconsideração da personalidade jurídica. É preciso que exista algum indício. Exemplos: (a) a desativação da loja em que se efetivou a compra dos produtos e (b) existência de demandas em que o consumidor não recebeu o crédito do mesmo fornecedor e já teve deferida a desconsideração da personalidade jurídica.

Ainda na fase de conhecimento, não se descarta que o consumidor só tenha conhecimento da necessidade daquela intervenção de terceiros, no curso da demanda – após a citação, mas antes da sentença. Entendemos que pode o autor (consumidor) solicitar a instauração do incidente, antes da sentença. Cuida-se de uma exceção permitida na lei processual, viabilizando-se a ampliação do objeto do processo para além do disposto no artigo 329 do Novo CPC.

Requerida na execução fundada em título judicial (fase de cumprimento da sentença) ou num título extrajudicial, a desconsideração da personalidade jurídica, o credor (consumidor) deverá expor o obstáculo no ressarcimento dos danos causados pelo fornecedor. Como regra, deverá ter buscado sem sucesso a constrição judicial (penhora ou arresto) sobre bens e direitos do fornecedor. Adotadas medidas como pesquisas no Banco Central do Brasil (BACEN-JUD), na Receita Federal (INFO-JUD) e no Departamento de Trânsito (RENA-JUD), resultando-se infrutíferas, estarão preenchidos os requisitos para a desconsideração da personalidade jurídica prevista no parágrafo 5º do artigo 28 do CDC.

Acesso ao Sumário

A comunicação ao distribuidor da instauração do incidente tem consequências relevantes, notadamente a de permitir que o credor adote providências para a garantia de uma futura penhora. Entendemos

que o processamento do incidente permitirá ao credor a averbação do incidente no Registro de Imóveis, aplicando-se por extensão o disposto no artigo 799, inciso IX do Novo CPC. A medida é essencial para a proteção de terceiros de boa-fé, independente da caracterização da fraude da execução retroagir à citação da pessoa atingida pela desconsideração (direta ou inversa), na forma do artigo 792, parágrafo 3º do Novo CPC.

Apesar da natureza de incidente e sua comunicação ao distribuidor para anotação, a lei processual não exigiu sua autuação em apartado. Poderá haver decisão do tribunal sobre a conveniência ou não dessa medida, inclusive no âmbito do processo digital.

Como se dará a suspensão do processo?

Entendemos que a regra do parágrafo 3º do artigo 134 do Novo CPC merece adequada interpretação, para que não se confira suspensão do processo fora do alcance necessário. A suspensão deve ser decidida pelo juiz, nos estritos termos necessários para se evitar prejuízos às partes.

Sendo assim, ao deferir o processamento do incidente, cabe ao juiz definir o alcance da suspensão do processo – na fase de conhecimento, na fase de execução ou na execução de título extrajudicial. Esses pontos serão abordados a seguir.

A disciplina do incidente ainda conta com os artigos 135 a 137 do Novo CPC:

"Art. 135. Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias."

"Art. 136. Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória.

Parágrafo único. Se a decisão for proferida pelo relator, cabe agravo interno."

"Art. 137. Acolhido o pedido de desconsideração, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente."

No incidente de desconsideração da personalidade jurídica, haverá citação do sócio (na desconsideração direta) ou a sociedade (na desconsideração inversa), fixando-se o prazo de 15 dias para a resposta.

Qual o limite dessa resposta? O que poderá o fornecedor alegar

Acesso ao Sumário

na hipótese do parágrafo 5º. do artigo 28 do CDC? Diante da inércia do requerido, aplicam-se os efeitos da revelia?

Importante observar, mais uma vez, que a opção do Novo CPC foi de incluir no incidente apenas a pessoa atingida pela desconsideração. Não se permite a formação de um litisconsórcio entre fornecedor e o sócio (na desconsideração direta) ou a sociedade (desconsideração inversa), no âmbito do incidente. O fornecedor participa do processo como parte e ali deve produzir sua defesa – contestação, impugnação ao cumprimento de sentença ou embargos à execução. No âmbito de sua defesa ou do próprio contraditório estabelecido na ação da qual é parte, pode o fornecedor apresentar seu patrimônio, demonstrar sua plena solvência e até garantir o Juízo. Essas hipóteses encontram-se fora do incidente.

O sócio (na desconsideração direta) ou a sociedade (na desconsideração inversa) poderá se defender, no âmbito do incidente. Há várias possibilidades de conteúdo. Exemplos: (a) não integração do quadro societário, (b) participação ínfima e ocasional do quadro societário, (c) existência de penhora na execução capaz de garantir o Juízo, (d) plena solvência do fornecedor com patrimônio suficiente para garantia da execução, etc.

A inação do requerido, quando citado para responder o incidente, não produz o efeito da revelia (art. 344 do Novo CPC). Cuida-se de um incidente e que deve ser resolvido à luz dos elementos constantes dos autos.

Para facilitar a abordagem adicional do tema, vamos separar o incidente instaurado na fase de conhecimento daquele instaurado na execução.

Primeiro: incidente instaurado na fase de conhecimento.

Lembramos que não haverá incidente, se o pedido de desconsideração da personalidade jurídica for articulado na petição inicial, nos termos do parágrafo 2º do artigo 134 do Novo CPC. Nessa situação, o pedido de desconsideração integra o próprio objeto principal do processo.

Acesso ao Sumário

A instauração do incidente será verificada, quando o pedido de desconsideração da personalidade jurídica se der após a citação e antes da sentença.

Qual será a finalidade da citação no incidente? Poderá o requerido ser chamado a responder somente o incidente? Poderá ser chamado a responder o incidente e também o pedido principal?

Se o incidente for instaurado no âmbito da fase de conhecimento,

poderá haver ainda resistência aos demais fundamentos e pedidos articulados na petição inicial. A contestação poderá percorrer os conteúdos a ela facultados pela lei processual, na busca de um desfecho favorável ao réu, já que o incidente torna o sócio ou a sociedade litisconsorte passivo da ação em fase de conhecimento.

Ainda abordando o incidente instaurado na fase de conhecimento, entendemos não haver necessidade de que seja primeiro acolhido o incidente com a decisão favorável à integração do sócio (na desconsideração direta) ou da sociedade (na desconsideração inversa) ao polo passivo da demanda, para então abrir-se a possibilidade de uma contestação mais ampla. A citação para o incidente, naquele processo de conhecimento, quando o pedido do autor for articulado em momento posterior à petição inicial, deve servir para a defesa ampla. Tem-se como ônus do réu a impugnação ampla, incluindo-se não só o tema da desconsideração da personalidade jurídica, como também os demais fundamentos e pedidos da petição inicial. Privilegia-se a efetividade do processo e sua duração razoável.

Neste passo, a solução do incidente na fase de conhecimento, havendo uma citação para amplo exercício do direito de defesa, pode ser dada no momento da sentença. Ou seja, não haverá necessidade de uma decisão interlocutória. E se for solucionado como sentença, desafiará apelação, numa exceção à regra do artigo 136 do Novo CPC.

Essa possibilidade de solução do incidente no momento da sentença fica evidente, quando o processo for solucionado antecipadamente e sem instrução do processo, nos termos do artigo 355 do Novo CPC. Entretanto, verificada a hipótese de instrução e produção de outras provas, poderá o juiz optar por solucionar o incidente antes da sentença, como uma questão processual pendente, na forma do inciso I do artigo 357 do Novo CPC. Se houver elementos de prova suficientes para a decisão do incidente da desconsideração da personalidade jurídica, o juiz deverá decidir a referida questão, até para não se impor ao sócio ou à sociedade uma participação desnecessária nos demais atos do processo.

Além disso, nada impede que o processamento do incidente se dê diferentemente e sem a concentração propugnada. Pode o juiz reduzir o alcance da resposta do sócio ou da sociedade ao incidente, advertindo-se as partes que decidirá primeiro sobre a integração ou não ao processo (polo passivo) da pessoa chamada a contestar o pedido de desconsideração da personalidade jurídica. Nessa hipótese, decidirá – decisão interlocutória (art. 136 do Novo CPC) – sobre o acolhimento ou não do pedido. Se for desconsiderada a personalidade jurídica, o processo retomará seu curso na fase de conhecimento, abrindo-se prazo para o “novo” réu (incluído por força do incidente no polo passivo)

Acesso ao Sumário

a possibilidade de ampla contestação prevista na lei processual (resistência ao pedido principal, reconvenção, exceção, etc.). Bastará na segunda etapa a intimação do aludido réu na pessoa do advogado, pela mesma decisão que deliberar sobre o incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

Daí porque nos parece essencial que o juiz, ao deferir o processamento do incidente na fase de conhecimento ainda, defina dois pontos. Primeiro, o alcance da defesa a ser produzida pelo sócio ou pela sociedade chamada a responder o incidente. Deverá definir a amplitude dessa defesa, advertindo-se o requerido na citação. E segundo, o alcance da suspensão do processo. Deverá evitar a produção de atos de prova que possam aguardar a definição da intervenção de terceiros, de modo a viabilizar a ampla defesa e também o contraditório para o sócio ou a sociedade.

Segundo: incidente instaurado na execução.

Também no âmbito da execução, cabe ao juiz definir o alcance da suspensão. Aqui, uma cautela. Essa suspensão não impede o prosseguimento da execução em relação a outros devedores solidários – outros fornecedores não alcançados pelo pedido de desconsideração da personalidade jurídica. E não impede inclusive a adoção de outras medidas de busca de patrimônio penhorável em relação ao fornecedor – sociedade (desconsideração direta) ou pessoa física (desconsideração inversa).

O obstáculo pode residir na dificuldade de identificação de bens ou direitos penhoráveis, justificando-se a instauração do incidente, mas sem que seu processamento impeça o prosseguimento de novas diligências na execução. Até porque a suspensão, como regra, alcançará penas a parte requerida do incidente.

Se o incidente for instaurado no âmbito da execução (fase de cumprimento de sentença ou ação de execução fundada em título extrajudicial), serão abertas ao sócio (na desconsideração direta) ou à sociedade (na desconsideração inversa) duas possibilidades. Primeiro, resiste ao pedido e faz a impugnação no âmbito do incidente. Ou segundo, não resiste ao pedido, aceita a sua integração na execução como parte e desde logo oferece a defesa pertinente – impugnação ao cumprimento de sentença ou embargos à execução. Essa hipótese torna induvidosa a integração do sócio ou da sociedade à execução como parte executada.

Acesso ao Sumário

Ainda no âmbito da execução, se resistir ao pedido de desconsideração da personalidade jurídica, caberá ao sócio (na desconsideração direta) ou à sociedade (na desconsideração inversa) apresentar os argumentos contrários ao pedido formulado pelo credor,

como salientado anteriormente.

Caberá ao juiz então decidir o incidente.

Evidentemente, no caso da impugnação ao cumprimento da sentença, não poderá o sócio (na desconsideração direta) ou a sociedade (na desconsideração inversa) buscar rediscutir o mérito já decidido na fase de conhecimento. Sofrerá os efeitos da sentença condenatória e ao "novo" executado restará o mesmo campo de defesa previsto na lei processual – por exemplo, no caso de obrigação de pagamento, o conteúdo previsto no parágrafo 1º do artigo 525 do Novo CPC.

Nos embargos à execução, poderá o executado alegar a matéria admitida na lei processual – a defesa poderá alcançar o conteúdo previsto, no artigo 917 do Novo CPC.

4. Considerações finais.

A interpretação proposta logicamente não exauriu o campo de possibilidades e problemas que serão enfrentados, no processo.

Insistimos na premissa: diante de uma ação de consumo, devem ser aplicadas as normas processuais do CDC. Não se pode admitir a não aplicação dos princípios do CDC (art. 4º) ou a não concretização dos direitos básicos (art. 6º).

E chamamos a atenção daquilo que se verifica na prática. É extremamente comum que o fornecedor, quando chamado a responder por prejuízos causados ao consumidor, esvazie propositadamente seu patrimônio. Não estamos a falar das grandes empresas e conglomerados econômicos. A realidade é muito diferente quando se cuida de uma relação jurídica de consumo que envolve pequenos e médios fornecedores. Empresários que à beira da insolvência ou por má-fé resolvem criar obstáculos para o pagamento de suas dívidas com os consumidores. Exemplos não faltam, dentre outros: (a) comércio de veículos usados, (b) prestação de serviços de assistência técnica, (c) venda de produtos pela Internet, (d) venda de imóveis, (e) prestação de serviços de transporte de pessoas.

Essa colocação tem razão de ser. Pode surgir para o credor consumidor o justo receio de que, diante do pedido de desconsideração da personalidade jurídica, ou até da adoção de ofício da medida, que o sócio (na desconsideração direta) ou a sociedade (na desconsideração inversa) pratiquem atos (fraudulentos) para tornar a medida ineficaz.

Pode o juiz ordenar desde logo medidas de constrição judicial, notadamente o bloqueio via BACEN-JUD, para a garantia de uma futura

Acesso ao Sumário

execução, se acolhido o pedido do incidente cujo processamento foi deferido?

Entendemos que sim. Numa situação em que o fornecedor – devedor principal – já se encontra sem patrimônio ou cria obstáculos para ressarcimento do consumidor credor, apresenta-se como justo o receio de que o sócio (na desconsideração direta) ou a sociedade (na desconsideração inversa) adotem igual conduta.

Nesta linha de raciocínio, há lugar para que o juiz exerça o Poder Geral de Cautela, a requerimento do consumidor credor, até por força do disposto nos artigos 294 e 854, ambos do Novo CPC.

Atualmente, há precedentes do Tribunal de Justiça de São Paulo admitindo-se a simultaneidade das medidas de processamento da desconsideração da personalidade jurídica e também do bloqueio via BACEN-JUD, sendo oportuno mencionar o Agravo de Instrumento nº 2072700-52.2014.8.26.0000, 20ª Câmara de Direito Privado, relator o Desembargador Rebello Pinho, julgado em 25.8.2014, com a seguinte fundamentação e que se filia ao entendimento fixado no próprio Superior Tribunal de Justiça:

"*3.3. Admissível o deferimento da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade devedora, nos próprios autos da execução por título extrajudicial ou do cumprimento de sentença, para alcançar o patrimônio de sócios e/ou ex-sócios, em desfavor de quem foi desconsiderada a personalidade jurídica, inclusive mediante penhora 'on line', de dinheiro, em espécie, ou em depósito ou aplicação em instituição financeira, que ocupa o primeiro lugar na ordem de preferência (CPC, Art. 655, caput e I, CPC), não ofende o princípio da menor onerosidade da execução para o devedor e confere maior efetividade ao processo, com consequente intimação da constrição judicial da pessoa incluída no polo passivo, a qual poderá manejar os embargos do art. 746, do CPC, após intimação da constrição judicial, ou impugnação ao cumprimento de sentença, inclusive com discussão acerca da validade da desconsideração da personalidade jurídica, ou, ainda, se for caso, exceção de pré-executividade, além de pagar a dívida ou pedir substituição da penhora, não se havendo falar em prejuízo à sua ampla defesa e ao contraditório, em razão da ausência de citação ou de intimação para o pagamento da dívida (art. 475-J do CP), sob pena de tornar-se infrutuosa a desconsideração da personalidade jurídica, conforme a mais recente o orientação do Eg. STJ, que se passa a adotar.*"

Acesso ao Sumário

Pensamos que o Novo CPC não impede decisões de igual alcance[13]. A concessão de medida cautelar não traduz violação do devido

13 No mesmo sentido, colhe-se a posição do professor Vitor Frederico Kümpel – artigo "A Desconsideração da Personalidade Jurídica no Novo CPC", destacando-se: "Nesse diapasão, cumpre

processo legal ou do contraditório, quando presentes os requisitos que autorizam sua concessão. Cuida-se de uma providência prevista na lei processual.

A possibilidade do exercício daquele Poder Geral de Cautela independer do pedido da parte gera mais polêmica na doutrina. Sustentamos a possibilidade, a partir dos direitos básicos do consumidor (art. 6º, VII e VIII CDC) e da possibilidade de utilização das ações possíveis (art. 83 CDC). Notadamente, quando o processo tramitar no Juizado Especial Cível, parece-nos inviável exigir-se do consumidor credor e sem assistência do advogado que elabore e tenha a iniciativa também dessa tutela cautelar.

Por fim, destacamos que a concessão da medida cautelar de bloqueio de recursos pelo BACEN-JUD poderá ampliar o campo de defesa do requerido. Poderá ele discutir inclusive a penhorabilidade dos valores e aplicações bloqueados, de modo a buscar a liberação independente do sucesso do consumidor credor no incidente da desconsideração da personalidade jurídica.

Esses apenas alguns apontamentos sobre o tema.

Bibliografia:

. CAVALIERI FILHO, Sérgio – "Programa de Direito do Consumidor", 3ª Edição – São Paulo: Atlas, 2011.

. DENARI, Zelmo – "O Código de Defesa do Consumidor – Comentado pelos autores do anteprojeto", 10ª Edição, Rio de Janeiro: Forense, 2011, Vol. I – Direito Material.

. DIDIER JR, Fredie – "Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica." (consulta em 15.9.2015 – endereço eletrônico constante do texto original).

. KÜMPEL, Vitor Frederico – artigo "A Desconsideração da Personalidade Jurídica no Novo CPC" (consulta em 15.9.2015 – endereço eletrônico constante do texto original).

ressaltar, no entanto, que não há elementos que impeçam o magistrado de, no exercício de seu poder geral de cautela, conceder tutela que aproxime a aplicação do dispositivo à resolução útil do processo."

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2091849-97.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante CLEYTON DA SILVA BEZANA, é agravada SILVIA ESPARRACHIARI GHIROTTI.

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 21.160)**

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

São Paulo, 25 de agosto de 2015.

CARLOS ALBERTO GARBI, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMBARGOS DE TERCEIRO. DISPENSA DE CITAÇÃO PESSOAL. ATO QUE PODE SER FORMALIZADO NA PESSOA DO ADVOGADO CONSTITUÍDO PELA EMBARGADA NA AÇÃO PRINCIPAL.

1. A citação é ato de chamamento processual imprescindível ao estabelecimento e ao desenvolvimento válido da relação processual. Todavia, com a edição de Lei nº 12.122/2009, que incluiu o § 3º ao art. 1.050 do Código de Processo Civil, foi excepcionada a regra da citação pessoal para admitir que, em embargos de terceiro, se o embargado tiver procurador constituído nos autos da ação principal, fosse realizado na pessoa do seu advogado, mediante publicação na Imprensa Oficial.

2. O agravante instrui os autos com a cópia da procuração que a agravada outorgou à sua advogada nos autos em que foi realizada a penhora impugnada,

Acesso ao Sumário

de modo que, em razão do disposto na Lei e com amparo no entendimento da doutrina e da jurisprudência, estava dispensada a sua citação pessoal.

3. Recurso provido para dispensar a citação pessoal determinada, autorizado o prosseguimento dos embargos de terceiro, reconhecida a revelia da embargada.

VOTO

Insurgiu-se o agravante contra decisão proferida pela Doutora ANDREA FERRAZ MUSA que determinou a adoção das providências necessárias à citação pessoal da embargada. Sustentou, no recurso, que a decisão vai de encontro ao disposto no art. 1.050, § 3º, do Código de Processo Civil, que dispensa a citação pessoal do embargado quando tiver procurador constituído nos autos da demanda principal, como no caso em exame. Sustentou, ainda, que se trata de medida de celeridade e efetividade processual e que encontra amparo na jurisprudência do Tribunal e do Superior Tribunal de Justiça.

Deferido o efeito suspensivo ao recurso, foram dispensadas as informações.

A agravada, intimada, apresentou resposta e pediu a manutenção da decisão recorrida.

É o relatório.

A decisão agravada foi lançada nos termos seguintes:

"Vistos. Fls. 51/53: Em Decisão de fls. 37, foi determinada a citação da embargada por carta postal, sendo que consta a devolução de AR negativo às fls. 48. E tendo em vista que a citação da embargada não se efetivou, não há que se falar em decurso do prazo para oferecimento de impugnação. Assim, deverá o embargante manifestar-se, no prazo legal, requerendo as providências necessárias para que a citação da embargada se efetive, conforme fls. 49/50, sob pena de extinção. Int." (fls. 09).

O embargante apresentou embargos de terceiro em face da penhora de numerários existente em conta bancária conjunta mantida com seu cônjuge, levada a efeito nos autos nº 0018497-83.2010.8.26.0011, em que não figura como parte.

Admitido o processamento de demanda e aditada a inicial para comprovação do alegado estado de necessidade, foi ordenada a citação, que, em razão de estar a embargada devidamente representada nos autos em que teve lugar a penhora impugnada, foi realizada na pessoa de sua advogada, VALÉRIA CRISTINA ESPARRACHIARI, OAB/SP nº 161.960, conforme posteriormente certificado (fls. 39).

Acesso ao Sumário

Sucede que, em 08 de abril de 2015, foi determinada a realização de nova citação, agora por carta, cujo aviso de recebimento foi devolvido negativo. Insistiu o D. Magistrado na realização da citação pessoal da embargada nos termos da decisão acima copiada, ensejando a interposição do presente recurso.

Com efeito, a citação é ato de chamamento processual imprescindível ao estabelecimento e ao desenvolvimento válido da relação processual e deve ser reputada nula "**quando feita sem observância das prescrições legais**" (art. 247 do CPC). Nesse passo, estabelece o parágrafo único do art. 233 do Código de Processo Civil que: "**a carta será registrada para entrega ao citando, exigindo-lhe o carteiro, ao fazer a entrega, que assine o recibo**".

Todavia, com a edição de Lei nº 12.122/2009, que incluiu o § 3º ao art. 1.050 do Código de Processo Civil, foi excepcionada a regra da citação pessoal para admitir que, em embargos de terceiro, se o embargado tiver procurador constituído nos autos da ação principal, fosse realizado na pessoa do seu advogado, mediante publicação na Imprensa Oficial.

Como anotam THEOTONIO NEGRÃO e JOSÉ ROBERTO F. GOUVÊA: "*Nos casos em que o embargado contar com procurador constituído nos autos na ação principal, a citação e a intimação para resposta aos embargos serão feitas na pessoa do advogado, mediante simples publicação na imprensa oficial. Esse é o espírito da lei nas situações em que direciona esse tipo de comunicação ao procurador da parte. A celeridade almejada somente é alcançada com essa solução. Ademais, se fosse mesmo necessário recorrer às regras dos arts. 213 a 233 nessas circunstâncias, então que se dirigisse a comunicação já ao seu real destinatário (parte) e não ao advogado*" (Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor, Ed. RT, 40ª ed., p. 1.085).

Também é nesse sentido a anotação feita ao referido artigo por NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY: "*Caso o embargado já tenha advogado constituído nos autos da ação principal, será citado na pessoa de seu advogado, dispensando-se a sua citação pessoal*" (Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante, 10ª ed., 2007, Editora RT, p.1.457).

É nesse sentido a orientação da jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça: "*O art. 1.050, § 3º do CPC incluído pela lei nº 12.122/2009 dispõe: 'A citação será pessoal, se o embargado não tiver procurador constituído nos autos da ação principal'. Considera-se válida a citação da parte embargada, realizada em sede embargos de terceiro, em nome de seu advogado, devidamente constituído nos autos, sendo desnecessária procuração que confira poderes especiais ao patrono para tanto, porquanto se trata de situação excepcional, na qual a própria lei conferiu poderes especiais ao causídico. Precedente*" (STJ - AgRg no REsp 1.432.121/DF - rel. Ministro MARCO BUZZI - DJe 14/05/2015).

Acesso ao Sumário

O agravante instrui os autos com a cópia da procuração que a agravada outorgou à advogada VALÉRIA CRISTINA ESPARRACHIARI, nos autos nº 0018497-83.2010.8.26.0011, circunstância confirmada em consulta realizada ao sítio eletrônico do Tribunal (em 19/05/2015, às 19h45), de modo que, em razão do disposto na Lei e com amparo no entendimento da doutrina e da jurisprudência, estava dispensada a sua citação pessoal.

Deve ser reputada válida, portanto, a citação levada a efeito na pessoa da advogada VALÉRIA CRISTINA ESPARRACHIARI, disponibilizado o despacho que ordenou a citação no Diário da Justiça Eletrônica do dia 16/03/2015, daí porque, decorrido o prazo de dez dias sem resposta, era imperioso o decreto de revelia da embargada, independente da nova citação por carta que foi determinada.

Pelo exposto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso para dispensar a citação pessoal determinada, autorizado o prosseguimento dos embargos de terceiro, reconhecida a revelia da embargada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2155138-04.2015.8.26.0000, da Comarca de Nova Odessa, em que é agravante STACK ENGENHARIA E FUNDAÇÕES LTDA., é agravado UNIMED DO ESTADO DE SÃO PAULO - FEDERAÇÃO ESTADUAL.

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 24263)**

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

São Paulo, 8 de setembro de 2015.

PIVA RODRIGUES, Relator

Ementa: Plano de saúde coletivo. Decisão que revogou a antecipação dos efeitos da tutela. Inconformismo por parte da autora. Acolhimento. Presentes os requisitos autorizadores da antecipação dos efeitos da tutela, quais sejam, a verossimilhança das alegações e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. A resilição dos contratos de

Acesso ao Sumário

planos de saúde coletivos não pode ser feita de modo a desprezar a função social do contrato e os postulados da boa-fé objetiva, deixando a operadora de declinar e especificar motivos idôneos à dissolução da avença. Decisão reformada. Agravo de instrumento provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento (pp. 01 e seguintes) interposto por Stack Engenharia e Fundações Ltda. contra decisão (p. 295 - MM. Juiz de Direito Dr. Gabriel Baldi de Carvalho) proferida nos autos da "*ação de obrigação de fazer com pedido de liminar*" (pp. 09 e seguintes) por ela ajuizada em face de Unimed do Estado de São Paulo.

A mencionada decisão agravada foi proferida nos seguintes termos:

"*Vistos.*

Analisando os contratos juntados aos autos às fls. 175/28, deles observo que realmente há cláusula de rescisão de contrato conforme contestação, que faculta à requerida a rescisão unilateral do contrato, desde que feita a notificação à autora no prazo de 60 dias, porém a mesma consta no 11, item 'a' (fls. 21 e 262/263) e não no artigo 13, item 'a', como afirmado pelos réus.

Dessa forma, revogo a liminar anteriormente concedida. Especifiquem as partes demais provas que pretendem produzir, justificando-as.

No silêncio, voltem conclusos para sentença." (p. 295).

Pugna a autora, ora agravante, pela reforma da decisão agravada a fim de que seja restabelecida a antecipação dos efeitos da tutela, determinando-se a ré que mantenha o atendimento médico e hospitalar de seus funcionários. Sustenta, em síntese, que não deu causa à rescisão contratual e que é abusiva a cláusula contratual que permite a rescisão imotivada do contrato celebrado entre as partes. Pleiteia, ademais, a antecipação da tutela recursal.

Os autos foram distribuídos a esta Nona Câmara de Direito Privado, mais especificamente a este Relator, em 03 de agosto de 2015 (p. 298).

Em 04 de agosto o recurso foi recebido com a antecipação da tutela recursal e demais determinações necessárias ao seu regular processamento (p. 299/300).

A ré, ora agravada, apresentou contraminuta (pp. 304/326), pleiteando o não provimento do recurso sob o argumento que há previsão contratual facultando-lhe a rescisão do contrato após o termino de sua vigência.

Os autos foram conclusos para julgamento em 17 de agosto de 2015.

É o relatório do necessário.

Acesso ao Sumário

Merece reforma a respeitável decisão que revogou a antecipação dos efeitos da tutela anteriormente concedida, pois presentes no caso em tela os requisitos autorizadores previstos no artigo 273 do Código de Processo Civil, quais sejam, a verossimilhança das alegações e o fundado receio de dano irreparável e de difícil reparação.

Realmente.

Muito embora as regras protetivas que vedam a resilição contratual sejam previstas para a contratação individual, a resilição dos contratos de planos de saúde coletivos não pode ser feita de modo a desprezar a função social do contrato e os postulados da boa-fé objetiva, deixando a operadora de declinar e especificar motivos idôneos à dissolução da avença.

Esse é o entendimento já exarado por este Egrégio Tribunal, *in verbis*:

"*Tem razão o apelante ao alegar que a aplicação do dispositivo se circunscreve aos contratos individuais e familiares. Os contratos empresariais e por adesão, como no caso presente, não gozam das regras protetivas especiais.*

Isso não quer dizer que o direito à resilição fique ao inteiro arbítrio das partes, sem qualquer controle. A denúncia imotivada é controlada pelos princípios cogentes da função social do contrato e da boa-fé objetiva. Claro que os contratos, fontes de obrigações, são, a princípio, transitórios. Os contratos relacionais e cativos, porém, geram a confiança e a justa expectativa de longa produção de efeitos, a ser protegida pela lei.

(...)

Mesmo a denúncia motivada, como no caso de desequilíbrio superveniente do contrato, deve ter demonstrado de modo objetivo o fato gerador. Note-se que o contrato coletivo é negociado por estipulante, em melhores condições do que os consumidores individuais, mas os beneficiários são os mesmos que o artigo 13 visa proteger.

O Superior Tribunal de Justiça, em julgado recente relativo a seguro saúde coletivo estipulado por pessoa jurídica, fixou ser 'nula, por expressa previsão legal, e em razão de sua abusividade, a cláusula inserida em contrato de plano de saúde que permite a sua rescisão unilateral pela seguradora, sob simples alegação de inviabilidade de manutenção da avença' (REsp. n. 602.397-0 - RS. Relator Ministro CASTRO FILHO. Terceira Turma. Unânime; no mesmo sentido, TJSP, Agravo de Instrumento n. 376.586-4/6 - São Paulo - Relator: Morato de Andrade - j . em 12.04.05 - V. U.; TJSP, APEL. Nº: 426.876-4/8, Des. Ênio Santarelli Zuliani)."

(Apelação n° 9130138-87.2009.8.26.0000, Sexta Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador Francisco Loureiro, j. 29.03.2012).

Acesso ao Sumário

Desse modo, considerando o quanto acima exposto, outra não pode ser a conclusão senão a de que presente no caso em tela a verossimilhança das alegações.

Até porque, a finalidade dos contratos de plano de saúde não é outra senão a transferência dos riscos futuros à saúde do beneficiário por meio do contrato e do pagamento do prêmio correspondente.

Portanto, ainda que se trate de contrato de plano de saúde coletivo, sua resilição unilateral, ao que parece, fere a função social, bem como a probidade e a boa-fé exigidas em sua execução (artigos 421 e 422 do Código Civil), na medida em que é justa a expectativa do beneficiário individual de contar com a prestação de serviços médicos e hospitalares que contratou e vem pagando.

O fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, por outro lado, é patente, já que, caso não antecipados os efeitos da tutela, os beneficiários ficariam privados de amparo médico-hospitalar, o que impõe a preservação das relações contratuais até que seja julgado o pedido.

Por conseguinte, presentes os requisitos autorizadores, é o caso de dar-se provimento ao recurso a fim de que seja mantida a antecipação dos efeitos da tutela até a prolação da sentença em primeiro grau.

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 artigo 1º da Resolução nº 549/2011 do Órgão Especial deste Egrégio Tribunal, entendendo-se o silêncio como concordância.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2153494-26.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante COMPANHIA METROPOLITANA DE HABITAÇÃO DE SÃO PAULO - COHAB, são agravados TEREZA SUMIE IMAEDA e MOISES CORDEIRO DE MOURA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 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 n.º 31.435)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FÁBIO QUADROS (Presidente sem voto), ENIO ZULIANI e MAIA DA CUNHA.

São Paulo, 15 de setembro de 2015.

Acesso ao Sumário

NATAN ZELINSCHI DE ARRUDA, Relator

Ementa: Inversão do ônus da prova. Possibilidade. Presença dos requisitos do artigo 6º, inciso VIII, do CDC. Tal prerrogativa que não se confunde, todavia, com o encargo financeiro do processo. Aplicação do artigo 33 do Estatuto Processual. Prova que deve ser custeada pelo autor, que pugnou pela produção de perícia grafotécnica. Agravo provido em parte.

VOTO

1. Agravo de instrumento interposto tempestivamente pela ré da ação de obrigação de fazer, insurgindo-se contra a r. decisão de fls. 57/58, que fixou os pontos controvertidos, determinou a produção de prova pericial contábil, nomeando perito, invertendo o ônus da prova, carreando à ré a obrigação de provar a exigibilidade do débito.

Alega a agravante que a agravada propôs ação questionando cláusula e condições estabelecidas em contrato de compromisso de compra e venda regido pelo Sistema Financeiro da Habitação, tendo o Juízo invertido o ônus da prova e o pagamento da perícia técnica. Declara que a perícia visa analisar os pedidos da recorrida e verificar se o financiamento está de acordo com as cláusulas contratuais e legislação do SFH. Aduz que nos termos do artigo 33 do Código de Processo Civil cabe ao autor, se requerido pelo juiz, o pagamento dos honorários periciais. Relata que o SFH trata de matéria específica com normas especialmente criadas para regular as relações contratuais acerca de financiamento de imóveis, daí não ser aplicável o Código de Defesa do Consumidor, transcrevendo jurisprudências. Expõe que no financiamento discutido não há aquisição de produto, tampouco prestação de serviço; há, em realidade, um contrato de compromisso de compra e venda, com peculiaridades. Salienta que não há motivo para ter que arcar com os honorários periciais, sobretudo porque vem cumprindo o pactuado, bem como provará o fato constitutivo do direito do agravado. Afinal requer a concessão do efeito suspensivo, face à iminência de grave lesão e difícil reparação ao ser estabelecida a inversão do ônus da prova, com o provimento do recurso, reformando a decisão agravada, afastando a inversão do ônus da prova.

Processado o recurso com outorga do efeito suspensivo, fls. 74.

Os agravados apresentaram contraminuta, rebatendo integralmente a pretensão recursal, fls. 76/88.

É o relatório.

2. A r. decisão agravada merece reforma.

Acesso ao Sumário

O artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil prevê a incumbência do ônus da prova ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito, porém, em casos excepcionais, admite-se a inversão do ônus referido.

No caso presente, pretendem os autores, ora agravados, a substituição da Tabela *Price* pelo método de Gauss e que a amortização negativa seja mantida em conta separada com atualização monetária, para que o saldo devedor seja quitado pelo FCVS, além do afastamento da multa de 10%, e da aplicação dos juros remuneratórios nas prestações em atraso.

Verifica-se, pois, que o Código de Defesa do Consumidor é aplicável na espécie, sendo viável a inversão do ônus da prova, pois presentes os requisitos do artigo 6º, inciso VIII, quais sejam, verossimilhança das alegações, além da hipossuficiência dos agravados na relação processual, porquanto presumivelmente mais fracos, em desvantagem na discussão de seus interesses e direitos em relação à agravante.

Assim, notória a fragilidade técnica dos recorridos, estando, a inversão do ônus da prova, apta a sobressair, com o escopo de garantir o princípio da isonomia, de modo a propiciar ao mais fraco de instrumentos, condições de igualdade na busca de seus direitos.

3. Por outro lado, não há que se confundir a inversão do ônus da prova, com os encargos a quem compete adiantar o pagamento correspondente às despesas e à remuneração provisória do perito, cuja previsão se encontra nos artigos 19 e 33 do Estatuto Processual.

Destarte, os honorários devidos ao perito, enquanto não disciplinada a responsabilidade pelo ônus da sucumbência em final julgamento, devem ser suportados pela parte que houver requerido a prova, ou pelo autor, quando requerida por ambas as partes, ou quando determinada de ofício pelo juiz.

Conforme se depreende do instrumento, os agravados requereram a realização de perícia contábil, logo na inicial, fls. 22, por conseguinte, há que lhes ser imputado o pagamento dos honorários periciais respectivos.

A jurisprudência assim entende:

"*Processual civil. Perícia. Honorários. Ônus. Inversão. A inversão do ônus da prova é de natureza processual, não financeira. Até que sejam definidos, na sentença, os ônus da sucumbência, quem deve arcar com o adiantamento dos honorários inerentes à produção da prova técnica é a parte que a requereu, salvo se determinada pelo juiz, quando então é o autor quem deve adiantá-los.*" (AI nº 432.890-9. Relator Guilherme Luciano Baeta Nunes. Sétima Câmara Cível do TAMG. J. 12-02-2004)

"*Processual civil. Adiantamento de despesas de honorários periciais. Inadmissibilidade da inversão do ônus da prova. Aplicabilidade do artigo 33, do CPC. I - A possibilidade de subsunção dos serviços de natureza*

bancária à legislação consumerista não guarda caráter absoluto. II - O artigo 33, do CPC, determina ao autor a assunção do adiantamento da despesa pericial quando requerida pelas partes ou por determinação 'ex officio'. III - A inversão do ônus da prova descrita no artigo 6º, VIII, da Lei nº 8.078/90, se destina à apreciação do conjunto probatório, pelo Magistrado, em caso de 'non liquet'. IV - A inversão do 'onus probandi' não se coaduna com o encargo financeiro do processo. V - A impossibilidade em arcar com o ônus decorrente do adiantamento das despesas periciais enseja, em tese, a concessão de assistência judiciária gratuita. VI - Agravo provido." (AgIn nº 1999.03.00.042249.0/São Paulo. Segunda Turma. Rel. Des. Fed. Aricê Amaral. TRF Terceira Região. DJU 12-04-00).

Por último, conquanto viável, a inversão do ônus da prova não implica em transferir à agravante a responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais, porquanto referido ônus não se confunde com o custeio de sua realização.

4. Com base em tais fundamentos, **dá-se provimento em parte ao agravo de instrumento**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2174138-87.2015.8.26.0000, da Comarca de Valinhos, em que é agravante JOSÉ RAPHAEL MUNHOZ, é agravado PREFEITURA MUNICIPAL DE VALINHOS.

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 12.610)**

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

São Paulo, 22 de setembro de 2015.

CESAR CIAMPOLINI, Relator

Ementa: Retificação de área de imóvel. Determinação de adequação do valor da causa. Procedimento de jurisdição voluntária em que não se busca a obtenção

Acesso ao Sumário

de benefício econômico direto. Inaplicabilidade do art. 259, inciso VII, do CPC. Decisão reformada. Agravo de instrumento provido.

VOTO

RELATÓRIO.

Adoto, como tal, aquele por mim elaborado quando, despachando pela primeira vez nestes autos, deferi efeito suspensivo ao recurso:

"Vistos.

José Raphael Munhoz apresentou pedido de retificação de área de lote de terreno de sua propriedade, localizado na Comarca de Valinhos, atribuindo à causa o valor de R$ 5.000,00 (fls. 9/13).

Ao despachar a petição, o douto Juízo de origem determinou sua emenda para correção do valor da causa, que deve corresponder '*àquele constante no lançamento fiscal (CPC, art. 259, inciso VII)*'.

Copio a r. decisão (fl. 26):

'Vistos.

Emende a parte promovente a petição inicial para:

a) relacionar para inclusão como interessados no feito os confrontantes indicados nas certidões de fls. 29/41 e 89/96 e,

b) corrigir o valor da causa para constar aquele constante no lançamento fiscal, fazendo prova disto (CPC, art. 259, inciso VII), recolhendo, ainda, a diferença da taxa judiciária.

Concedo o prazo de 10 dias para as providências, sob pena de indeferimento da petição inicial.

Int.' (**grifei**).

Contra a r. decisão, no que toca ao valor da causa, agrava o autor (fls. 1/8).

Afirma, em breve síntese, que a medida - retificação de área - não possui conteúdo econômico imediato e, deste modo, o valor da causa deve ser fixado por estimativa, nos termos do art. 258 do CPC.

Pede a atribuição de efeito suspensivo ao recurso, evitando-se a extinção do procedimento e, ao final, seu provimento, mantendo-se o valor atribuído à causa.

É a síntese do necessário.

Presentes os pressupostos legais, **defiro** a liminar pleiteada. À mesa para julgamento (Voto nº 12.610).

Int." (**fls. 36/38**).

Ausente contraminuta, porquanto não angularizada a relação processual.

É a síntese do necessário.

Acesso ao Sumário

FUNDAMENTAÇÃO.

O recurso merece provimento.

Com efeito, por se tratar de procedimento de jurisdição voluntária, respeitado o entendimento da nobre Magistrada de primeiro grau, o pedido de retificação de área de imóvel não possui conteúdo econômico imediato, não se aplicando à espécie o disposto no art. 259, inciso VII, do CPC.

Neste sentido decide este TJSP:

"Agravo de instrumento. Valor da causa. Ação de retificação de registro de imóvel. Jurisdição voluntária. Ausência de conteúdo econômico imediato. Valor estimado pelo autor que se revela adequado. Taxa judiciária correspondente a 1% do valor da causa. Complementação necessária. Recurso parcialmente provido." **(AI 2112536-95.2015.8.26.0000, HAMID BDINE)**.

Colhem-se, do corpo do v. acórdão, outros precedentes desta Corte:

"Agravo de Instrumento - Ação de Retificação de Área - Decisão que determinou que a autora emendasse a petição inicial para atribuir à causa o valor que corresponda ao proveito econômico perseguido no prazo de 30 (trinta) dias - Inconformismo - Procedimento de jurisdição voluntária em que não se busca a obtenção de benefício econômico específico - Inaplicabilidade do disposto no art. 259, CPC - Manutenção do valor atribuído à causa pelo agravante - Recurso provido." **(AI 2146269-86.2014.87.26.0000, JOSÉ APARÍCIO COELHO PRADO NETO).**

"Agravo de Instrumento. Ação de retificação de Registro imobiliário. Decisão interlocutória que determinara a emenda da petição inicial para que o valor da causa corresponda ao proveito econômico perseguido. Ação de procedimento de jurisdição voluntaria através da qual não se aufere benefício econômico. Inaplicabilidade dos critérios legais previstos no art. 259 do Código de Processo Civil. Valor da causa fixado por razoável estimativa da autora (art. 258 do CPC). Agravo provido." **(AI 2146306-16.2014.8.26.0000, RÔMULO RUSSO)**.

De resto, decide esta Colenda 10ª Câmara de Direito Privado:

"VALOR DA CAUSA - Ação de Retificação de Área - Decisão que determinou que a autora emendasse a petição inicial para adequar o valor da causa - Inconformismo - Procedimento de jurisdição voluntária, com caráter administrativo, em que não se busca a obtenção de benefício econômico específico - Inaplicabilidade do disposto no art. 259 do CPC - Decisão que determina a adequação do valor da causa, reformada." **(AI 2210193-71.2014.8.26.0000, JOÃO CARLOS SALETTI)**.

Posto isso, reformo a r. decisão recorrida.

Finalizando, para que não venham a ser opostos embargos declaratórios voltados ao prequestionamento, tenho por expressamente ventilados, neste grau

Acesso ao Sumário

de jurisdição, todos os dispositivos constitucionais e legais citados em sede recursal. Vale lembrar que a função do juiz é decidir a lide e apontar, direta e objetivamente, os fundamentos que, para julgar, lhe pareceram suficientes. Não é necessário que aprecie todos os argumentos deduzidos pelas partes, um a um, como que respondendo a um questionário (STF, RT 703/226; STJ-Corte Especial, RSTJ 157/27 e ainda ED no REsp 161.419). Sobre o tema, confiram-se ainda: EDcl no REsp 497.941, FRANCIULLI NETTO; EDcl no AgRg no Ag 522.074, DENISE ARRUDA.

DISPOSITIVO.

Dou provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2080528-65.2015.8.26.0000, da Comarca de Presidente Prudente, em que é agravante S.B.C., são agravados M.A.C. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)) e M.A.C. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25349/TJ)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores NEVES AMORIM (Presidente) e GIFFONI FERREIRA.

São Paulo, 29 de setembro de 2015.

ÁLVARO PASSOS, Relator

Ementa: ALIMENTOS - Execução - Prisão civil do devedor - Descumprimento da obrigação - Verbas alimentares referentes ao período previsto no art. 733 do Código de Processo Civil e na Súmula 309 do STJ - Inadimplência incontroversa do alimentante - Custódia legítima - Recurso improvido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que, nos autos da ação de execução de alimentos, decretou a prisão civil do executado.

Inconformado, pretende o recorrente a revisão do decisório com base nos argumentos expostos na minuta de fls. 01/13, alegando, em síntese, que não está exercendo atividade laboral e encontra-se com problemas de saúde.

Deferido o efeito requerido, as agravadas não apresentaram contraminuta (certidão de fls. 89). Após, o MM. Juiz *a quo* apresentou as informações e a Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso, encontrando-se os autos em termos para julgamento.

É o relatório.

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

Tal dispositivo estabelece que "*Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la*", e tem sido amplamente utilizado por suas Câmaras, seja para evitar inútil repetição, seja para cumprir o princípio constitucional da razoável duração dos processos[1].

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

No caso dos autos, a r. decisão asseverou que o executado deixou de efetuar o pagamento das parcelas da pensão alimentícia fixada, de outubro a dezembro de 2014, na forma da sumula 309 do STJ, e não justificou satisfatoriamente o inadimplemento.

Da leitura dos autos, mormente da justificativa e do teor da minuta, não se vislumbra qualquer óbice à decretação da prisão civil do agravante, pois, ao que consta, não houve cumprimento da obrigação, limitando-se o alimentante a

Acesso ao Sumário

1 Anote-se, dentre tantos outros: 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. Mendes Gomes, em 06/05/2010; Apelação nº 99010031067-4, Rel. Des. Romeu Ricupero, em 15/09/2010.

meras alegações de dificuldade financeira e de saúde.

Deste modo, não tendo sido negada a ausência de pagamento pelo executado em nenhum momento e não tendo o mesmo cumprido com o débito alimentar, pode-se afirmar que o decreto prisional está autorizado, sendo, assim, única forma capaz de compeli-lo ao cumprimento do encargo ao qual está obrigado.

Destarte, o débito alimentar é certo, não tendo o agravante trazido aos autos nenhuma base capaz de demonstrar a ilegalidade da custódia, devendo ser a sua decretação mantida, já que as verbas executadas se enquadram nos requisitos previstos no art. 733 do CPC e na Súmula nº 309 do STJ.

Convém destacar que a justificativa apresentada pelo agravante foi rejeitada, não havendo alternativa senão a quitação do débito.

No mesmo sentido, o parecer do D. Procurador de Justiça: "a justificativa apresentada pelo agravante não se sustenta, pois não há prova dos fatos alegados. Aliás, a dificuldade econômica, o suposto desemprego e a falta do título executivo não foram comprovados nos presentes autos. Tais alegações só poderiam ser analisadas em ação revisional de alimentos. Aliás, referida ação foi julgada improcedente. A decretação da prisão era de se impor."

Finalmente, quanto ao prequestionamento feito, salienta-se que não houve ofensa a qualquer dispositivo constitucional ou infraconstitucional, a justificar o acolhimento de tal pretensão.

E outros fundamentos são dispensáveis, diante da adoção integral dos que foram deduzidos na r. decisão, e aqui expressamente adotados para evitar inútil e desnecessária repetição, nos termos do art. 252 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça.

Na hipótese de interposição 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.

Isso posto, **nego provimento ao agravo**, revogando-se a liminar anteriormente concedida.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2157791-76.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante IGESP S/A CENTRO MÉDICO E CIRÚRGICO - INSTITUTO DE

GASTROENTEROLOGIA DE SÃO PAULO, é agravado JOSÉ DUARTE DAS NEVES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24134)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FÁBIO QUADROS (Presidente) e NATAN ZELINSCHI DE ARRUDA.

São Paulo, 1 de outubro de 2015.

TEIXEIRA LEITE, Relator

Ementa: JUSTIÇA GRATUITA. Pedido de revogação. Recebimento de indenização pelo agravado que, por si só, é insuficiente a justificar a revogação da benesse legal. Precedentes. Prova da cessação da miserabilidade que incumbe a quem alega, ônus com o qual não cumpriu a agravante de forma satisfatória. Art. 11, § 2º, da Lei nº 1.060/50. Decisão mantida. Recurso desprovido.

VOTO

IGESP S/A CENTRO MÉDICO E CIRÚRGICO - INSTITUTO DE GASTROENTEROLOGIA DE SÃO PAULO agrava da decisão pela qual o d. Magistrado, nos autos da execução de verba honorária que move contra JOSÉ DUARTE DAS NAVES, indeferiu pedido de revogação da justiça gratuita outrora deferida ao agravado, entendendo que "*a condenação proferida tem cunho indenizatório, restando apenas e tão somente recomposto o patrimônio (em sentido amplo) do exequente, donde não há que se falar em modificação da condição financeira*" (fls. 34).

Inconformada, relata que a ação indenizatória ajuizada pelo agravado contra a agravante e Centro Trasmontano foi julgada procedente em parte em relação a esse e improcedente em relação a si, tendo sido o agravado, beneficiário da justiça gratuita, condenado ao pagamento de honorários advocatícios à agravante (R$ 2.500,00). Ocorre que, recentemente, o Centro Trasmontano depositou o valor da dívida exequenda nos autos. Após julgamento da impugnação, ao agravado foi deferido o levantamento da importância de R$ 22.410,09. Entende, pois, o agravante que a situação financeira do agravado melhorou, justificando a revogação dos benefícios da justiça gratuita, e a compensação de parte do valor a ser recebido com a verba honorária que lhe é devida. Subsidiariamente, pede seja instaurado incidente de cumprimento de sentença, intimando-se o agravado

Acesso ao Sumário

para pagar a verba honorária a que foi condenado por sentença.

Concedido efeito suspensivo parcial ao recurso (fls. 63/64).

Resposta às fls. 67/69.

É o relatório.

A decisão agravada não comporta reforma.

Como se sabe, tanto à concessão como à revogação dos benefícios da justiça gratuita, é necessária a comprovação da miserabilidade invocada pelo interessado, ou então a insubsistência da manutenção da benesse legal, sendo insuficiente a mera alegação.

No caso concreto, o único fundamento invocado pela agravante a justificar a revogação, consiste no recebimento de indenização pelo agravado, no total de R$ 22.410,09 em razão da condenação do plano de saúde que era corréu nos próprios autos de origem.

Essa circunstância, todavia, é insuficiente por si só a evidenciar a melhora da condição financeira do agravado.

Primeiramente, porque, como bem colocado pelo d. Magistrado, a indenização recebida tem natureza material, ressarcindo as despesas indevidamente assumidas pelo agravado, em atendimento médico-hospitalar ocorrido em março de 2004. Aliás, importante notar a esse respeito, que a r. sentença foi proferida em 30/11/2005, ocasião em que a condenação correspondia a apenas R$ 6.000,00 (fls. 24), certo de que o valor de R$ 22.410,09 decorreu do acréscimo de juros e correção monetária, durante os mais de 10 anos para que o pagamento fosse realizado.

O segundo ponto a se considerar, é que o agravado, justamente pela dificuldade financeira alegada, conta com a assistência jurídica de entidade conveniada à Defensoria Pública (fls. 67/69), o que apenas reforça a persistência da hipossuficiência alegada.

Por derradeiro, vale destacar que nos termos do art. 11, § 2º, da Lei nº 1.060/50, a cessão da condição legal de necessitada, deve ser provada pela parte que alega, ônus que lhe incumbe com exclusividade, o que não foi suficientemente atendido, na hipótese em análise.

Acesso ao Sumário

Acerca do tema, já se posicionou este **Tribunal** em casos análogos:

"*ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. Revogação do benefício. Indeferimento.* ***Recebimento de indenização que, por si só, não importa alteração da condição de hipossuficiência****. Necessidade de comprovar a efetiva alteração da situação econômica da Agravada. Ônus do qual a Agravante não se desincumbiu. Decisão mantida. Recurso não provido*" - destacamos - (**TJSP, AI 2072125-44.2014.8.26.0000, Rel. Tasso Duarte de Melo, k. 13/08/2014**).

"*Agravo de instrumento. Justiça gratuita. Declaração de pobreza.*

Presunção relativa, que deve prevalecer caso não sejam demonstrados indícios de capacidade financeira do declarante. ***Recebimento de verba indenizatória no curso da demanda que não autoriza a revogação dos benefícios da assistência judiciária gratuita****. Recurso provido.*" - destacamos - (**TJSP, AI 2005056-29.8.26.0000, Rel. Hamid Bdine, j. 09/09/2013**).

Assim, o caso é de manutenção da r. decisão agravada, que bem solucionou a questão, por seus próprios fundamentos.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2129750-02.2015.8.26.0000, da Comarca de Bauru, em que é agravante GENILDO VIEIRA, é agravado BANCO BRADESCO S/A.

ACORDAM, em 18ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, com determinação, cassado o efeito suspensivo. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto 30824)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CARLOS ALBERTO LOPES (Presidente sem voto), HENRIQUE RODRIGUERO CLAVISIO e HELIO FARIA.

São Paulo, 11 de agosto de 2015.

ROQUE ANTONIO MESQUITA DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: RECURSO - Agravo de instrumento - "Ação cautelar de exibição de documentos" - Insurgência contra a r. decisão que julgou deserto o recurso de apelação interposto pelo agravante - Admissibilidade - Honorários advocatícios - Legitimidade concorrente - Inteligência da Súmula 306 do STJ - Recurso interposto em nome da parte beneficiária da justiça gratuita - Desnecessidade de preparo - Prequestionamento - Recurso provido, com determinação, cassado o efeito suspensivo.

Acesso ao Sumário

VOTO

1) Cuida-se de agravo de instrumento tirado de "ação cautelar de exibição

de documentos" (folhas 33/35), e voltado à reforma da r. decisão (folhas 40/41), que julgou deserto o recurso de apelação interposto pelo agravante, nos termos do artigo 511, do CPC.

Sustenta o agravante, nas razões de seu inconformismo (folhas 02/20), a reforma do r. *decisum*, sob o fundamento de que há legitimidade concorrente que permite ao autor pleitear a condenação do requerido ao pagamento dos honorários advocatícios, nos termos dos artigos 3º e 9º, da Lei 1.060/50 e Súmula 306, do Superior Tribunal de Justiça.

Aduz que a parte tem interesse na justa remuneração de seu patrono, ante a "ratio essendi" do artigo 23 da Lei nº 8.906/94.

Requer o prequestionamento de toda matéria debatida, em especial do artigo 5º, incisos XXXV e LIV, da Constituição Federal; Lei nº 5.869/73 (Código de Processo Civil); artigos 22, 23 e 24 da Lei nº 8.906/94; artigos 3º e 9º da Lei 1.060/50 e Súmula 306 do STJ.

O efeito suspensivo foi deferido por este relator em folhas 104.

O agravado não apresentou resposta ao recurso (folhas as109).

Recurso regularmente processado, todavia ausentes custas de preparo, por ser o agravante beneficiário da Justiça Gratuita (folhas 27).

É o relatório.

2) O ponto nodal do debate consiste em verificar se está correta a r. decisão, que julgou deserto o recurso de apelação interposto pelo agravante, nos termos do artigo 511, do CPC, por entender que os benefícios da Justiça Gratuita deferidos à parte não se estendem ao advogado, quando o recurso versa exclusivamente sobre a fixação da verba honorária.

Com efeito, dispõem os artigos 23 e 24 da Lei 8.906/94, "in verbis":

"Art. 23. Os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor.

Art. 24. A decisão judicial que fixar ou arbitrar honorários e o contrato escrito que os estipular são títulos executivos e constituem crédito privilegiado na falência, concordata, concurso de credores, insolvência civil e liquidação extrajudicial.

§ 1º A execução dos honorários pode ser promovida nos mesmos autos da ação em que tenha atuado o advogado, se assim lhe convier."

A jurisprudência é pacífica no sentido de que, conquanto a sucumbência constitua direito autônomo do advogado, a parte ostenta legitimidade para discutir o seu valor ou pleitear seu arbitramento.

Nesse sentido, dispõe a Súmula 306, do Superior Tribunal de Justiça:

Acesso ao Sumário

"**Súmula 306**. Os honorários advocatícios devem ser compensados quando houver sucumbência recíproca, assegurado o direito autônomo do advogado à execução do saldo **sem excluir a legitimidade da própria parte**." (Destaques do Relator)

Anote-se o recente precedente:

"AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 23 DA LEI N. 8.906/1994. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. 1. A verba relativa à sucumbência, a despeito de constituir direito autônomo do advogado, não exclui a legitimidade concorrente da parte para discuti-la. Precedentes. 2. Agravo regimental não provido." (AgRg no AREsp 637405/MG, Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Órgão Julgador T4 - QUARTA TURMA STJ, J. 19/03/2015).

No caso vertente, a análise dos autos revela que o recurso de apelação (folhas 89/96), foi interposto em nome do agravante GENILDO VIEIRA. Assim, tendo em vista que o advogado não agiu em nome próprio, respeitado o entendimento do nobre magistrado "a quo", não havia necessidade de recolhimento do preparo.

Outrossim, possuindo a parte legitimidade concorrente para pleitear as verbas sucumbenciais em benefício de seu patrono e, sendo o agravante beneficiário da Justiça Gratuita (folhas 27), não há que se falar em deserção do apelo.

À propósito:

"PROCESSUAL CIVIL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ARTS. 22 E 23 DA LEI N. 8.906/94. LEGITIMIDADE CONCORRENTE. RECURSO EM NOME DA PARTE QUE LITIGA SOB O PÁLIO DA GRATUIDADE DA JUSTIÇA. DESERÇÃO. INOCORRÊNCIA. 1. Hipótese em que a causídica, interpondo recurso de apelação em nome dos exequentes, o qual versava unicamente sobre honorários advocatícios, deixa de recolher o preparo, em razão desses litigarem sob o pálio da gratuidade da justiça, porém o recurso é considerado deserto, em razão do entendimento da Corte Estadual de que a advogada não pode se servir da gratuidade da justiça concedida aos exequentes. 2. Sabe-se que os honorários, contratuais e de sucumbência, constituem direito autônomo do advogado, que não pode ser confundido com o direito da parte, tal como dispõe a Lei n. 8.906/94 (cf. AgRg no REsp 1221726/MA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 02/05/2013). 3. A despeito de a verba relativa à sucumbência constituir direito autônomo do advogado, não se exclui da parte a legitimidade concorrente para discuti-la, ante a ratio essendi do art. 23 da Lei nº 8.906/94 (cf. REsp 828300/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, DJe de 24/04/2008). 4. Não tendo agido a advogada em nome próprio, não há falar em deserção quando o litigante está

Acesso ao Sumário

abrigado pela gratuidade da Justiça. 5. Agravo regimental não provido." (AgRg no REsp 1378162/SC, Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA STJ, J. 04/02/2014).

Em casos análogos, tal entendimento foi adotado por esta Colenda Corte, no julgamento dos seguintes recursos: AI 2105765-04.2015.8.26.0000, Relator Des. Ruy Coppola, Órgão julgador: 32ª Câmara de Direito Privado TJSP, J. 23/07/2015; AI 2061965-23.2015.8.26.0000, Relator Des. Tasso Duarte de Melo, Órgão julgador: 12ª Câmara de Direito Privado TJSP, J. 15/07/2015; AI 2056657-06.2015.8.26.0000, Relator Des. Sérgio Shimura, Órgão julgador: 23ª Câmara de Direito Privado TJSP, J. 13/05/2015.

Mediante tais considerações, reforma-se a r. decisão da lavra do ilustre magistrado, Doutor JAYTER CORTEZ JUNIOR, para afastar o decreto de deserção e determinar o regular processamento do recurso de apelação interposto pelo agravante, independentemente do recolhimento do preparo.

A fim de que se possa manejar recursos às instâncias superiores, considera-se prequestionada a matéria.

3) Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso, com determinação, cassado o efeito suspensivo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2112664-18.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante ITAÚ SEGUROS S/A, é agravado AGILITY GLOBAL INTEGRATED LOGISTICS.

ACORDAM, em 22ª 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 36.419)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO RUI (Presidente sem voto), FERNANDES LOBO e ROBERTO MAC CRACKEN.

São Paulo, 30 de julho de 2015.

MATHEUS FONTES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: TRANSPORTE AÉREO - DEMANDA REGRESSIVA DE RESSARCIMENTO - PESSOA JURÍDICA ESTRANGEIRA - CITAÇÃO NO

DOMICÍLIO DO REPRESENTANTE LEGAL DA RÉ NO PAÍS DE CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO - VALIDADE - RECURSO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento em ação regressiva de ressarcimento, contra determinação para que se renove a citação de "Agility Global Integrated Logistics".

Sustenta a agravante a validade da citação em nome de "Itatrans Agility Logistica Internacional S/A", por aplicação do art. 12, inciso VIII, do CPC, empresa integrante do mesmo grupo econômico da corré e indicada como mandatária comercial de empresa estrangeira, não sendo, pois, caso de substituição do polo passivo, mas de considerar válida a citação já efetuada, dispensando-se, assim, a expedição de carta rogatória.

Suspensos os efeitos da decisão de primeiro grau, o juiz prestou informações, não tendo o recurso sido contraminutado.

É o Relatório.

O recurso está a merecer provimento, pois, se a autora indicou o endereço no Brasil da representante legal da "Agility Global Integrated Logistics" - pessoa jurídica, estrangeira contra quem propôs a demanda -, como sendo o de domicilio de "Itatrans Agility Logística Internacional S/A", onde se perfez o ato da citação, é porque, sendo empresa do mesmo grupo econômico, não apenas figurara como sua agente no conhecimento de embarque aéreo, como participou dos trabalhos de vistoria particular conjunta sem questionar sua condição de representante legal e/ou de mandatária da transportadora estrangeira, e em nome próprio efetivou protesto em face da transportadora "Continental Airlines", além de, em sua página oficial na internet, mencionar atuação em território nacional como integrante do "Grupo Agility".

Não haveria mesmo sentido, tampouco razão de direito para centralizar na América do Norte a citação de um gigante da prestação de serviços de logística, com rede de representantes espalhada pelo mundo todo e vários escritórios no Brasil, dentre eles o de São Paulo, justamente no endereço indicado para citação.

Na Apelação nº 1054689-17.2013.8.26.0100, de São Paulo, Rel. Des. Campos Mello, j. em 20.02.2014, decidiu a Câmara que "as agências, em regra, não possuem instrumento de mandato com poderes específicos para receber citação em nome dos transportadores estrangeiros". A propósito, sobre o tema é precisa à lição de José Cândido Sampaio de Lacerda, "Curso de Direito Comercial Marítimo e Aeronáutico, 1954, pp. 113-114, verbis: independentemente de procuração com poderes especiais o agente no Brasil, de companhia de navegação sediada no estrangeiro está credenciado "ex lege", pelo simples fato de serem

Acesso ao Sumário

agentes, para representá-la em juízo, ativa ou passivamente, inclusive receber citação inicial (apud AP. 0157662-72.2010, 13a Câmara de Direito Privado, Des. Ana de Lourdes Coutinho Silva, j. 13.03.2013)". É o caso dos autos. Em realidade, se a companhia estrangeira tem agente no Brasil, a lei a considera aqui domiciliada (art. 88, parágrafo único, do Código de Processo Civil).

Pelo exposto, dou provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2084030-12.2015.8.26.0000, da Comarca de Tietê, em que são agravantes LUCAS TUROLLA PELLEGRINI, LAURA TUROLLA PELLEGRINI e LEONEI TURAOLLA PELLEGRINI, é agravado ROBERTO HASS.

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 30.528)**

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

São Paulo, 12 de agosto de 2015.

THIAGO DE SIQUEIRA, Relator

Ementa: Liminar - Possessória - Reintegração de posse - Notificação extrajudicial com prazo para desocupação voluntária - Não atendimento - Réu que prestava serviços de caseiro no imóvel, estando esta relação sendo discutida perante a Justiça do Trabalho, em reclamação trabalhista ajuizada contra o genitor dos demandantes - Relação existente entre as partes que ainda pende de resolução final - Indeferimento da liminar que deve ser mantido - Recurso improvido.

Acesso ao Sumário

VOTO

O presente agravo de instrumento foi interposto contra a r. decisão (fls. 14 destes autos) que indeferiu pedido de liminar em ação de reintegração de posse ajuizada pelos agravantes, por entender que não comprovaram posse anterior sobre o imóvel em questão.

Insurgem-se os agravantes alegando que estão presentes os requisitos

autorizadores para a concessão da liminar, sustentando que o próprio agravado confirma que sua posse é irregular, por isso deve ser considerada válida a notificação de desocupação do imóvel. Alegam, ainda, que se encontram impedidos de contratar um caseiro para a manutenção da propriedade, pois o réu está ocupando o imóvel e de forma gratuita. Sustentam, outrossim, inexistir qualquer relação entre a cessão em comodato do imóvel ao agravado com qualquer relação de emprego, mas mesmo que assim fosse, conforme consta da inicial da ação trabalhista, a suposta relação de trabalho findou em 10/08/2014, por isso, a desocupação do imóvel deveria ter acontecido 30 dias após a notificação, independente de qualquer decisão na justiça do trabalho.

Recurso preparado, recebido com a concessão do efeito suspensivo.

É o relatório.

A irresignação dos agravantes não merece ser acolhida.

Os autores propuseram a presente ação, afirmando que são proprietários do imóvel situado no sítio Embirama, Sete Fogões, Tiete, conforme Certidão do Cartório de Registro de Imóveis de Tietê juntada os autos.

Alegaram, outrossim, que cederam a residência existente em referido imóvel em comodato verbal ao requerido, que passava por dificuldades, sem lugar para morar.

O réu alegou, na defesa que apresentou, ter sido contratado pelo pai dos autores como caseiro e que, *tendo em vista que há um processo tramitando na justiça laboral que discute a relação de emprego do requerido pela prestação de serviço no imóvel que é objeto da presente ação, é prudente que o mesmo continue no imóvel até o deslinde da questão, mesmo porque o requerido não tem para onde ir sem antes receber os seus direitos trabalhistas.*

Os agravantes não negam que o réu prestava serviços de caseiro no imóvel, em decorrência do que passou a nele residir, bem como que esta relação foi estabelecida com seu genitor, como afirmado pelo agravado.

Cuidar-se-ia no caso, por isso, de comodato de imóvel decorrente de relação de trabalho estabelecida com o comodante, o que está sendo devidamente apurado perante a Justiça do Trabalho. E havendo alegação de que esta relação encontra-se pendente de solução final, para reconhecimento dos direitos trabalhistas pertinentes, enquanto não houver a extinção desta relação, com a quitação dos direitos daí decorrentes, não cabe, em princípio, a desocupação do imóvel, ainda que o réu tenha deixado de prestar serviços de caseiro no local.

Cuida-se, portanto, de questão que ainda merece ser devidamente apurada durante a instrução do presente feito.

Deve ser mantido, por isso, o indeferimento da liminar.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2094677-66.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante ITAÚ UNIBANCO S/A, são agravados LIMA & DAVELLI COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. M.E., LEANDRO HENRIQUE DE LIMA e REGIANE DIAS DAVELLI.

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 27860)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores AFONSO BRÁZ (Presidente) e SOUZA LOPES.

São Paulo, 17 de agosto de 2015.

IRINEU FAVA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - Ação de execução de título extrajudicial - Decisão que indefere pedido de pesquisas eletrônicas das últimas Declarações de Rendimentos dos executados, de Declaração sobre Operações Imobiliárias, Declaração do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural e de veículos de propriedade dos agravados - Inadmissibilidade - Não localização de bens passíveis de penhora - Medidas pleiteadas que visam assegurar a efetividade do processo - Decisão reformada - Recurso provido para deferi-las, na Vara de Origem, via sistemas INFOJUD e RENAJUD.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto contra decisão copiada a fls. 89, proferida pela MMª Juíza de Direito Luciane Cristina Rodrigues Gadelho, que indeferiu pedido de pesquisa de bens em nome dos agravados por meio dos sistemas Infojud e Renajud.

Sustenta o agravante, em síntese, que a Delegacia da Receita Federal e o Departamento Nacional de Trânsito podem auxiliar a Justiça na busca de informações que viabilizem a localização de bens dos agravados passíveis de penhora para a satisfação integral do valor executado. Aduz que a mera

expedição de ofício pretendida não consiste em quebra de sigilo fiscal e poderá contribuir para o regular prosseguimento do processo. Alega que as partes têm o direito de obter dos organismos públicos informações que sejam necessárias à defesa de seus direitos, não se justificando o indeferimento que beneficia tão somente os devedores. Assevera que, obedecendo a ordem preferencial do art. 655 do CPC, já esgotou todos os meios para localização de dinheiro e somente se utilizou dos instrumentos que a lei processual lhe confere para a garantia da execução e de recuperação de seu crédito. Pleiteia o provimento do recurso com a reforma da decisão agravada.

Agravo tempestivo, instruído e preparado (fls. 09).

Concedido o efeito suspensivo (fls. 93), foram dispensadas as informações do MM. Juízo "a quo".

Processado sem contraminuta, pois ainda não formada a relação processual.

É O RELATÓRIO.

O recurso, respeitada a convicção do D. Magistrado "a quo", merece provimento.

Conforme se infere da documentação apresentada, o agravante propôs contra os agravados ação de execução por quantia certa contra devedor solvente visando o recebimento da quantia de R$ 46.391,82 (fls. 10/13), decorrente do contrato de Cédula de Crédito Bancário - Empréstimo para Capital de Giro (fls. 30/36).

A citação dos executados, apesar de várias tentativas realizadas, não se consumou, eis que não foram encontrados (fls. 45, 56, 66, 82).

Em virtude da não localização dos réus, o Banco agravante requereu o arresto de ativos financeiros de titularidade dos agravados, que foi deferido a fls. 59, tendo sido bloqueados os valores de R$ 1.970,74 e R$ 9,30 da conta da coagravada Regiane Dias Davelli (fls. 62/64, 70/71).

Tendo em vista que a quantia bloqueada é muito inferior ao valor executado, o agravante requereu expedição de ofícios eletrônicos ao DETRAN para pesquisa de veículos e à Delegacia da Receita Federal visando à obtenção da Declaração de Imposto de Renda, Declaração sobre Operações Imobiliárias e Declaração de Imposto sobre Propriedade Territorial Rural em nome dos agravados (fls. 86/87).

O aludido pedido foi indeferido pelo MM. Juízo "a quo" e é contra esta decisão que se insurge o agravante

Pois bem.

Não se nega que, em regra, não incumbe ao Poder Judiciário diligenciar no sentido de localizar bens livres e desimpedidos de devedores.

Acesso ao Sumário

Contudo, quando a diligência de localização importa em medida protegida por sigilo legal, como ocorre no caso de declarações de imposto de renda, somente o Judiciário é quem pode determiná-la.

Do mesmo modo, a pesquisa de veículos de propriedade dos devedores junto ao órgão de trânsito, pela via eletrônica, garante a celeridade e efetividade da prestação jurisdicional.

Nesse sentido:

"***AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO MONITÓRIA - CITAÇÃO - RÉU NÃO LOCALIZADO - LIMITAÇÃO DE PESQUISA NO SISTEMA INFOJUD - INADMISSIBILIDADE - Não há óbice para o deferimento de pesquisas em todos os sistemas informativos do Poder Judiciário (Bacenjud, Infojud, Siel e Infoseg) visando à obtenção de endereço para localização do réu. Obediência aos princípios da celeridade e economia processual (art. 125, inciso II, CPC). RECURSO PROVIDO.***" (Agravo de Instrumento nº 2125151-54.2014.8.26.0000, 27ª Câm. de Dir. Privado, Rel. Des. Sergio Alfieri, j. 14/10/2014, *v.u.*).

"***AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO - Localização de bens passíveis de penhora - Diligências infrutíferas - Pretensão à obtenção de informações constantes de Declaração sobre Operações Imobiliárias (DOI) e Declaração do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural (DITR) - Possibilidade - Declarações apresentadas e de responsabilidade da Delegacia da Receita Federal, nos termos do art. 8º da Lei nº 10.426/2002 e Instrução Normativa nº 1.483/2014 - Princípio da rápida solução do litígio (art. 125, II, CPC) - Adstrição ao objetivo do sistema INFOJUD - Bancos de dados inacessíveis sem a intervenção do Poder Judiciário - Recurso provido.***" (TJSP - Agravo de Instrumento nº 2122738-68.2014.8.26.0000 - 15ª Câmara de Direito Privado - Relator Des. Vicentini Barroso - j. 16/09/2014, *v.u.*).

"***Agravo de instrumento - Requisição de informações - Delegacia da Receita Federal - Requerimento de expedição de ofício - Órgão público, somente obrigado a prestar informações judicialmente requisitadas, a teor do que dispõe o artigo 5º, inciso XXXIII, da Constituição Federal, combinado com o artigo 198, parágrafo único, do CTN - Definitiva solução dos litígios entre os jurisdicionados que também constitui interesse do Estado - Recurso provido.***" (TJSP - Agravo de Instrumento nº 2112993-64.2014.8.26.0000 - 12ª Câmara de Direito Privado - Relator Des. Jacob Valente - j. 20/08/2014, *v.u.*).

Nessa linha, defere-se a expedição dos ofícios pleiteados pelo agravante junto à Receita Federal, pelo sistema INFOJUD, e a pesquisa eletrônica de veículos de propriedade dos agravados, via RENAJUD, medidas que deverão

Acesso ao Sumário

ser consolidadas na Vara de Origem.

Ante o exposto, **DÁ-SE PROVIMENTO** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2112981-16.2015.8.26.0000, da Comarca de Americana, em que é agravante BANCO BRADESCO S/A, são agravados NEWTON FRANCO SILVERIO DE TOLEDO, ALEXANDRE VENTURA FRANCO DE TOLEDO e VERA LUCIA VENTURA DE TOLEDO.

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 26530)**

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

São Paulo, 24 de agosto de 2015.

SOUZA LOPES, Relator

Ementa: MONITÓRIA - Arresto - Plano de Previdência Privada - Impenhorabilidade - Artigo 649, IV, do CPC - Recurso improvido.

VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento contra a r. decisão copiada a fls. 40, que indeferiu o pedido de bloqueio incidente sobre aplicação financeira, primeiro porque ausente prova inequívoca da dilapidação patrimonial e de inexistência de bens, bem como porque o Banco não tem interesse recursal, pois há previsão no contrato autorizando o referido bloqueio.

O Banco alega que embora tenha sido acordado entre as partes, em caso de insuficiência de saldo na conta, a possibilidade de desconto dos débitos sobre depósito ou aplicação existente em nome do emitente ou avalistas, em se tratando de aplicação na modalidade de plano de previdência privada, o bloqueio só pode recair mediante autorização judicial. Diz que a qualquer momento os rendimentos poderão ser resgatados pelos devedores. Busca ordem de bloqueio de alienação dos ativos. Quer a reforma do *decisum*.

Sem contrariedade, porque ainda não citado os réus.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

Não prospera a irresignação recursal.

Dispõe o artigo 649, *caput* e inciso IV, do Código de Processo Civil:

"*São absolutamente impenhoráveis:*

(...)

IV - os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios, as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no §3º deste artigo."

Analisando-se o referido artigo, conclui-se que, se as quantias recebidas pelo devedor destinadas ao seu sustento e de sua família são impenhoráveis, também são os valores provenientes de previdência privada, que não deixam de apresentar a mesma finalidade.

Como é cediço, o plano de previdência privada assume verdadeira natureza de aposentadoria complementar, que visa resguardar o beneficiário contra incertezas e vicissitudes futuras, notadamente a provável diminuição de renda.

Tratando-se, portanto, de complementação de renda, por óbvio, destina-se ao sustento do devedor e de sua família, possuindo nítido caráter alimentar.

Sobre o tema, a jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça:

"***EMENTA: EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL - Arresto Plano de Previdência - Privada - Impenhorabilidade - Artigo 649, IV do CPC e art. 114 da Lei nº 8.213/91 - Impossibilidade de tratamento diferenciado por tratar-se de aposentadoria complementar e não de proventos pagos pelo INSS - Precedentes do STJ - Decisão mantida - Recurso desprovido." (15ª Câm. Dir. Priv., Agravo de Instrumento nº 0157079-28.2012.8.26.0000, rel. MANOEL MATTOS, j. 28/08/2012).***

"PENHORA - Proventos de aposentadoria - Impenhorabilidade - Art. 649, IV e VII, do CPC - Só é possível a incidência de penhora sobre créditos estranhos à atividade laborativa ou aos proventos de aposentado, ou seja, sobre os saldos decorrentes de valores depositados de outra natureza. PENHORA - Previdência privada - Impenhorabilidade - O plano de aposentadoria privada que o devedor celebra, para segurança das vicissitudes do futuro é, para esse efeito, equiparado ao fundo salarial impenhorável - Incidência do art. 649, IV e VII, do CPC. Recurso desprovido." (20ª Câm. Dir. Priv., Agravo de Instrumento nº 0014890-27.2012.8.26.0000, rel. Álvaro Torres Júnior, j. 13/08/2012).

"Agravo de instrumento - Execução por título extrajudicial - Penhora on line - Desbloqueio indeferido - Plano de aposentadoria

Acesso ao Sumário

privada - Complementação previdenciária de caráter alimentar - Impenhorabilidade absoluta - Inteligência do artigo 649, IV, do CPC - Recurso provido." (16ª Câm. Dir. Priv., Agravo de Instrumento nº 0306457-92.2011.8.26.0000, rel. Miguel Petroni Neto, j. 13/03/2012).

Nesse sentido é a orientação do C. Superior Tribunal de Justiça:

"Os depósitos bancários provenientes exclusivamente da pensão paga pelo INSS e da respectiva complementação pela entidade de previdência privada são a própria pensão, por isso mesmo que absolutamente impenhoráveis quando destinados ao sustento do devedor ou da sua família." (4ª Turma, REsp 436.760/SP, Relator Ministro César Rocha, j. 07.10.03, DJU 15.12.03, p. 318).

Ainda:

"Os proventos advindos de aposentadoria privada de caráter complementar têm natureza remuneratória e se encontram expressamente abrangidos pela dicção do art. 649, IV, CPC, que assegura proteção a 'vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal'." (3ª Turma, REsp nº 1.012.915/PR, Relatora Ministra Nancy Andrighi, j. 16.12.2008, DJe 03.02.2009).

Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2168712-31.2014.8.26.0000, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é agravante NEOMATER LTDA. (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL), é agravado O JUÍZO.

ACORDAM, em 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "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 26.623)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FRANCISCO LOUREIRO (Presidente), FORTES BARBOSA e PEREIRA CALÇAS.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 26 de agosto de 2015.
FRANCISCO LOUREIRO, Relator

Ementa: RECUPERAÇÃO JUDICIAL. Arrendamento de unidade destinada à maternidade. Direito de preferência conferido à UNIMED aprovado na AGC no ano de 2010. Arrendamento que até o momento não teve termo inicial, em prejuízo da recuperanda e da comunidade de credores. Desencontros entre a recuperanda e a UNIMED quanto aos exatos termos do contrato de arrendamento. Proposta nesse meio formulada por terceiro (SANTA MARCELINA) contendo todos os elementos do contrato, com a concordância da recuperanda. UNIMED que adere a tal proposta e se propõe exercer o direito de preferência em idênticas condições ofertadas por terceiro. Recurso provido em parte.

VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento, com pedido de liminar de efeito ativo, tirado por **NEOMATER LTDA.**, em recuperação judicial, contra decisão que subordinou a análise do pedido de arrendamento de maternidade em favor de **UNIMED ABC COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO** à apresentação de uma série de documentos e adoção de uma série de providências.

Alega a agravante NEOMATER, em breve síntese, que o termo inicial do arrendamento da maternidade arrasta-se há vários anos, desde a realização da AGC, com sérios prejuízos à recorrente e à comunidade de credores, que seriam beneficiados com a entrada de capital novo oriundo dos alugueres a serem pagos pela UNIMED.

Afirma que a questão vem sendo indevidamente postergada e que os documentos e as providências mencionadas na decisão recorrida não têm relevância e nem podem subordinar o exercício de preferência e o efetivo termo inicial do contrato de arrendamento.

A agravada UNIMED apresentou contraminuta alegando, em preliminar, a ausência de interesse recursal, uma vez que a decisão agravada não tem carga decisória. Defende a correção da decisão recorrida, e que o arrendamento somente ainda não teve termo inicial em razão do comportamento da própria recuperanda.

Nesse meio tempo veio aos autos a notícia de que terceiro (Santa

Acesso ao Sumário

Marcelina) se propõe arrendar a maternidade, com todos os elementos do contrato e a concordância da recuperanda.

A recorrida UNIMED manifestou-se e se propôs exercer o direito de preferência em idênticas condições ofertadas pelo terceiro (SANTA MARCELINA), aderindo à minuta de contrato.

Houve tentativa de composição amigável entre a UNIMED e a NEOMATER, que, porém, restou infrutífera.

A recorrente NEOMATER manifestou dissensão quanto ao exercício de preferência da UNIMED, ao argumento que melhor atende aos interesses da recuperanda e da comunidade de credores e celebração do contrato com terceiro (SANTA MARCELINA).

Seguiram-se manifestações esparsas de diversos credores.

Manifestaram-se o Administrador Judicial e a D. Procuradoria Geral de Justiça no sentido do provimento parcial do recurso.

É o relatório.

1. O recurso comporta parcial provimento.

Não prospera a preliminar de não conhecimento do recurso por suposta ausência de decaimento em razão da decisão recorrida.

Isso porque é fato comprovado nos autos que a recorrente, desde a realização da assembleia geral de credores, realizada no ano de 2010, tenta sem sucesso iniciar o contrato de arrendamento da maternidade em favor da arrematante de uma unidade produtiva.

A AGC aprovou a venda de uma unidade produtiva - Hospital Geral - e que teria o arrematante, no caso a UNIMED ABC, direito de preferência no arrendamento da maternidade.

A arrematação foi devidamente levada a efeito, e o que se discute é tão somente o direito de preferência do arrematante ao arrendamento da maternidade.

2. É preciso dar a devida qualificação jurídica à obrigação de preferência que nasceu de cláusula negocial inserta no plano de recuperação judicial aprovado pela AGC.

O pacto de preferência, ou de prelação, ou de preempção, na lição clássica de **Antunes Varela**, "*são contratos pelos quais alguém assume a obrigação de, em igualdade de condições, escolher determinada pessoa (a outra parte ou terceiro) como seu contratante, no caso de se decidir celebrar determinado negócio*" (**Das obrigações em geral, vol. I, p. 373, 8ª. Edição Almedina**).

O direito de preferência pode resultar da lei ou do contrato. No caso concreto, derivou de cláusula negocial expressa, inserta em plano de recuperação judicial aprovado em assembleia de credores e devidamente homologado pelo juiz.

Acesso ao Sumário

Via de regra pactos de prelação são apostos em contratos de compra e venda (vide arts. 513 e seguintes CC), mas nada impede tenham por objeto outros contratos relativamente aos quais faça sentido dar preferência a certa pessoa sobre quais quer outros sujeitos, inclusive em arrendamentos (**Carlos Lacerda Barata, Da obrigação de preferência, p. 12, Coimbra Editora; Antunes Varela, obra citada, p. 374**).

3. A cláusula de preferência acordada entre as partes, aprovada pela assembleia de credores e homologada pelo juiz é de extrema vagueza.

Em decorrência disso, aparentemente a agravante NEOMATER passou a tratar o pacto de preferência como se fosse um contrato promessa, ou um contrato preliminar. Desejou de imediato que a UNIMED celebrasse o contrato de arrendamento, e agora sustenta que o prazo de prelação já caducou, pois decorridos quatro anos desde a homologação do plano de recuperação judicial.

Sucede, porém, como, de resto, bem notou a Dra. Procuradora de Justiça em seu parecer, que o pacto de preferência distingue-se do contrato-promessa.

No dizer de **Antunes Varela**, "*na promessa, o promitente se compromete a contratar, enquanto no pacto de preferencia, a obrigação é diferente; o vinculado não se obriga a contratar, promete apenas, se contratar preferir certa pessoa (tanto por tanto, em igualdade de condições) a qualquer outro interessado, havendo assim, quando muito, uma promessa unilateral*" (**Das obrigações em geral, citada, p. 375**).

Em outras palavras, a UNIMED nada prometeu arrendar, ao contrário do que pensa e do que afirma a NEOMATER. Isso porque, ainda segundo a melhor doutrina, o pacto de preferência é com contrato "que é fonte de obrigações apenas para uma das partes (aquela que se obriga a dar preferência), ficando o outro contraente apenas com o direito de exercer ou não a preferência, conforme entenda conveniente" (**Carlos Lacerda Barata, Da obrigação de preferência, citada, p. 15**).

Disso decorre que o prazo para o exercício da preferência começou a fluir não da data da homologação do plano de recuperação judicial, mas somente quando um terceiro (SANTA MARCELINA) fez proposta de arrendamento da maternidade, abrindo para a UNIMED a faculdade de cobrir a oferta em igualdade de condições.

Dizendo de outro modo, o exercício da preferência, na verdade, se encontrava subordinado a uma condição suspensiva, qual seja, a oferta de um terceiro interessado em arrendar.

4. É verdade que ocorreram diversos incidentes entre a arrematante UNIMED e a recuperanda NEOMATER, que dizem respeito ao estado do material e equipamento da maternidade, vencimento de licenças de funcionamento, custo de recuperação do prédio e o próprio valor a ser pago.

Acesso ao Sumário

Tais negociações preliminares entre a UNIMED e a NEOMATER, porém, não se confundem com o exercício de preferência, que pressupõe a oferta de um terceiro (SANTA MARCELINA) a ser coberta.

Nesse meio tempo, houve a proposta de um terceiro interessado - Maternidade Santa Marcelina - que, após aditamento, prontificou-se a iniciar imediatamente o arrendamento, sem prazo de carência, arcando com os custos de recuperação e de obtenção das licenças necessárias ao funcionamento do estabelecimento.

Uma série de petições de lado a lado - NEOMATER e UNIMED - colocam empecilhos ao início do arrendamento e ao saudável ingresso de dinheiro novo na recuperação judicial, destinado ao pagamento de credores.

4. Parece claro que a decisão agravada indeferiu o pedido da NEOMATER de imediato início do contrato de arrendamento, quer à interessada SANTA MARCELINA, quer à titular do direito de preferência UNIMED.

Não colhe também o argumento de eventual supressão de instância, uma vez que o enfrentamento do pedido de arrendamento imediato, em última análise, foi negado pelo MM. Juiz de Direito.

Não resta dúvida da existência de direito de preferência em favor da UNIMED ABC, devidamente aprovado na AGC, na qualidade de arrematante do Hospital Geral.

5. A proposta aditada da terceira SANTA MARCELINA é clara e completa.

Contém o valor mensal do arrendamento e os encargos que assumirá para restaurar o prédio e obter as licenças necessárias ao funcionamento da maternidade.

O art. 28 da Lei do Inquilinato, invocável por analogia, é claro ao exigir a manifestação do inquilino sobre a preferência, no prazo decadencial de trinta dias, em "*aceitação integral à proposta*". Disso decorre, como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, que "*a contraproposta formulada pelo locatário equivale a recusa*" (**Ag 54.180-0-SC, Rel. min. Vicente Cernicchiaro, j. 28.11.94**).

A doutrina é uníssona a respeito do tema: "*ou o locatário aceita a proposta, tal como foi formulada, ou não lhe será licenciado servir-se da preempção*" (**José Guy de Carvalho Pinto, Locações & Ações Locativas, Saraiva, p. 341; Biasi Ruggiero, Comentários à Lei de Locação de Imóveis Urbanos, diversos autores sob a coordenação de Juarez de Oliveira, Saraiva,p. 233**).

Também se mostra insuficiente o mero desejo de futuramente arrendar a maternidade. Exercício de preferência exige comportamento imediato e celebração do contrato fim, em igualdade de condições ofertadas por terceiros.

Acesso ao Sumário

Em julgamento que versou sobre direito de preferência em matéria societária, o Des. **Enio Zuliani** ressaltou o seguinte:

> "A preferência instituída no estatuto da companhia é de natureza convencional e pessoal, de modo que somente ganha status de direito com o depósito do preço pago (e não o ajustado, porque não existe ajuste) e não há espaço para negociar condições diferentes ou variação do preço, porque cabe observar o preço ajustado, que significa aquele definido nas tratativas com terceiro interessado, independentemente do valor de mercado" (**Agravo de Instrumento nº 0217635-30.2011.8.26.0000, Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 11.10.2011**).

6. Com efeito, a questão tem solução nos termos da prática manifestação do Administrador Judicial copiada às de ps. 224/225 deste recurso, do seguinte teor, naquilo que interessa:

> "3. Assim, peço venia para sugerir que seja fixado um prazo máximo de 10 (dez) dias para que seja procedida a constatação das condições da maternidade e arrolamento de todos os bens que irão fazer parte do arrendamento, bem como fixado prazo de 20 dias, no máximo, para assinatura do contrato, sem nenhuma carência pelo valor máximo da locação, ou seja, valor ofertado pela Casa de Saúde Santa Marcelina ou o valor atualizado mencionado na ata da AGC que aprovou o plano de recuperação, atualização feita pelo Tabela Prática do Tribunal de Justiça de São Paulo, ou pelo GPN, o que for apurado a maior para que a coletividade de credores não venha a sofrer qualquer prejuízo em razão da demora em concretizar-se o arrendamento.
>
> 4. Além das considerações acima, a Unimed ABC, no item '5' da sua petição 'está disposta a arcar com mais esse prejuízo, consistente no investimento necessário para a recomposição do estado de conservação da Maternidade para sua recolocação em condições de obtenção dos necessários alvarás de funcionamento e respectivos usos', bem como 'também se compromete a arcar com as despesas de transportes necessárias à remoção de eventuais proprietários e/ou documentos da Neomater localizados na Maternidade, de forma a viabilizar a efetiva desocupação ...', devendo essas condições, propostas pela Unimed ABC constar do contrato.
>
> 5. Por outro lado, a proposta de valor mencionada no item '8' da petição de fls. 7.420/7.423, quanto ao valor, entendo e repetindo, deve aquele de R$ 150.000,00 ser atualizado, em que pese não haver carência para o pagamento de aluguel, pois a atualização do valor é mera recomposição do valor aquisitivo da moeda, desde a data da realização da AGC até a data da assinatura do contrato pelos índices mencionados no item 3 desta."

7. O impasse que existia inicialmente se encontra superado.

Com a vinda aos autos da minuta completa do contrato de arrendamento

Acesso ao Sumário

da maternidade para terceiro (SANTA MARCELINA), a UNIMED a ele aderiu integralmente.

Dizendo de outro modo, agora a UNIMED se propõe, de como escorreito, a exercer o seu direito de preferência ajustado convencionalmente e aprovado pela AGC nos exatos termos e em idênticas condições ofertadas a terceiro (SANTA MARCELINA).

Desapareceram, assim, todos os óbices de natureza operacional - licenças, estado dos equipamentos, valor do arrendamento, reformas necessárias no prédio - que embaraçaram e criaram impasse ao exercício de preferência.

A UNIMED - após a vinda da minuta de contrato a ser celebrado com terceiro (SANTA MARCELINA) - propõe adesão e assinatura do mesmo contrato, em idênticas condições, no mais lídimo exercício de preferência.

Disso decorre que não mais há qualquer razão objetiva para que a UNIMED e a NEOMATER agora deixem de celebrar o contrato de arrendamento, superadas todas as dúvidas e obstáculos anteriores.

7. Não têm fomento as alegações da NEOMATER e de alguns credores que se manifestaram nos autos, no sentido de que desejam contratar com a SANTA MARCELINA.

Não se escoou e nem se esgotou o direito de preferência da UNIMED, pela simples e boa razão de que até então não havia uma oferta completa feita por terceiros.

Eventuais desavenças pessoais entre os representantes da UNIMED e da NEOMATER, ou de suposta quebra de confiança, de natureza puramente subjetiva, são insuficientes para frustrar o exercício de direito de preferência acordado entre as partes e aprovado pela AGC.

8. Pode-se apenas discutir se a preferência negocial confere ao titular do direito de haver para si o contrato ofertado por terceiro, ou, ao contrário, apenas o direito a ser indenizado por perdas e danos pelo descumprimento do pacto.

O tema é controverso e os artigos 513 e seguintes do Código Civil, que regulam a preferência negocial adjeta à compra e venda apontam no sentido da limitação à composição das perdas e danos, sem direito de perseguir a coisa.

O caso concreto, porém, guarda relevante circunstância, que não pode ser ignorada pelo Tribunal. O terceiro (SANTA MARCELINA) ingressou nos autos da recuperação judicial e tem plena e inteira ciência do pacto de preferência em favor da UNIMED.

Note-se que o terceiro (SANTA MARCELINA) não celebrou ainda o contrato com a NEOMATER, mas apenas fez uma oferta e a aguarda autorização do juízo da recuperação e a superação da cláusula de preferência em favor da UNIMED.

Acesso ao Sumário

Em tal hipótese, se não existe boa-fé de terceiro a ser resguardada, o pacto de preferência ganha força e pode gerar obrigação de fazer, qual seja, de compelir o devedor (NEOMATER) e celebrar o contrato com o titular da prelação (UNIMED) (**cfr. Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, tomo XXXIX, p. 221; Orlando Gomes, Contratos, p. 289**).

O meu voto dá provimento parcial ao recurso, para o fim de reconhecer o direito de preferência da UNIMED à celebração do mesmo contrato ofertado por terceiro (SANTA MARCELINA).

O contrato de arrendamento, com idêntico conteúdo ao ofertado pela SANTA MARCELINA, terá termo inicial 10 dias após a publicação do presente Acórdão.

O valor proposto por terceiro (SANTA MARCELINA) será atualizado pela tabela do TJSP entre a data da oferta e o termo inicial acima fixado.

Dou parcial provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2125444-24.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante BANCO SANTOS S/A, é agravado CALIFORNIA BANK & TRUST.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.987)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO NEGRÃO (Presidente) e CARLOS ALBERTO GARBI.

São Paulo, 10 de setembro de 2015.

ARALDO TELLES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Falência. Rateios. Decisão que autorizou a participação do agravado com fundamento no reconhecimento, em decisão colegiada da C. 18ª Câmara de Direito Privado desta Corte, de sua legitimidade para cobrar o importador, ante a constatação da ocorrência de sub-rogação. Decisão acertada, mormente porque o recorrido também está arrolado como credor quirografário do falido. Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento tirado contra a r. decisão de fls. 24/26, que, nos autos da falência do Banco Santos, autorizou a participação do California Bank & Trust, ora agravado, nos rateios, assim considerando sua condição de credor quirografário em razão de contratos de financiamento de importação.

Inconformada, recorre a Massa Falida a argumentar o seguinte: ***i)*** os recursos para pagamento das cartas de crédito foram providenciados, em verdade, pelo Banco Santos; ***ii)*** não se cogita de sub-rogação porque não há qualquer pagamento realizado pelo banco estrangeiro ao exportador; e, por fim, ***iii)*** deve permanecer suspenso o rateio a fim de permitir que se prossiga na cobrança da importadora Combrás Comércio e Indústria do Brasil S/A.

Processado sem efeito suspensivo, juntaram-se contrariedade e parecer da Procuradoria Geral de Justiça pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Ao negar o efeito suspensivo, lancei a seguinte decisão:

> ***"(...) se foi reconhecido, pela C. 18ª Câmara, que o agravado tem legitimidade para cobrar o importador e, na origem deste, reconheceu-se como quirografário, por conta de sub- rogação, o crédito do mesmo recorrido, não se desenha o fumus boni juris autorizador da medida pleiteada."***[1]

E assim deve ser.

Ora, diversamente do que sustenta o agravante, não se controverte, mais, a respeito da sub-rogação pelo banco estrangeiro, ora agravado, no crédito de titularidade do exportador, simplesmente porque, em razão do contrato que firmaram, acabou por saldar a dívida.

Tal conclusão se extrai do julgamento da Apelação nº 9063125-42.2007.8.26.0000 (7170722-1), da C. 18ª Câmara de Direito Privado desta Corte, que, sob a relatoria do Des. Roque Mesquita, deliberou que, ***ao pagar o exportador, o banco confirmador*** (California Bank & Trust) ***sub-rogou-se nos direitos do exportador em receber os créditos diretamente dos importadores conforme art. 346, III do Código Civil.***[2]

A interposição de recursos às instâncias superiores, contudo, não é capaz de infirmar tal convicção, obviamente porque não ostentam efeito suspensivo.

Assim sendo, não há razão, mesmo, para obstar a participação nos rateios.

Não fosse isso, vê-se que o agravado foi relacionado como credor

Acesso ao Sumário

1 Fls. 190.

2 Fls. 69/73

quirografário do falido (fls. 227).

Destacam-se, por fim, as atentas observações do i. magistrado e do d. Procurador de Justiça oficiante a respeito da ausência de prejuízos na manutenção da r. decisão recorrida.

A conclusão é que, mesmo na hipótese de o agravado receber parte do seu crédito da Massa, com a participação dos rateios, singela comunicação dirigida ao juízo onde se processa a ação monitória em face da **Combrás** será capaz de evitar o duplo recebimento de valores. E, comunicação desse jaez, pode ser providenciada por qualquer um, inclusive na condição de interessado.

Por tais fundamentos, correta a r. decisão, nego provimento ao recurso.

É como voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 2083871-69.2015.8.26.0000, da Comarca de Santa Branca, em que é agravante CDPC CENTRO DE DISTRIBUIÇÃO DE PRODUTOS DE COBRE LTDA., são agravados WIREX CABLE S/A (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL), EMPASE EMPREENDIMENTOS, PARTICIPACÕES, IMPORTAÇÕES E EXPORTAÇÕES LTDA. (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL) e WIREX CONDUTORES DO BRASIL S/A (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL).

ACORDAM, em 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35947)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO NEGRÃO (Presidente) e CARLOS ALBERTO GARBI.

São Paulo, 31 de agosto de 2015.

CAMPOS MELLO, Relator

Ementa: Agravo de instrumento. Credora que alega pertencer a subclasse diversa. Rejeição. Decisão mantida. Ausência de continuidade no fornecimento normal de matéria prima. Incidência analógica do parágrafo único do art. 67 da Lei 11.101/2005. Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

É agravo de instrumento contra a decisão copiada a fls. 349/351 que, em demanda de recuperação judicial, rejeitou alegação de que a agravante pertenceria a subclasse diferenciada de credores quirografários.

Alega a recorrente que a decisão agravada não pode subsistir, pois aderiu ao plano de recuperação judicial na condição de credor parceiro, uma subclasse de quirografários, mas que não recebeu pagamento na forma estipulada no plano. Argumenta que continuou a fornecer matéria prima às autoras, como fazia antes do ajuizamento da recuperação, embora em menor proporção por conta da situação financeira da agravada. Pede a reforma.

Processou-se o recurso apenas no efeito devolutivo, foram prestadas informações, as agravadas e o administrador judicial apresentaram resposta, e a Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo provimento do agravo.

É o relatório.

O presente agravo de instrumento não comporta provimento.

É certo que esta Câmara já decidiu ser possível, no presente caso, a criação de subclasse de credores (cf. Ag. 0014816-36.2013.8.26.0000, Rel. Des. Tasso Duarte de Melo, j. 9.12.2013) e que a recorrente, em assembleia de credores, tinha manifestado sua adesão ao plano na condição de credora parceira (cf. fls. 186 do instrumento, fls. 3568 dos autos principais).

Todavia, a própria agravante admite, em suas razões recursais, que diminuiu o volume do fornecimento da matéria prima. Aliás, em requerimento formulado no juízo a quo, a recorrente afirmou que condicionou o aumento do fornecimento à oferta de garantias reais (cf. fls. 201 do instrumento, fls. 5906 dos autos principais).

Nesse contexto, não obstante a ausência de ressalvas no plano de recuperação judicial aprovado, deve incidir na espécie, ainda que por analogia, a mesma regra contida no parágrafo único do art. 67 da Lei 11.101/2005, segundo a qual há privilégio geral na falência dos créditos quirografários daqueles credores que continuaram a fornecer **normalmente** bens e serviços, justificável pela colaboração havida na tentativa de superação da crise da devedora (cf. Fábio Ulhoa Coelho, "Comentários à Lei de Falências, Ed. Saraiva, 8ª ed., 2ª tiragem, 2011, p. 261). E, assim, é essa colaboração que fundamenta a existência de subclasse.

Se a criação de subclasse de credores parceiros se justifica é porque a manutenção do normal fornecimento aumenta a probabilidade de êxito da recuperação judicial, cujo objetivo estão contemplados no art. 47 da Lei 11.101/2005.

No presente caso, incontroversas a queda no volume do fornecimento e a exigência de garantia real suplementar, não é possível enquadrar a agravante na

Acesso ao Sumário

subclasse de credora parceira, visto que não houve mais fornecimento normal de matéria prima durante a recuperação judicial das agravadas.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2155270-61.2015.8.26.0000, da Comarca de Nova Granada, em que são agravantes ADHEMAR SALISSO e MARIA DE FÁTIMA ROCALSQUI SALISSO, é agravado SEVERIANO ROGERIO GOMES SALVADOR.

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 31.592)**

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

São Paulo, 24 de setembro de 2015.

GILBERTO DOS SANTOS, Relator

Ementa: TÍTULO EXTRAJUDICIAL. Cheque. Exceção de pré-executividade. Penhora de pequena propriedade rural. Alegação de impenhorabilidade. Exceção rejeitada. Ausência de prova de que a família retira o sustento do imóvel penhorado. Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento tirado contra decisão de fls. 15/18, que rejeitou a exceção de pré-executividade oposta pelos executados, que tiveram penhorada parcela de bem imóvel que alegam ser impenhorável por ser pequena propriedade rural da qual retiram o sustento.

Recorrem os executados, alegando ter ficado demonstrado nos autos que retiram seu sustento unicamente da propriedade rural penhorada, pois juntaram documentos nesse sentido e testemunhas que confirmam as alegações.

Denegado o efeito suspensivo ao recurso, foram dispensadas as informações a que alude o artigo 527, IV, do Código de Processo Civil (fls. 91).

A parte agravada apresentou a contraminuta de fls. 296/301, pelo não

Acesso ao Sumário

provimento do recurso.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento, *data venia*.

Mesmo com a oportunidade de produzirem provas, os embargantes não lograram fornecer elementos aos autos que permitissem minimamente concluir que é do imóvel penhorado, se não exclusivamente, ao menos em maior parte, que a família retira seu sustento.

É bem verdade que os documentos de fls. 130/135 demonstram ter havido algum comércio de leite cru, supostamente produzido na propriedade penhorada, mas nem mesmo a oitivas de testemunhas foi suficiente para comprovar que a subsistência da família vem da exploração da propriedade rural penhorada.

Infelizmente, tal prova poderia e deveria ter sido feita, mas não foi.

Talvez se os embargantes tivessem juntado aos autos suas declarações de Imposto de Renda, para o fim de comprovar que seu sustento vem, seja exclusivamente, ou ao menos em grande parte, da pequena propriedade rural explorada.

Na verdade, o espírito da proteção conferida a tais propriedades reside na necessidade de proteger as famílias menos favorecidas e que vivem do que produzem em suas pequenas propriedades rurais (ou como já se disse: "naquela que possibilita a manutenção de condições mínimas de sobrevivência ao pequeno produtor e à sua família" - STJ - AgRg no Ag 314.204/RS, Rel. Min. CASTRO FILHO, J. 04/09/2001, DJ 01/10/2001).

No caso dos autos, com todo o respeito, tudo recomenda conclusão em contrário ao que defendem os embargantes, pois nada há que indique que dependam da propriedade trabalhada.

Ante o exposto e pelo mais o que dos autos consta, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2092352-55.2014.8.26.0000, da Comarca de Jacupiranga, em que é agravante LADEL LOCAÇÃO DE VEÍCULOS LTDA., é agravado BANCO SANTANDER (BRASIL) S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 11.685)**

Acesso ao Sumário

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

São Paulo, 21 de setembro de 2015.

RÔMOLO RUSSO, Relator

Ementa: Agravo de instrumento. Ação declaratória de ineficácia de aval em relação à agravante. Decisão interlocutória que nega a concessão de tutela antecipada para suspender processo de execução de cédula de crédito bancário e retirar o nome da avalista de cadastro de devedores inadimplentes. Alegação de que aval foi prestado por mandatário em excesso de poderes de representação. Verossimilhança. Risco de dano de difícil reparação. Presentes os requisitos necessários à concessão da tutela antecipatória. Recurso parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento (fls. 01-10) interposto contra a r. decisão interlocutória (fls. 100) que indefere o pedido de antecipação de tutela em ação anulatória do aval prestado pela agravante em cédula de crédito bancário cuja devedora é a sociedade Guluc Instalações Elétricas Ltda.

A agravante sustenta que o aval foi prestado por procurador em exorbitância dos poderes de representação e que, em razão do aval, a sociedade foi incluída no polo passivo da ação de execução do título, tendo seu nome inserido em cadastro de inadimplentes. Requer a suspensão da execução enquanto pendente o julgamento da ação anulatória, bem como sua exclusão do cadastro do Serasa.

Deferido em parte o efeito suspensivo ao recurso, suspendendo-se os efeitos do aval e obstando-se o levantamento do numerário constrito (fls. 108-110).

Não houve resposta do agravado.

É o relatório.

Na qualidade de mandatário da agravante, Lauro Dendevitz prestou aval em cédula de crédito bancário, garantindo dívida no valor de R$ 4.596.146,15 (fls. 42-47).

Da procuração outorgada pela agravante a Lauro Dendevitz (fls. 29-31) não consta, porém, poderes especiais para prestar aval, conforme exige o art. 661, §1º, do Código Civil, *verbis*:

"Art. 661. O mandato em termos gerais só confere poderes de

Acesso ao Sumário

administração.

§ 1º Para alienar, hipotecar, transigir, ou praticar outros quaisquer atos que exorbitem da administração ordinária, depende a procuração de poderes especiais e expressos".

Conquanto nos limites de cognição não exauriente, verifica-se que a prestação da garantia excedeu os poderes de representação constantes do mandato, do que emerge a verossimilhança da teórica ineficácia do aval em relação à agravante (art. 662 do Código Civil).

Noutro aspecto, na peculiaridade dos autos, verifica-se, ainda, que o mandatário a Lucas Dendevitz cumula a função de sócio administrador da empresa agravante, Ladel Locação de Veículos Ltda.

O estatuto social da agravante (fls. 24/28) fixa que, *verbis*:

"Cláusula sexta - A administração da sociedade caberá ao sócio LUCAS DENDEVITZ, com os poderes e atribuições de assinar pela sociedade em conjunto ou isoladamente, sendo autorizado o uso do nome empresarial, mas vedado, no entanto, em atividades estranhas ao interesse social ou assumir obrigações sejam em favor de qualquer dos cotistas ou de terceiros, bem como onerar ou alienar bens imóveis da sociedade, sem autorização do outro sócio" (fls. 26).

"Cláusula oitava - O uso da firma é feito pelo sócio LUCAS DENDEVITZ, sempre nos negócios que digam respeito aos interesses sociais, sendo proibido seu uso para fins estranhos como endosso de favores, cartas de fiança e outros documentos não análogos que acarretarem responsabilidade para a sociedade" (fls. 26).

Evidencia-se, assim, em cognição não exauriente, que o sócio administrador agira com excesso de poderes.

A oposição do excesso a terceiros requer a demonstração de uma das hipóteses arroladas pelo art. 1.015, parágrafo único, do Código Civil, cuja aplicabilidade decorre da incidência do art. 1.053 do mesmo diploma, *verbis*:

"Art. 1.015. No silêncio do contrato, os administradores podem praticar todos os atos pertinentes à gestão da sociedade; não constituindo objeto social, a oneração ou a venda de bens imóveis depende do que a maioria dos sócios decidir.

Parágrafo único. O excesso por parte dos administradores somente pode ser oposto a terceiros se ocorrer pelo menos uma das seguintes hipóteses:

I - se a limitação de poderes estiver inscrita ou averbada no registro próprio da sociedade;

II - provando-se que era conhecida do terceiro;

III - tratando-se de operação evidentemente estranha aos negócios da sociedade."

Acesso ao Sumário

Nessa medida, constando a limitação do estatuto, é plausível a oponibilidade do excesso de poderes suscitado.

Observe-se, ademais, que, ao contrário do que alega a recorrente, não se trata de discutir a nulidade do ato, mas sim a sua eficácia em relação à agravante, de modo que, eximindo-se esta, responde o mandatário pelo ato praticado sem poder de representação.

Em todo caso, mostram-se presentes os requisitos para a concessão parcial de tutela liminar, pois patente a verossimilhança das alegações da agravante quanto ao excesso na execução do mandato, fundadas sobre a prova escrita de fls. 29-31, bem como o risco de dano de difícil reparação, corporificado não apenas pela sua figuração no polo passivo da execução, mas principalmente em razão da inscrição de seu nome no cadastro do Serasa, o que implica graves consequências sobre o exercício de sua atividade empresarial.

Nesta sede, porém, não é possível suspender o processo de execução em curso, mas sim os efeitos do aval em relação à agravante, objeto da ação declaratória.

Por esses fundamentos, pelo meu voto, dou parcial provimento ao recurso para suspender os efeitos da garantia em relação à agravante e determinar a retirada do seu nome civil do cadastro de devedores inadimplentes.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2136606-79.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante BANCO ITAUCARD S/A, é agravado MARCIO RONAN SILVA DIAS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 21ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, com observação. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37325)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SILVEIRA PAULILO (Presidente) e ITAMAR GAINO.

São Paulo, 22 de setembro de 2015.

ADEMIR BENEDITO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: EXECUÇÃO - EXTINÇÃO - RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE - SUSPENSÃO DO PROCESSO POR AUSENCIA DE LOCALIZAÇÃO

DO DEVEDOR, PELO PRAZO DE SEIS MESES, COM A OBSERVAÇÃO DE QUE, FINDO ESTE PRAZO, O PROCESSO SERIA EXTINTO - INADMISSIBILIDADE - O ART. 791, III, DO CPC NÃO PREVÊ PRAZO DE SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO, POR AUSÊNCIA DE BENS PENHORÁVEIS - AFASTAMENTO DO PRAZO DE SEIS MESES - RECURSO PROVIDO COM OBSERVAÇÃO - DECISÃO REFORMADA.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento tirado nos autos de execução por quantia certa, contra decisão que deferiu pedido de suspensão do processo, mas apenas pelo prazo de seis meses, quando, então, passará a correr a prescrição intercorrente da pretensão executória pelo prazo de cinco anos.

Diz o agravante que a ação se funda em título de crédito extrajudicial e que o processo de execução, no caso de ausência de bens impenhoráveis, deve ser suspenso por prazo indeterminado, já que o art. 791, inciso III, do Código de Processo Civil não limita referido prazo.

Recurso recebido no efeito devolutivo, sem contraminuta.

Informações da D. Juíza "a quo" às fls. 169.

É o relatório.

Com efeito, nos termos do artigo 791, inciso III, do Código de Processo Civil, "suspende-se a execução quando o devedor não possui bens penhoráveis".

O referido dispositivo legal não fixou prazo de suspensão da execução.

Assim, impõe-se o afastamento do prazo de 6 (seis) meses fixado na r. decisão hostilizada, uma vez que a suspensão desta execução decorre da ausência de bens penhoráveis, fato que não pode ser imputado ao credor.

Este é o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça, evidenciado no seguinte julgado:

"**PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO. SUSPENSÃO. NÃO LOCALIZAÇÃO DE BENS PENHORÁVEIS. ART. 791-III, CPC. PRAZO. VINCULAÇÃO À PRESCRIÇÃO DO DÉBITO. PRECEDENTES. ORIENTAÇÃO DO TRIBUNAL. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO**".

- "O prazo de suspensão da execução, com base no art. 791-III, CPC, vincula-se à prescrição do débito exequendo, cujo prazo, em regra, não tem curso durante a suspensão, ainda que se trate de prescrição intercorrente, sendo de ressalvar-se, todavia, que fluí o prazo prescricional se o credor não atender às

Acesso ao Sumário

diligenciais necessárias ao andamento do feito, uma vez intimado a realizá-las" (REsp 327.329/RJ, Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira - Quarta Turma - Julgado em 14/08/2001 e publicado em 24/09/2001).

Na espécie, embora seja louvável a intenção da Meritíssima Juíza da causa, de imprimir celeridade ao feito, não há previsão legal no tocante ao prazo de seis meses fixado na r. decisão impugnada, para a suspensão da execução, prazo este que deve ser afastado.

Não obstante a suspensividade da ação pela inexistência de bens penhoráveis seja justificada, ressalva-se que a paralisação do processo não pode ser "ad infinitum", sob pena de se eternizarem as consequências negativas àquele que contra si vê ajuizada uma ação executiva.

Por essas razões, dá-se provimento ao recurso, para que o processo seja suspenso por prazo indeterminado, nos termos do art. 791, III, do Código de Processo Civil, com a observação de que o credor se vê obrigado a diligenciar acerca de bens penhoráveis do devedor, sob pena de transcorrer o prazo da prescrição intercorrente no procedimento executivo, se a paralisação do processo se der por prazo igual ou superior àquele previsto para o título que o lastreia.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2032135-12.2015.8.26.0000, da Comarca de Sorocaba, em que é agravante JOSE ROBERTO RODRIGUES, são agravados TRICURY EMPREENDIMENTOS e CARLOS EDUARDO CURY.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 21ª 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 25161)**

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

São Paulo, 23 de setembro de 2015.

MAIA DA ROCHA, Relator

Ementa: RECURSO - Agravo de instrumento - Pressupostos de admissibilidade - Tempestividade - O prazo do agravo conta-se a partir do despacho que fora lesivo ao interesse da parte e não daquele que manteve a decisão - Intempestividade caracterizada -

Acesso ao Sumário

Recurso não conhecido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face da r. decisão de fl. 31, em cumprimento de sentença (execução de honorários advocatícios), que, ante o escoamento do prazo recursal, assim como ausência de novas alegações, manteve entendimento anteriormente exarado no sentido de o exequente não fazer jus à gratuidade judiciária.

Sustenta o agravante que deixou de interpor o agravo de instrumento em momento hábil, em virtude dos seus esforços no Mandado de Segurança atinente ao feito principal; aduz a ocorrência de fato novo quanto a sua situação econômica, juntando declaração de renda, bem como informa ser devedor pontual no mercado financeiro; ressalta que os fatos novos são novos, não havendo que se cogitar de reiteração; colaciona entendimento jurisprudencial acerca do tema; assevera que não lhe foi oportunizado o direito de comprovação; afirma que acostou declaração de hipossuficiência, nos termos da Lei 1.060/50; salienta que a concessão da gratuidade judiciária pleiteada não se condiciona a qualquer prova de miserabilidade da parte, bastando tão somente a simples afirmação de que não pode arcar com as despesas processuais sem prejuízo do seu sustento e da sua família, o que foi cumprido; observa que o entendimento "a quo" fere os princípios da isonomia e da razoabilidade; expõe que restou demonstrado nos autos que seus rendimentos são inferiores, e muito, a 10 salários mínimos, não comportando os seus gastos; menciona o cumprimento do art. 4º da Lei 1.060/50, bem como o fornecimento ao d. Juízo "a quo" dos documentos comprobatórios da necessidade de gozo da benesse.

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

É o relatório.

Pugna o agravante a reforma do julgado para que lhe sejam deferidos os benefícios da justiça gratuita.

A r. decisão que indeferiu o pleito "sub judice" foi publicada em 26 de agosto de 2014, conforme se depreende da cópia da petição acostada às fls. 41/42, e mantida no "decisum" ora guerreado.

Verifica-se que a decisão lesiva é a primeira, por meio da qual o recorrente foi intimado da não concessão da gratuidade judiciária, e não a posterior que somente a reiterou.

O pedido de reconsideração postulado (fls. 41/42) não possui o condão de suspender ou interromper o prazo recursal.

Frise-se ainda que o próprio recorrente reconhece a sua desídia ao deixar transcorrer "in albis" o prazo recursal em testilha.

Acesso ao Sumário

Desta forma, o agravo de instrumento, protocolado em 24 de fevereiro de 2015, revela-se manifestamente intempestivo.

Isto posto, não se conhece do recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2134448-51.2015.8.26.0000, da Comarca de Jundiaí, em que são agravantes REIGRI EMPRESA DE MINERAÇÃO LTDA., ELIZETE GIANETTI REIS (ESPÓLIO) e DIRCEO DE OLIVEIRA REIS (ESPÓLIO), é agravado BANCO BRADESCO S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não Conheceram do recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29080)**

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

São Paulo, 5 de outubro de 2015.

SIMÕES DE VERGUEIRO, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO CONTRA R. DECISÃO PELA QUAL FOI REJEITADO PEDIDO DE RECONHECIMENTO DE QUESTÃO RELATIVA À OCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE - ALEGAÇÃO DE INCORREÇÃO - PEDIDO DE REFORMA, UMA VEZ QUE OS AUTOS PERMANECERAM NO ARQUIVO POR MAIS 07 (SETE) ANOS, SEM QUALQUER REQUERIMENTO DEDUZIDO PELO BANCO AGRAVADO - QUESTÃO NÃO ANALISADA PELO JUÍZO - INVIÁVEL APRECIAÇÃO PELO 2º GRAU DE JURISDIÇÃO DE QUESTÃO AINDA NÃO DECIDIDA EM 1º GRAU, SOB PENA DE SUPRESSÃO DE GRAU DE JURISDIÇÃO - RECURSO NÃO CONHECIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Tratam os autos de Agravo de Instrumento interposto por **REIGRI EMPRESA DE MINERAÇÃO LTDA.**, tirado contra R. Decisão copiada a fls. 30, proferida em Ação de Execução que lhe é promovida por **BANCO BRADESCO S/A**, pela qual foi determinada penhora, esta a se dar no rosto dos autos do processo de inventário de número 0020153-20.2011.8.26.0309, em curso perante a 3ª Vara da Família e Sucessões da Comarca de Jundiaí, conforme requerida pelo banco exequente.

Dizendo incorretos os termos da R. Decisão como proferida, uma vez que o processo permaneceu arquivado a contar de 2007, o que se estendeu até 23/05/2014, momento em que foi requerido o reconhecimento da prescrição diante da inércia do autor, pois conforme sustenta, deu-se o decurso de prazo superior a 07 (sete) anos, sem que desenvolvesse o interessado qualquer indicação, ou mesmo diligências no sentido de promover a localização de bens passíveis de constrição, o que demonstra a ocorrência da prescrição intercorrente, pediu pelo acolhimento do inconformismo como deduzido, com a decorrente reforma da R. Decisão lançada aos autos, de sorte a ter por reconhecida a prescrição como alegada, com o consequente levantamento da constrição judicial em questão.

Concedido efeito suspensivo ao Recurso, e dispensadas informações, o agravado, conforme dá conta a fls. 128/134, apresentou contraminuta, vindo então os autos a este Relator, de sorte a se promover a reapreciação da matéria já debatida em 1º Grau de Jurisdição.

É o relatório.

O inconformismo como deduzido pela recorrente não deve ser conhecido pela Turma Julgadora, pois não deve o 2º Grau se posicionar acerca de questão ainda não apreciada pelo 1º, o que em ocorrendo, implicaria em indevida supressão de Grau de Jurisdição que, de forma absoluta, não deva ser tolerada.

É certo que o pedido de reconhecimento da ocorrência de prescrição intercorrente, conforme deduzido pela agravante ainda não foi efetivamente deferido ou indeferido pelo Juízo responsável pelo andamento do feito em que foi intentado o presente recurso, tendo apenas sido determinada a penhora no rosto dos autos do processo de inventário de número 0020153-20.2011.8.26.0309, em curso perante a 3ª Vara da Família e Sucessões da Comarca de Jundiaí, conforme requerida pelo banco exequente, ora agravado, razão pela qual não deva esta E. Corte apreciar a questão, o que, caso ocorra, implicará em efetiva incorreção, ante a retirada da apreciação da matéria de seu Juiz natural, não se prestando, ademais, o recurso de agravo movimentado, para casos em que se registrem omissões do Juízo.

Diante de tais argumentos, não pode a Turma Julgadora se posicionar acerca do aspecto que busca a recorrente colocar em discussão, principalmente

Acesso ao Sumário

nos moldes em que levantados, sob pena de se impedir posicionamento a ser assumido pelo Juízo da causa, daí o porque de não se dever sequer conhecer do recurso como tirado.

Pelo exposto, não se conhece do recurso, nos termos do Voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2116125-95.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante MARCIO ROBERTO GALO, é agravado BANCO ITAÚ S/A.

ACORDAM, em 23ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22477)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SEBASTIÃO FLÁVIO (Presidente) e PAULO ROBERTO DE SANTANA.

São Paulo, 30 de setembro de 2015.

JOSÉ MARCOS MARRONE, Relator

Ementa: Ação de prestação de contas – Segunda fase – Agravante que discordou das contas apresentadas pelo banco agravado – Caso em que, diante das divergências quanto às contas prestadas, foi determinada a realização de perícia contábil e carreado ao agravante o seu custeio – Descabimento – Banco agravado que ficou vencido na primeira fase, tendo dado causa à propositura da ação de prestação de contas, assim como à realização de perícia – Precedentes do STJ e do TJSP – Atribuído ao banco agravado o custeio da perícia – Agravo provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de agravo de instrumento (fl. 1), interposto, tempestivamente, da decisão proferida em ação de prestação de contas (fl. 18), de rito especial, que determinou a realização de perícia contábil, tendo atribuído o seu custeio ao agravante, "em conformidade com o art. 33 do CPC, uma vez que foi este quem requereu a perícia" (fl. 35).

Sustenta o agravante, autor da aludida ação, em síntese, que: foi

determinada a realização de prova pericial para apuração das contas, a fim de sanar a divergência dos cálculos elaborados pelas partes; encontra-se caracterizada a sua vulnerabilidade perante a instituição financeira; cuida-se de relação de consumo; aplica-se à espécie o princípio da causalidade; deve o banco agravado custear a prova pericial, por ter dado causa à propositura da ação (fls. 4/15).

Houve preparo do agravo (fls. 16/17).

Foi concedido o efeito suspensivo ao recurso oposto, tendo sido sobrestado, até o seu julgamento, o andamento do processo em exame (fl. 44).

Foram dispensadas as informações.

Foi comprovado pelo agravante o cumprimento do disposto no art. 526 do CPC (fls. 50/51).

Foi apresentada resposta pelo banco agravado (fls. 53/59).

É o relatório.

2. Merece prosperar o reclamo manifestado pelo agravante.

Explicando:

2.1. A ação de prestação de contas proposta pelo agravante foi julgada procedente, havendo o banco réu, ora agravado, sido condenado a prestar as contas pedidas, no prazo de quarenta e oito horas.

O banco agravado prestou contas, porém, o agravante delas discordou, tendo apresentado "trabalho de auditoria contábil", do qual constou saldo em seu favor (fl. 35).

Diante das "divergências quanto às contas prestadas", o ilustre juiz da causa determinou a realização de perícia contábil e carreou ao agravante o seu custeio (fl. 35).

Insurgiu-se o agravante contra essa decisão interlocutória, tendo postulado que tais custas fossem carreadas ao banco agravado (fl. 15).

2.2. Assiste razão, realmente, ao agravante.

Com efeito, o banco agravado ficou vencido na primeira fase, tendo dado causa à propositura da ação de prestação de contas, assim como à realização da perícia.

O entendimento aqui esposado foi perfilhado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> "Processual civil – Prestação de contas – Sucumbência – Segunda fase – Prova pericial – Necessária.
>
> Na ação de prestação de contas, se a parte deu causa, não só à ação, mas também à realização de perícia, deve responder pelos ônus sucumbenciais" (REsp nº 924.849-PR, registro nº 2007/0038844-1, 3ª Turma, v.u., Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, j. em 16.10.2007, DJU de

Acesso ao Sumário

29.10.2007, p. 232).

"Agravo regimental – Recurso especial – Ação de prestação de contas – Segunda fase – Responsabilidade pelos honorários do perito – Precedentes.

1 – Conforme a jurisprudência das Turmas que compõem a Segunda Seção desta Corte, na ação de prestação de contas, se a parte deu causa, não só à ação, mas também à realização de perícia, deve adiantar os honorários periciais.

2 – Agravo regimental improvido" (AgRg no REsp nº 1.404.766-PR, registro nº 2013/0310485-8, 3ª Turma, v.u., Rel. Min. SIDNEI BENETI, j. em 26.11.2013, DJe de 6.12.2013).

No mesmo sentido houve pronunciamentos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

"Prova – Segunda fase de ação de prestação de contas – Despesas oriundas da realização de prova pericial em segunda fase de ação de prestação de contas devem ser arcadas por quem deu causa à ação ou à realização de perícia – Banco réu que deu causa ao ajuizamento da ação de prestação de contas, uma vez que vencido na primeira fase, bem como à determinação de realização de perícia contábil, porquanto visa verificar as contas por ele prestadas – Reforma da r. decisão agravada para determinar ao agravado o pagamento de honorários periciais, no prazo de dez dias. Recurso provido" (AI nº 2082663-84.2014.8.26.0000, de São Paulo, 20ª Câmara de Direito Privado, v.u., Rel. Des. REBELLO PINHO, j. em 4.8.2014).

"Prestação de contas – Segunda fase – Perícia contábil – Honorários que devem ser suportados pelo agravante, vencido na primeira fase – Princípio da causalidade – Precedente do STJ – Decisão mantida" (AI nº 0107192-75.2012.8.26.0000, de Itapeva, 19ª Câmara de Direito Privado, v.u., Rel. Des. SEBASTIÃO JUNQUEIRA, j. em 6.8.2012).

"Prova – Perícia contábil – Prestação de contas em sua segunda fase – Contas prestadas pelo autor por inércia do réu – Perícia contábil determinada, carreado ao réu o custo financeiro da prova à que deu causa – Necessidade – Agravo desprovido" (AI nº 0206198-89.2011.8.26.0000, de São Paulo, 23ª Câmara de Direito Privado, v.u., Rel. Des. RIZZATTO NUNES, j. em 21.9.2011).

Acesso ao Sumário

2.3. Ademais, o Código de Defesa do Consumidor prevê, em seu art. 6º, inciso VIII, "a facilitação da defesa de seus direitos [do consumidor], 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".

Saliente-se que a facilitação da defesa do consumidor constitui aplicação do princípio constitucional de isonomia, já que ele, como parte reconhecidamente

mais fraca e vulnerável na relação de consumo (art. 4º, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor), deve ser tratado de maneira diferente, para que seja atingida a igualdade real entre os partícipes dessa relação.

Logo, deve o fornecedor do serviço, ora agravado, assumir as despesas para a feitura da perícia determinada (fl. 35).

A esse respeito, houve manifestações do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

> "Processual civil – Liquidação por arbitramento – Perícia necessária para apurar o montante da condenação imposta ao réu – Determinação feita para este depositar os honorários do perito judicial – Admissibilidade, tendo-se em vista a incidência, no caso, do Código de Defesa do Consumidor, que estabelece em seu favor a inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII), bem como a finalidade da perícia – Inaplicabilidade, nesta hipótese, da regra do art. 33 do CPC – Recurso do réu improvido" (AI nº 7.405.017-0, de Osasco, 14ª Câmara de Direito Privado, v.u., Rel. Des. THIAGO DE SIQUEIRA, j. em 18.11.2009).
>
> "Prova – Ação de prestação de contas – Segunda fase – Contrato bancário – Demanda decorrente de relação de consumo – Art. 6º, VIII, 'Codecon' – Inversão do ônus da prova que decorre da verossimilhança das alegações ou quando hipossuficiente o consumidor – É do banco o ônus de comprovar a regularidade da sua conduta contratual, devendo suportar o pagamento dos salários do perito, não se aplicando as regras do art. 19 e 33 do CPC – Decisão recorrida reformada – Recurso provido" (AI nº 2112175-15.2014.8.26.0000, de São Paulo, 23ª Câmara de Direito Privado, v.u., Rel. Des. PAULO ROBERTO DE SANTANA, j. em 27.8.2014).
>
> "Agravo de instrumento – Consumidor – Ônus da prova – Custeio da prova – Relação entre cliente e instituição financeira caracterizada como relação de consumo – A inversão do ônus da prova compreende o ônus financeiro e o dever de arcar com o custeio da prova técnica – Prevalência das normas do CDC sobre os arts. 33 e 333 do CPC – Recurso provido" (AI nº 2052913-03.2015.8.26.0000, de São Caetano do Sul, v.u., Rel. Des. SÉRGIO SHIMURA, j. em 13.5.2015).

2.4. Cabe ao banco agravado, em suma, arcar com as custas relativas à perícia contábil ordenada (fl. 35).

3. Nessas condições, dou provimento ao agravo contraposto, reformando a decisão impugnada (fl. 35), a fim de atribuir ao banco agravado o custeio da perícia.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2106715-13.2015.8.26.0000, da Comarca de Barueri, em que é agravante JEFFERSON CUPERTINO DOS SANTOS, são agravados EMPRESA BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES S/A - EMBRATEL e TELEMAR NORTE LESTE S/A.

ACORDAM, em 32ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.784)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RUY COPPOLA (Presidente sem voto), LUIS FERNANDO NISHI e CAIO MARCELO MENDES DE OLIVEIRA.

São Paulo, 16 de julho de 2015.

KIOITSI CHICUTA, Relator

Ementa: Cumprimento de sentença. Responsabilidade extracontratual. Danos morais. Condenação da ré e da denunciada. Apelação interposta apenas pela denunciada e que obteve redução do montante indenizatória. Aproveitamento do resultado do recurso em relação a outra parte que não recorreu. Incidência do art. 509 do CPC. Precedente do STJ. Decisão mantida. Recurso desprovido.

Nos termos do art. 509 do Código de Proc. Civil, a decisão judicial não pode ser cindida, devendo atingir as litisconsortes de modo uniforme. Assim, o recurso interposto por uma delas se estende à outra, observando-se, para tanto, que houve readequação do valor arbitrado a título de danos morais. Não há sentido buscar valores diversos para um mesmo dano moral só porque uma das interessadas vencidas não ofertou recurso.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuidam os autos de agravo de instrumento interposto contra r. decisão que determinou o início da fase executória do julgado, providenciando o credor nova planilha atualizada do débito e em observância ao v. acórdão.

Sustenta o agravante que as teses de defesa de ambas as rés são distintas, tanto assim que buscavam esquivar-se de sua responsabilidade, afirmando ser a outra a responsável pelos erros causados. A responsabilidade da ré Telemar foi reconhecida em reembolsar a Embratel, sendo impossível que o recurso da primeira aproveite a outra ré. A r. sentença transitou em julgado para a Embratel e, se houve diminuição quanto à indenização, este é o valor que a Telemar irá ressarcir a Embratel, cuja relação agravante não tem nenhum interesse. A Embratel foi condenada por responsabilidade objetiva, sendo denunciada a lide a empresa Telemar. A Embratel alegou não ser responsável pela linha telefônica, sendo tão somente prestadora de serviço de ligações e que a aferição de cobranças indevidas deve ser realizada pelas prestadoras locais. A empresa Telemar alega legitimidade na cobrança, justificando, ainda, que uma vez confirmado o consumo, a cobrança não seria ilegítima e nem vexatória ou constrangedora, não demonstrando o autor dor, sofrimento ou humilhação. Assim, a ré e a litisdenunciada não reúnem as condições ao aproveitamento do recurso a ambas, pois não tem o mesmo patrono e nem são rés solidárias. Busca o agravante reconhecimento do crédito em face da ré Embratel expresso na sentença.

Processado o recurso com efeito apenas devolutivo, colheu-se resposta da agravada.

É o resumo do essencial.

Busca o agravante prosseguir com o processo para haver a indenização por danos morais a que a ré Embratel restou condenada em primeira instância, devendo a litisdenunciada Telemar ressarcir tal quantia à denunciante em montante inferior.

Consoante destacado na r. decisão impugnada, "equivoca-se o autor em seu petitório. Isto porque o efeito extensivo dos recursos também autoriza beneficiar a parte que não recorreu quando se tratar de litisconsórcio. Assim é que, se o recurso de uma parte pode produzir efeito extensivo e beneficiar a outra que não recorreu, é porque não havia coisa julgada, o que havia era apenas preclusão recursal para esta última. Mesmo havendo a figura da preclusão em relação ao recurso de determinada parte, mas se outro recurso for interposto pela mesma ou outra parte, tudo o que antes foi julgado poderá ser alterado por força do recurso que conduza o efeito translativo" (fl. 158).

Na hipótese específica, incide na hipótese o art. 509 do Código de Processo Civil e que assim dispõe: "O recurso interposto por um dos litisconsortes a todos aproveita, salvo se distintos ou opostos os seus interesses." Bem por isso, a decisão judicial não pode ser cindida, devendo atingir as litisconsortes de modo uniforme, mesmo porque a estimação do dano ao patrimônio moral do agravante, ora autor, é única e não variada de acordo com as interessadas

Acesso ao Sumário

envolvidas no processo.

A respeito do mesmo assunto, o Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de deixar assentado que "podem verificar-se hipóteses em que os interesses dos litisconsortes não sejam distintos nem opostos, sem que se verifique a unitariedade. Isso, entretanto, aqui não importa. O litisconsórcio que se forma entre denunciante e denunciado, na medida em que se opõem ao pedido formulado pelo autor, embora facultativo, é unitário. A responsabilidade do denunciante está a depender da procedência da ação quanto ao denunciante. Não há como resolver essa relação de forma diversa quanto a denunciante e denunciado. Assim sendo, incide o disposto na citada norma processual". Portanto, "provido o recurso do denunciado, para reconhecer que a condenação extrapolara o pedido, a decisão aproveita também ao réu denunciante" (cf. Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 226.326, Rel. o Min. Eduardo Ribeiro).

Em suma, o recurso interposto pela denunciada Telemar Norte Leste S/A se estende à outra ré, observando-se, para tanto, que houve readequação do valor arbitrado a título de dano moral, sendo reduzida a verba indenizatória para R$10.000,00, mantida, no mais, a r. sentença.

Isto posto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2054464-18.2015.8.26.0000, da Comarca de Guarulhos, em que é agravante RENATO TEIJI OJIMA (JUSTIÇA GRATUITA), é agravado BV FINANCEIRA S/A CRÉDITO FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO.

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 ao recurso. V. U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15814)**

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

São Paulo, 20 de julho de 2015.

EDUARDO SIQUEIRA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO REVISIONAL - JUSTIÇA GRATUITA -

HIPOSSUFICIÊNCIA COMPROVADA. No caso em tela, além da declaração de hipossuficiência econômica (fl. 51), o Agravante juntou aos autos seu holerite comprovando o cargo de professor de educação básica e rendimentos mensais brutos com valores que se enquadram na definição de hipossuficiência financeira. Dessa forma, os documentos colacionados aos autos são suficientes para demonstrar que, mesmo momentaneamente, o Agravante se encontra impossibilitado de arcar com o pagamento das custas e despesas processuais sem prejuízo de seu sustento e de sua família, sendo de rigor a concessão do benefício da gratuidade de Justiça, a fim de que obtenha a prestação jurisdicional pretendida. - DECISÃO REFORMADA - RECURSO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de recurso de agravo de instrumento, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal, interposto por RENATO TEIJI OJIMA, nos autos da "AÇÃO REVISIONAL", que move em face de BV FINANCEIRA S/A - CRÉDITO FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO, contra a decisão de fl. 53, da lavra do Juiz LINCOLN ANTÔNIO ANDRADE DE MOURA, que indeferiu o pedido de gratuidade processual outrora formulado pelo Agravante.

Irresignado, o Agravante recorre objetivando a reforma da r. decisão, alegando, em síntese que: a) é professor, pessoa honesta, e percebe baixa remuneração; b) basta a mera declaração de pobreza para o gozo do benefício (fls. 01/11).

No mais, o recurso deixou de ser preparado e foi instruído com as peças obrigatórias e facultativas (fls. 12/54).

Às fls. 56/57, foi deferida a antecipação dos efeitos da tutela recursal. Na mesma oportunidade, foram requisitadas as informações ao Juízo *a quo*, e dispensada a intimação do Agravado, uma vez que, até o momento, não integrava a relação processual.

Por fim, as informações foram prestadas às fls. 65/68.

É o relatório.

Por primeiro, embora ausente o preparo, conheço do presente recurso, visto que a discussão travada envolve justamente a concessão dos benefícios da gratuidade processual.

Neste diapasão, embora o artigo 4º, da Lei nº 1.060/50, exija apenas a declaração de pobreza para a concessão do benefício, **com o advento da**

Acesso ao Sumário

Carta da República de 1988, depreende-se do artigo 5º, inciso LXXIV, que "o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos". (Grifei)

No caso dos autos, mais do que afirmar fazer *jus* ao benefício da assistência judiciária, a Agravante também comprovou o seu estado de hipossuficiência econômica.

Nessa esteira, deve ser concedida a gratuidade de Justiça, de acordo com o entendimento desta Corte:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. Justiça Gratuita. **Decisão que indeferiu o benefício. INADMISSIBILIDADE: O pressuposto da justiça gratuita é a insuficiência de recursos financeiros (art. 5º, LXXIV, CF). A situação em questão exige o deferimento da gratuidade, porque o agravante comprovou sua hipossuficiência financeira. Decisão reformada. RECURSO PROVIDO.** Agravo de Instrumento nº 2028706-37.2015.8.26.0000. 37ª Câmara de Direito Privado. Relator: ISRAEL GÓES DOS ANJOS. J. 24.03.2015 (Grifei)
>
> JUSTIÇA GRATUITA. Pessoa Física. Pedido de concessão para este recurso. **Circunstâncias condizentes com a alegada pobreza. Benefício da gratuidade judiciária concedido**. Recurso provido [...]. (Agravo de Instrumento nº 2225721-48.2014.8.26.0000. 38ª Câmara de Direito Privado. Relator: FERNANDO SASTRE REDONDO. J. 04.02.2015). (Grifei)
>
> JUSTIÇA GRATUITA. Indeferimento. Presença, todavia, de **elementos aptos a comprovar a alegada pobreza. Requerente que aufere baixa renda mensal. Contratação de advogado particular não é prova de capacidade econômica**. Recurso provido. Agravo de Instrumento nº 0286585-91.2011.8.26.0000. 4ª Câmara de Direito Privado. Relator: TEIXEIRA LEITE. J. 15.12.2011). (Grifei)

No caso em tela, além da declaração de hipossuficiência econômica (fl. 51), o Agravante juntou aos autos seu holerite comprovando o cargo de professor de educação básica e rendimentos mensais brutos no valor de R$ 1001,52 (fl. 52), valor que se enquadra na definição de hipossuficiência financeira.

Ademais, embora a natureza da ação seja a revisão de cláusula contratual de financiamento de veículo, entendo que o fato não retira o caráter de pobreza, pelo contrário, contribui para demonstrar as dificuldades financeiras do agravante, em razão de necessitar realizar um contrato de financiamento sabendo da onerosidade envolvida neste.

Dessa forma, os documentos colacionados aos autos são suficientes para demonstrar que, mesmo momentaneamente, o Agravante se encontra impossibilitado de arcar com o pagamento das custas e despesas processuais sem prejuízo de seu sustento e de sua família, sendo de rigor a concessão

Acesso ao Sumário

do benefício da gratuidade de Justiça, a fim de que obtenha a prestação jurisdicional pretendida.

Em suma, a r. decisão recorrida deve ser reformada, uma vez que o conjunto fático-probatório revelou o estado de sua hipossuficiência econômica, atendido, portanto, os requisitos do artigo 4º da Lei nº 1.060/50 e do artigo 5º, inciso LXXIV da CF.

Ante o exposto, **confirmo a antecipação dos efeitos da tutela recursal e dou provimento ao recurso, para conceder ao Agravante os benefícios da gratuidade processual.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2107363- 90.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante CONDOMÍNIO RESIDENCIAL ALAMEDA DOS MUSICOS, são agravados WAGNER HEITOR DE OLIVEIRA e ISABEL RODRIGUES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 28ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 2667)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DIMAS RUBENS FONSECA (Presidente sem voto), CELSO PIMENTEL e BERENICE MARCONDES CESAR.

São Paulo, 20 de julho de 2015.

CESAR LUIZ DE ALMEIDA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE COBRANÇA DE CONDOMÍNIO EM FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - SEGUNDA PRAÇA - FIXAÇÃO DE LANCES MÍNIMOS EM 80% DO VALOR DA AVALIAÇÃO DO IMÓVEL - DESCABIMENTO - PERCENTUAL ELEVADO QUE INVIABILIZARÁ A SATISFAÇÃO DO CRÉDITO PELO EXEQUENTE - REDUÇÃO DOS LANCES MÍNIMOS PARA 60% DO VALOR DA AVALIAÇÃO - RECURSO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto contra a decisão de fls. 13 que, em ação de cobrança de condomínio em fase de cumprimento de sentença, fixou o lance mínimo, no segundo leilão, em 80% do valor da avaliação do imóvel, devendo os tributos e as dívidas condominiais pendentes correr por conta do arrematante.

O exequente agravante alega que o lance mínimo de 80% do valor da avaliação e o pagamento dos demais débitos condominiais tornarão a hasta pública extremamente onerosa aos pretensos licitantes.

Sustenta ser razoável a arrematação do apartamento por lances a partir de 50% ou 60% do valor da avaliação e afirma que o valor arrecadado nessa hipótese também será suficiente para suportar o pagamento de toda a dívida e verbas sucumbenciais.

Por fim, requer a reforma da decisão agravada para que a hasta pública seja realizada com lances mínimos a partir de 50% ou 60% do valor de avaliação do imóvel.

A decisão de fls. 111/112 indeferiu o pedido de liminar.

Os agravados não apresentaram contraminuta e não houve oposição das partes quanto ao julgamento virtual, conforme certificado a fls. 114.

É o relatório.

De início, observo que o recurso merece provimento.

Com efeito, verifica-se no documento de fls. 28 que a primeira praça realizada restou negativa, pois não houve licitantes.

O artigo 692, do Código de Processo Civil dispõe que **"não será aceito lanço que, em segunda praça ou leilão, ofereça preço vil"** ***sic.***

No caso em tela, o percentual fixado para os lances mínimos na segunda praça, qual seja, 80%, é muito elevado e certamente tornará inviável a alienação do imóvel.

Nesse contexto, para favorecer o praceamento do bem e, consequentemente, a recuperação do crédito do condomínio exequente, é necessária a redução dos lances mínimos para 60% da avaliação do imóvel, por se tratar de percentual utilizado frequentemente pela jurisprudência e considerado como referência no Provimento nº 1.625/2009, do Conselho Superior da Magistratura deste Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que disciplina o leilão eletrônico.

Portanto, respeitado o entendimento do D. Juízo *a quo*, os lances mínimos na segunda hasta pública devem ser reduzidos para 60% do valor da avaliação do imóvel, a fim de despertar maior interesse dos licitantes e estimular a arrematação do bem.

Nesse sentido, já decidiram esta 28ª Câmara, bem como outras Câmaras

Acesso ao Sumário

de Direito Privado que compõem este Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e o Colendo Superior Tribunal de Justiça, a saber:

Agravo de Instrumento. Ação de cobrança de despesas condominiais. Fase de cumprimento de sentença. Bem imóvel. Leilão eletrônico. Percentual mínimo para arrematação do bem penhorado. Segundo leilão. Redução para 60% do valor da avaliação do bem. Incidência do art. 13 do Prov. CSM nº 1.625/2009. Percentual usualmente estabelecido pela jurisprudência para evitar o preço vil. Remuneração da comissão devida ao gestor. Falta de interesse recursal. Pagamento realizado pelo arrematante. Art. 17, do Prov. CSM nº 1.625/2009. Recurso conhecido em parte e, na parte conhecida, provido.

(Agravo de Instrumento nº 2080789-30.2015.8.26.0000, 28ª Câmara de Direito Privado, Relator CESAR LACERDA, j. 16/06/2015)

Cumprimento de sentença. Leilão. Caso em que por 3 vezes se tentou, sem êxito, por pregões eletrônicos, a venda de imóvel com valor mínimo de 80%. O lance que atinja 60% do valor da avaliação não é de se considerar vil. Decisão, que indefere pedido da exequente para redução do mínimo a 60%, reformada. Agravo de instrumento provido.

(Agravo de Instrumento nº 2221003-08.2014.8.26.0000, 10ª Câmara de Direito Privado, Relator CESAR CIAMPOLINI, j. 09/06/2015)

AGRAVO DE INSTRUMENTO - Interposição contra decisão que determinou ao leiloeiro a apresentação de nova minuta de edital, estabelecendo o lance mínimo de 90% do valor da avaliação. Ocorrência de leilão anterior, nos termos da minuta, sem qualquer interesse de eventuais licitantes. Possibilidade de fixação de lance mínimo equivalente a 60% do valor da avaliação, para a 2ª Praça, sem que se caracterize preço vil, nos termos da nova minuta de edital apresentada pelo leiloeiro. Decisão reformada. Agravo de Instrumento provido.

(Agravo de Instrumento nº 2048066-55.2015.8.26.0000, 33ª Câmara de Direito Privado, Relator MARIO A. SILVEIRA, j. 30/03/2015)

PROCESSUAL CIVIL. PETIÇÃO DE RECONSIDERAÇÃO DE DESPACHO RECEBIDA COMO AGRAVO REGIMENTAL. FUNGIBILIDADE RECURSAL. EXECUÇÃO FISCAL. ARREMATAÇÃO. VALOR SUPERIOR A 50% DA AVALIAÇÃO DO BEM. PREÇO VIL. NÃO CARACTERIZAÇÃO.

1. O princípio da fungibilidade recursal permite que se acolha eventual Pedido de Reconsideração como Agravo Regimental.

2. O STJ entende que está caracterizado o preço vil quando o valor da arrematação for inferior a 50% da avaliação do bem.

3. Hipótese em que os bens foram arrematados por quantum

***correspondente a 60% do montante avaliado*. (grifei)**

4. Agravo Regimental não provido.

(RCDESP no Agravo em REsp nº 100.820-SP, STJ, Segunda Turma, Relator HERMAN BENJAMIN, j. 20/03/2012)

Ante o exposto, pelo meu voto, dou provimento ao recurso para determinar que a segunda hasta pública seja realizada com lances mínimos a partir de 60% do valor de avaliação do imóvel.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2076291-85.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante ELINALDA DA SILVA SOARES, é agravado HSBC BANK BRASIL S/A - BANCO MÚLTIPLO.

ACORDAM, em 37ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.264)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEDRO KODAMA (Presidente sem voto), JOSÉ TARCISO BERALDO e ISRAEL GÓES DOS ANJOS.

São Paulo, 21 de julho de 2015.

SERGIO GOMES, Relator

Ementa: Agravo de instrumento - Ordinária de cobrança - Cumprimento de sentença - Penhora 'on line' de ativos financeiros de titularidade da executada - Propositura da demanda em momento posterior ao decreto provisório de interdição da ré - Ato citatório considerado nulo - Além disso, havendo fundada incapacidade da parte, tornava-se obrigatória a intervenção do Ministério Público, o que não se verificou - Determinada a anulação dos atos processuais, devendo ser realizado novo ato citatório na pessoa do curador dativo - Decisão reformada - Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra r. decisão que, em ação ordinária, ora em fase de cumprimento de sentença, indeferiu pedido de declaração de nulidade do feito desde o despacho que determinou a citação da ré.

Sustenta a agravante que foi citada por hora certa em 10/09/2012, sendo-lhe nomeado curador especial pela Defensoria Pública, com apresentação de defesa por negativa geral em 07/13. Após a apresentação da réplica, a demanda foi julgada procedente em 19/03/2013, sendo condenada ao pagamento da quantia pleiteada com os acréscimos legais, além dos ônus da sucumbência. Iniciada a fase de execução, foi intimada na pessoa de seu patrono para pagamento do débito, nos termos do art. 475-J do CPC. Posteriormente, foi aplicada a multa de 10%, determinando-se o bloqueio de ativos financeiro de sua titularidade. Em 28/03/14, houve o bloqueio da quantia de R$ 24.209,85. Ocorre que seu curador especial, ao tomar conhecimento desse bloqueio, requereu a decretação da nulidade absoluta dos atos processuais, apontando para a nulidade da citação por hora certa, uma vez que sua interdição foi decretada em 17/11/11, e, ainda, em razão da ausência de manifestação do Ministério Público. O juízo, contudo, indeferiu a pretensão por entender a ausência de comprovação de sua incapacidade, vez que não decretada interdição definitiva. Enfatiza que o incapaz será sempre representado por seu curador, nos termos do art. 8º do CPC e, portanto, somente ele tinha poderes para receber citação em nome da ré, incumbindo-se a ele, também, a sua defesa, nos termos do art. 218, § 3º, do CPC. Por outro lado, compete ao Ministério Público intervir nas causas em que há interesse de agir de incapaz, consoante art. 82, I, do estatuto processual. Cuida-se, assim, de questão de ordem pública, com violação aos arts. 82, I, 84, 246 do CPC. Colaciona entendimento jurisprudencial pertinente e pugna pela concessão de efeito suspensivo ao recurso, com a reforma da r. decisão agravada, a fim de que se reconheça a nulidade de todos os atos processuais a partir do despacho que determinou sua citação.

O efeito suspensivo foi concedido (fls.137).

Resposta a fls. 142/147.

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso.

É O RELATÓRIO.

Cuida-se de ação ordinária de cobrança (fls. 11/13) através da qual o Banco HSBC objetiva o recebimento da quantia de R$ 26.366,69, apurada em junho/2012, consubstanciada em contrato para empréstimo pessoal celebrado pela requerida.

A fls. 26 consta a certidão com hora certa marcada, datada de 28/08/12.

A Defensoria Pública indicou curador especial, o qual apresentou

Acesso ao Sumário

contestação por negativa geral (fls. 31/33). A réplica foi apresentada a fls. 35/36.

Pela r. sentença de fls. 37/44, a ação foi julgada procedente, para condenar a ré ao pagamento do valor de R$ 26.366,69, devidamente atualizado, além dos ônus da sucumbência.

Iniciado o cumprimento de sentença (fls. 46/47), foi determinada a intimação da executada, na pessoa de seu procurador, para pagamento do débito, sob pena de incidência da multa prevista no art. 475-J do CPC.

Em razão do não pagamento, o exequente requereu a penhora de ativos financeiros via sistema BACEN JUD (fls. 51/52), o que foi deferido, efetuando-se o bloqueio da quantia de R$ 24.209,85 (fls. 56).

A executada, então, manifestou-se nos autos (fls. 61/64) requerendo a liberação da quantia sob assertiva de que a constrição teria recaído sobre valores existentes em caderneta de poupança e também aposentadoria.

Em contrapartida, verifica-se que, anteriormente à propositura da ação de cobrança, já havia sido ajuizada ação de interdição (fls. 70/77) em face da ora agravante pelo Ministério Público de São Paulo, sendo nomeado curador dativo pelo despacho de fls. 92, datado de 17/11/11.

Referido curador dativo ingressa nos autos da ação ordinária em comento (fls. 111) e apresenta manifestação a fls. 114/118, pugnando pela declaração de nulidade de todos os atos processuais praticados a partir da citação da requerida.

O juízo, contudo, através do r. despacho hostilizado (fls. 127/128), rejeita a alegação de nulidade.

Ressalvado esse entendimento, a insurgência manifestada no presente recurso merece guarida.

Com efeito, pelo que se verifica dos autos, a citação por hora certa da ré/agravante foi realizada na data de **28/08/2012** (fls.26), porém, à época, ela já se encontrava interditada provisoriamente, conforme se observa a fls. 92, por decisão datada de **17/11/11**.

Em razão disso, o ilustre representante do Ministério Público, em seu parecer de fls. 122/126, sustentou a nulidade do feito pela ausência de citação válida e não intervenção obrigatória do *parquet*, assim observando:

"*... foi nomeado curador provisório para assistir a requerida em 18/11/2011, o que corrobora a existência de fortes indícios de sua incapacidade (fls. 136).*

A existência de fundada suspeita da incapacidade de Elinalda é circunstância que macula a validade de todos os atos processuais realizados até a presente data, considerando-se que a presente ação de cobrança foi proposta em 25/06/2012, quando decorridos mais de 07 meses da propositura da ação de interdição da requerida.

Acesso ao Sumário

(...)

A citação realizada em nome da requerida é nula. A nomeação de curador especial para a ré, na hipótese do art. 9º, II do CPC, não impede a declaração de nulidade da citação realizada, haja vista que a irregularidade, no caso, refere-se ao fato de que Elinalda deveria ter sido citada na pessoa de seu curador provisório, conforme disciplina os art. 8º e 215 do Código de Processo Civil.

(...)

O processo também é nulo porque, havendo fundada incapacidade da parte, torna-se obrigatória a intervenção do Ministério Público no feito.

(...)

Diante de todo o exposto, requer o Ministério Público a declaração de nulidade do feito desde o despacho que determinou a citação da ré (fls. 22/23), para que seja realizada a citação da requerida na pessoa do curador provisório Pedro Sales (fls. 136/137) e dada a este órgão a oportunidade de se manifestar."

Nessa esteira, é inquestionável que os interesses de *ELINALDA DA SILVA SOARES* foram violados com o ato de citação realizado na ação ordinária de cobrança interposta pelo banco recorrido, eis que foi a mesma distribuída meses depois (27/06/2012 - fls. 13) do decreto provisório de sua interdição (17/11/11 - fls. 92).

Impende registrar, por oportuno, que o defeito de citação provoca a invalidade ou a inexistência de todo o processo, eis que não se pode considerar como efetivada a indispensável triangularização da relação jurídico-processual.

Por outro lado, nota-se, ainda, o fato de que a ação foi processada sem a intervenção do Ministério Público, em dissonância com o disposto no art. 82, inciso I, e art. 84, ambos do Código de Processo Civil.

Conforme explica Humberto Theodoro Júnior, "*sempre que a parte for civilmente incapaz, embora regularmente representada ou assistida, haverá necessidade de intervenção do Ministério Público no processo, sob pena de nulidade (arts. 82, I, 84)*" (JÚNIOR, Humberto Theodoro *in* "Curso de Direito Processual Civil", Volume I, 48ª ed., Ed. Forense, 2007, p. 92).

Em caso análogo já se decidiu:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação de execução de título extrajudicial. Cheque. Embargos à execução improvidos. Levantamento sem caução do depósito judicial. Protocolo de interdição anterior do executado. Decisão de devolução do valor levantado. Interdição anterior à ação executiva, noticiada apenas no final desta. Correta a anulação dos atos processuais e o prosseguimento da ação com citação do atual curador. Indícios de possíveis irregularidades na prática dos atos civis pelo executado e por seu irmão. Elementos que justificam a temeridade do não recebimento. Recurso desprovido." (Agravo de Instrumento

Acesso ao Sumário

nº 0130168-42.2013.8.26.0000, rel. Flávio Cunha da Silva).

Destarte, inexistindo capacidade processual no polo passivo da demanda, nulos são os atos processuais realizados a partir da citação da ora agravante, fazendo-se imprescindível que esta se realize na pessoa de seu curador dativo.

Por tais fundamentos, dão provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2073716-07.2015.8.26.0000, da Comarca de Bauru, em que é agravante ULTRAWAVE TELECOM EIRELI EPP., é agravado TELEFÔNICA BRASIL S/A.

ACORDAM, em 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23676)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANDRADE NETO (Presidente), MARIA LÚCIA PIZZOTTI e LINO MACHADO.

São Paulo, 29 de julho de 2015.

ANDRADE NETO, Relator

Ementa: JUSTIÇA GRATUITA - PEDIDO FEITO EM SEDE DE APELAÇÃO - AUSÊNCIA DE PROVA DA MODIFICAÇÃO DA SITUAÇÃO FINANCEIRA - BENEFÍCIO INDEFERIDO - RECONHECIMENTO IMEDIATO DA DESERÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - OPORTUNIDADE PARA PAGAMENTO DAS CUSTAS RECURSAIS - AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que, em ação de cobrança, indeferiu o pedido de justiça gratuita formulado pelo autor em sua apelação e julgou deserto o recurso em razão do não recolhimento da taxa judiciária.

O agravante afirma que apresentou documento idôneo e detalhado sobre o faturamento do último exercício financeiro, demonstrando a impossibilidade de

Acesso ao Sumário

recolhimento das custas sem prejuízo de seu funcionamento, o que faz possível a concessão do benefício.

Subsidiariamente, pretende o diferimento das custas ou que seja possibilitado o recolhimento imediato das custas para afastar a deserção.

Argumenta, por fim, que a não concessão do benefício violaria os artigos 5º, XXXV e LXXVII, da CF, art. 4º da Lei 1.060/50 e Súmula 481 do STJ.

O recurso foi recebido no duplo efeito, com contrarrazões, aduzindo preliminar de não conhecimento do recurso por falta de juntada do substabelecimento outorgado sem reserva de poderes.

É o relatório.

A preliminar levantada em contraminuta não merece acolhida.

Considerando que a única finalidade da procuração é permitir o exercício do contraditório, o que se verificou com a resposta apresentada ao recurso, nenhum prejuízo causou a omissão apontada, devendo ser afastada a pretensão de não conhecimento do agravo.

A Lei de Assistência Judiciária tem como fito garantir acesso à jurisdição àqueles incapazes de arcar com as custas judiciais e honorários de advogado, sem prejuízo à subsistência própria ou familiar.

Na hipótese, ao recolher as custas iniciais a autora/agravante firmou convicção de possuir capacidade financeira para arcar com as custas e despesas do processo.

Assim, ao pleitear o benefício apenas na fase recursal, deveria comprovar a alteração de sua situação econômico-financeira, sob pena de não afastar a presunção de capacidade e, por conseguinte, ser negada a gratuidade.

No caso, os demonstrativos de resultados e pedido de refinanciamento fiscal não demonstram ausência de condição econômica e financeira, não se justificando, portanto, a concessão do benefício ou o diferimento das custas.

O pedido de recolhimento imediato, porém, merece provimento.

Isso porque se à parte é dado o direito de pleitear a concessão da gratuidade judiciária em qualquer fase do processo, tendo feito nas razões da apelação, incongruente exigir-lhe ao mesmo tempo o pagamento das custas relativas ao recurso, cabendo ao magistrado, caso entenda que a parte não faz jus ao benefício reclamado, fixar prazo para o recolhimento do preparo e não julgar deserta a apelação interposta.

Nesse sentido já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. JUSTIÇA GRATUITA. NECESSIDADE DE EXAME DA PRETENSÃO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. RECURSO. DESERÇÃO.

Afirmada a necessidade da justiça gratuita, não pode o órgão julgador

Acesso ao Sumário

declarar deserto o recurso sem se pronunciar sobre o pedido de gratuidade. Caso indeferida a assistência judiciária, deve-se abrir à parte requerente oportunidade ao preparo. Recurso provido." (RMS 19747/RJ, 3ª T., Ministro Castro Filho, DJ de 05.09.2005).

Isto posto, pelo meu voto, **dou provimento ao pedido subsidiário** para conceder à agravante o prazo de 05 (cinco) dias para recolhimento das custas relativas à apelação interposta, contados da publicação deste acórdão, sob pena de deserção.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2127796-18.2015.8.26.0000, da Comarca de Santos, em que é agravante CONDOMÍNIO EDIFÍCIO BRASIL - BLOCO D-01, são agravados SECUNDINO MANOEL ANTONIO DOS SANTOS (ESPÓLIO) e SONIA REGINA DOS SANTOS (INVENTARIANTE).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 28ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V. U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.478)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DIMAS RUBENS FONSECA (Presidente), CESAR LUIZ DE ALMEIDA e GILSON DELGADO MIRANDA.

São Paulo, 7 de agosto de 2015.

DIMAS RUBENS FONSECA, Relator

Ementa: AÇÃO DE COBRANÇA. DESPESAS CONDOMINIAIS. Fase de cumprimento de sentença. Usufruto do imóvel em favor do condomínio. Admissibilidade. Dicção do art. 716 do Código de Processo Civil. Hipótese em que a execução se dá pelo modo menos gravoso. Recurso provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por **CONDOMÍNIO EDIFÍCIO BRASIL - BLOCO D-01** contra a r. decisão proferida nos autos da ação de cobrança movida contra o **ESPÓLIO DE SECUNDINO MANOEL ANTONIO DOS SANTOS** e **SÔNIA REGINA DOS SANTOS**, que indeferiu

o pedido de usufruto da unidade geradora das despesas condominiais.

Sustentou, em síntese, que se não fosse pelo agravante, o inventário do falecido sequer teria sido aberto e, apesar deste fato, os herdeiros não demonstram qualquer intenção de concluir o inventário, o qual se encontra arquivado; que a inventariante nomeada também não manifesta qualquer interesse com relação a questão, na medida em que não fez qualquer proposta para a quitação do débito, apesar de regularmente intimada, tanto da execução, quanto da penhora; que pelo andamento da ação, que limitou a cobrança até o mês de janeiro de 2010, o condomínio não conseguirá receber, inclusive, as despesas vencidas a partir do mês de fevereiro de 2010. Não houve pedido de efeito suspensivo.

Não foi apresentada contraminuta, bem como não houve manifestação das partes quanto à realização do julgamento virtual.

À fls. 191 foi determinada a intimação dos agravados.

É o relatório.

O agravante ajuizou ação de cobrança de despesas condominiais contra o agravado, sob o fundamento de que o mesmo está em débito com as despesas condominiais no período mencionado no demonstrativo de fls. 42, a qual foi julgada procedente por meio da sentença de fls. 61/63.

Iniciada a fase de cumprimento do julgado (fls. 67/70), foi realizada a citação do devedor na pessoa de sua inventariante (fls. 79/80), no entanto o débito não foi quitado.

Foram efetuadas tentativas de bloqueio de ativos financeiros do devedor (fls. 87/89) sem resultado positivo.

O imóvel gerador das dívidas condominiais foi constrito (fls. 111), contudo as tentativas de registro da penhora não surtiram efeito, diante das exigências do cartório de registro de imóveis (fls. 162), as quais foram impossíveis de ser cumpridas, razão pela qual foi pleiteado pelo agravante o usufruto do imóvel penhorado (fls. 168/169).

O art. 716 do Código de Processo Civil preceitua que: "*O juiz pode conceder ao exequente o usufruto de móvel ou imóvel, quando o reputar menos gravoso ao executado e eficiente para o recebimento do crédito*".

Por sua vez, o art. 718 do mesmo Diploma assim estabelece: "*O usufruto tem eficácia, assim em relação ao executado como a terceiros, a partir da publicação da decisão que o conceda*".

Na hipótese, o pleito do agravante encontra respaldo nos dispositivos supramencionados, não deixando dúvidas, também, que o usufruto atinge de maneira menos gravosa o patrimônio do condômino que, ao menos na demanda ora em estudo, não terá seu bem levado à hasta pública.

Nesse sentido: "*Agravo de instrumento. Despesas de condomínio. Cobrança Execução. O usufruto do imóvel gerador da dívida condominial,*

Acesso ao Sumário

em favor do condomínio, in casu, é o meio menos gravoso ao executado que se presume não ter outra solução para quitação da dívida oriunda de taxas condominiais. Recurso provido, com observação"[1].

Não se justifica que o imóvel esteja ocupado por um dos herdeiros do falecido, sem os pagamentos das despesas condominiais, uma vez que o interesse prevalente na cobrança de encargos de condomínio é o da coletividade que o constitui, que deve receber os recursos para o pagamento das despesas indispensáveis e inadiáveis.

Nesse contexto, admissível a atribuição de usufruto do imóvel penhorado ao credor, na medida em que tal atribuição se mostra eficiente para o recebimento do débito e constitua o meio executivo menos gravoso ao devedor.

Relevante, ressaltar, que o inventário foi aberto por iniciativa do agravante (fls. 47/48) e o extrato de movimentação processual de fls. 187/189 demonstra que o processo está arquivado desde o ano de 2009, o que evidencia o desinteresse dos herdeiros em concluir o referido processo.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2141254-05.2015.8.26.0000, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é agravante RITA MACAMBIRA DE BRITO (JUSTIÇA GRATUITA), são agravados DB TRANSNACIONAL LOGISTICA BRASIL T. LTDA., HL BARRETO CONSTRUÇÃO, LOCAÇÃO, TERRAPLANAGEM E TRANSPORTE LTDA. e BELLINGONA EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA.

ACORDAM, em 32ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram. V.U.", de conformidade com o voto do Relator que integra este acórdão. **(Voto nº 19463)**

O julgamento teve a participação dos Exmos Desembargadores FRANCISCO OCCHIUTO JÚNIOR (Presidente sem voto), CAIO MARCELO MENDES DE OLIVEIRA e RUY COPPOLA.

São Paulo, 3 de setembro de 2015.

LUIS FERNANDO NISHI, Relator

Acesso ao Sumário

1 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça (34ª Câmara de Direito Privado). Agravo de Instrumento nº 1223782001. Rel. Des. Rosa Maria de Andrade Nery. J. 03/11/2008.

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA - Decisão agravada que postergou a análise da pretensão liminar para depois do contraditório - Descabida a apreciação da antecipação da tutela, sob pena de supressão de instância - RECURSO NÃO CONHECIDO.

VOTO

Vistos.

Agravo de instrumento tirado por **RITA MACAMBIRA DE BRITO** contra a respeitável decisão trasladada a fls. 34 que, nos autos da ação de nunciação de obra nova que move contra **DB TRANSNACIONAL LOGÍSTICA BRASIL T. LTDA., HL BARRETO CONSTRUÇÃO, LOCAÇÃO, TERRAPLANAGEM E TRANSPORTE LTDA. e BELLINGONA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA.**, postergou a análise da liminar para após o contraditório, determinando a citação das requeridas, uma vez que os documentos e fotos juntados não traduzem a urgência noticiada, bem como não indicam que o imóvel como um todo está em ruínas nem mesmo que se trata exatamente da residência da agravante.

Sustenta que as obras iniciadas pelas agravadas em terreno vizinho causaram sérias avarias no seu imóvel, correndo risco até mesmo de ruir.

Alega que sua residência se encontra sem sustentação, estando suspensa e ancorada por troncos de madeira, haja vista o deslizamento do solo por culpa da movimentação da terra ocasionada pelas máquinas pesadas que por ela trafegam.

Aduz que, no dia 10.07.2015, a caixa d'água de sua residência caiu do telhado, molhando toda a cozinha.

Pugna pela concessão do efeito suspensivo/ativo ao recurso e, ao final pelo provimento recursal, para que seja concedida a tutela antecipada, paralisando imediatamente as obras.

É o relatório, passo ao voto.

Desnecessário desencadear o contraditório, vez que o desfecho recursal não implicará prejuízo à parte adversa, conquanto ainda não formada a relação processual. Por outro lado, não sendo obrigatória a requisição de informações passa-se de pronto, ao exame da controvérsia.

Dos fatos narrados (fls. 8/11) e fotografias juntadas pela agravante (fls. 20/32) na exordial da ação de nunciação de obra nova, o MM. Juízo *a quo* deixou de analisar o pedido de concessão de liminar, entendendo por bem aguardar o oferecimento de resposta para sua apreciação.

Insiste a agravante na presença dos requisitos previstos no art. 273 do

Acesso ao Sumário

Código de Processo Civil, razão pela qual deve ser conferida a antecipação da tutela.

O recurso não comporta provimento.

Isso porque, a antecipação da tutela sem a oitiva da parte contrária (*'inaudita altera pars'*) é medida excepcional, e, entendendo o MM. Juízo *a quo* desprovido de urgência o pedido de embargo liminar, bem como ausente prova inequívoca, faz-se necessário aguardar a instauração do contraditório para melhor compreensão dos fatos que envolvem a lide.

Na hipótese dos autos, ressalte-se que não houve apreciação da antecipação da tutela pelo Magistrado, que somente postergou a análise da pretensão liminar para depois da apresentação de contestação pelas agravadas.

Descabido, portanto, o exame dos requisitos autorizadores da tutela antecipada nesta sede, sob pena de supressão de instância.

No mesmo sentido, já decidiu este E. Tribunal de Justiça:

"***TUTELA ANTECIPADA. Decisão que postergou a apreciação da liminar pleiteada para momento posterior ao oferecimento de defesa pela ré. Admissibilidade. Supressão do duplo grau de jurisdição que não se permite. Recurso negado.***"[2]

"Antecipação de tutela. Decisão que determina a instalação do contraditório para posterior análise do pedido. Confirmação. Antecipação dos efeitos da tutela, 'inaudita altera pars', que é providência excepcional. Direito afirmado pelo recorrente que não espelha, por ora, como sendo preponderante para sacrificar o princípio do contraditório e exigir, desse modo, proteção liminar com feição exauriente da tutela jurisdicional. Decisão mantida. Recurso desprovido."[3]

Portanto, não pode ser conhecido o recurso porquanto o enfrentamento do tema nesta seara implicaria na supressão de um grau de jurisdição.

Diante do exposto, **NÃO CONHEÇO do recurso**.

Acesso ao Sumário

2 AI nº 2058360-40.2013.8.26.0000, 36ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Gil Cimino, j. 23.01.2014.

3 AI nº 00223394-38.2012.8.26.0000, 28ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Júlio Vidal, j. 11.12.2012.

Agravos Regimentais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2069546-89.2015.8.26.0000/50000, da Comarca de Rio Claro, em que são agravantes ANTÔNIO RODRIGUES FERREIRA e CONCEIÇÃO APARECIDA LORENZON FERREIRA e Interessado EXMOS. SENHORES DESEMBARGADORES PRESIDENTE E RELATOR DA DECIMA PRIMEIRA CAMARA DE DIREITO PRIVADO, é agravado AURELIO DA SILVA FERREIRA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6º Grupo 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 21387)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GILBERTO DOS SANTOS (Presidente), WALTER FONSECA, GIL COELHO, TASSO DUARTE DE MELO, SANDRA GALHARDO ESTEVES e MARINO NETO.

São Paulo, 23 de setembro de 2015.

JACOB VALENTE, Relator

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL - Mandado de segurança - Denegação liminar da ordem - Insurgência - Descabimento - Convicção anterior que não restou infirmada - Hipótese de manutenção íntegra do 'decisium' - Agravo regimental desprovido.

VOTO

1. Trata-se de agravo regimental tirado contra a decisão monocrática que indeferiu liminarmente o mandado de segurança que ANTONIO RODRIGUES FERREIRA e CONCEIÇÃO APARECIDA LOUREZON FERREIRA impetraram em face de ato da 11ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que majorou a multa imposta em anteriores embargos de declaração rejeitados por protelatórios, de 1% para 5% sobre o valor da causa, condicionando recebimento de qualquer outro recurso ao depósito prévio da penalidade, sob os fundamentos de que: ***a)*** ele não preenchia os requisitos legais de admissibilidade, na medida em que não havia evidência da existência do direito pleiteado, que deveria ser líquido e certo; ***b)*** por não se

Acesso ao Sumário

vislumbrar prática de ilegalidade pela autoridade coatora, na medida em que a imposição da penalidade decorre da lei, não havendo que se falar em abuso de direito, considerando que foi o indevido agir dos impetrantes que gerou a imposição de penalidade; ***c)*** que os embargos de declaração não se prestavam para questionar a imposição de penalidade, e sim o Recurso Especial e, por fim, ***d)*** que a menção ao artigo 17/CPC como fundamento para a imposição da penalidade constitui mero erro material, já que o fundamento correto encontra-se no art. 538 do mesmo diploma legal.

Inconformados, arguem os agravantes, em síntese, que seu direito líquido e certo está evidenciado, não havendo que se falar em erro material na citação do artigo 17/CPC como fundamento para a multa primeva, considerando que tal imposição restou confirmada pela decisão proferida nos segundos embargos, tratando-se, pois, de ato de vontade da 11ª Câmara, o que torna teratológica a majoração da multa aplicada e o condicionamento da interposição de qualquer recurso ao seu depósito, "***...porque somente a multa do art. 538 é que poderia, em tese, ser majorada, jamais a multa imposta com base nos arts. 17 e 18 do CPC***". (fls. 7).

Prosseguiram defendendo que as autoridades coatoras não poderiam ter elevado a multa com base na parte final do parágrafo único do art. 538/CPC, considerando que a primeira multa referia-se à litigância de má-fé (art. 17/CPC), bem como que também não deveriam ter condicionado o conhecimento do recurso especial ao depósito prévio da penalidade, na medida em que os segundos embargos de declaração eram necessários para efeito de prequestionamento.

Asseverando que não se tratou de repetição de recurso, tratando, o segundo, de matéria nova, surgida no acórdão que julgou os primeiros embargos, o que afasta a tese de protelação, pugnam pela reforma da decisão que indeferiu liminarmente a petição inicial do mandado de segurança, sob pena de violação ao contraditório e à ampla defesa.

Recurso tempestivo.

É o relatório do necessário.

2. Ao contrário do entendimento dos recorrentes, a negativa de seguimento ao mandado de segurança interposto, longe de constituir afronta a qualquer prerrogativa de acesso ao Judiciário, pautou-se nos estritos termos da lei.

O acionamento da máquina judiciária é garantido a todos, devendo, entretanto, efetivar-se de acordo com os ditames legais que prescrevem a devida forma pela qual se deve dar a provocação da prestação jurisdicional.

No caso dos autos, como já decidido, os agravantes não lograram comprovar, de plano, nem o direito liquido e certo invocado e nem a presença dos requisitos autorizadores à concessão da segurança, nos termos do que exige a Lei nº 12.016/2009.

Acesso ao Sumário

Confira-se o teor da decisão hostilizada, que de forma clara tratou da questão.

"(...) 2. A despeito do conhecimento do presente mandamus, conclui-se que ele merece ter seu seguimento obstado, por não preencher os requisitos legais de admissibilidade.

Nos termos do artigo 1º da Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009, 'Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por ***habeas corpus*** *ou* ***habeas data****, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofre-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça'.*

Entretanto, na petição inicial, bem como dos documentos que a acompanham, (mais de mil, frise-se), não há qualquer evidência da existência do direito pleiteado.

Competia aos impetrantes, mais do que relatar a existência de direito que entendem possuir, deixar claro que esse direito é líquido e certo, porque não é qualquer direito que pode ser protegido pelo 'mandamus'; apenas aqueles que se mostrem indiscutíveis, dispensando dilação probatória (inadmissível em processo de mandado de segurança) ou complementação da documentação exibida.

Não se vislumbra prática de ilegalidade pela autoridade coatora impetrada, porquanto a imposição de penalidade em decorrência da oposição de embargos declaratórios protelatórios decorre da lei e, tampouco, abuso de direito, já que a conduta adotada pelos impetrantes, de opor embargos dos embargos, gerando a majoração da multa, é que se mostrou abusiva.

Ao contrário do afirmado, os embargos de declaração não se prestavam para questionar a imposição da penalidade, já que sua finalidade precípua é sanar contradição, omissão ou obscuridade existente em uma decisão, a teor do quanto contido no artigo 535, I e II, do Código de Processo Civil.

A imposição de penalidade, por sua vez, é clara e não deixa dúvida, nada havendo, pois, que ser declarado em seu conteúdo.

O meio adequado de que dispunham os impetrantes para discutir a penalidade imposta era o recurso especial, do qual, porém, não se valeram. Poderiam, inclusive, terem se valido de mera petição, com pleito de reconsideração, mas nunca, repise-se, de embargos de declaração, em razão de sua impertinência no caso.

Ao assim agirem, deram azo parar que o recurso apresentado fosse considerado novamente protelatório, justificando a majoração da penalidade inicialmente imposta, nos termos do quanto prevê o artigo 538, parágrafo único, do CPC.

Vale mencionar, nesse ponto, que o termo 'reiteração' contido no

Acesso ao Sumário

paragrafo único do mencionado dispositivo refere-se à reiteração de recurso protelatório e não à matéria nele discutida, como insistem os impetrantes.

Nesse sentido, a nota constante da obra Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor, 2013, 45ª - ed. Editora Saraiva, pp. 723/724, de Theotonio Negrão e outros, que dispõe que:

'Art. 538: 11d: Para a caracterização da reiteração de embargos protelatórios, não se exige identidade entre as petições, mas é necessário que os primeiros embargos sejam imediatamente seguidos dos segundos.'

Assim, se o exercício do direito de defesa dos impetrantes agora ficou condicionado ao depósito prévio da penalidade, tal decorreu de sua própria conduta e não de ato ilegal ou decorrente de abuso de autoridade ato a justificar concessão da segurança pretendida. (...)".

Pretender agora, por meio de mera repetição de ideias, a alteração da convicção que se formou, sem trazer, porém, nenhum elemento apto a alterá-la, é conduta que não demonstra boa-fé.

Mantida, pois, a decisão cuja reforma se persegue.

3. **Nega-se, pois, provimento ao recurso.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2127659-36.2015.8.26.0000/50000, da Comarca de Santo André, em que é agravante SUNGRAPH PAPELARIA E COPIADORA LTDA. EPP, é agravada SHEILA APARECIDA DA SILVA.

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 28099)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEDRO KODAMA (Presidente) e ISRAEL GÓES DOS ANJOS.

São Paulo, 18 de agosto de 2015.

JOSÉ TARCISO BERALDO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: RECURSO - Agravo de instrumento - Manifesta improcedência, que permite ao relator negar provimento desde logo - Inteligência do disposto no art. 557 e no inciso I do art. 527, ambos do

Cód. de Proc. Civil - Aplicação, outrossim, do art. 252 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça - Caso, ademais, em que a interposição do regimental permite levar a matéria ao conhecimento do colegiado, com o que de nenhum prejuízo pode a agravante se queixar - Decisão que negou provimento ao agravo de instrumento mantida - Agravo regimental improvido.

VOTO

Agravo regimental interposto contra decisão que negou provimento a agravo de instrumento tirado de r. decisão que, em execução por título extrajudicial, indeferiu pedido de inclusão no polo passivo de pessoa jurídica, bem como "condenação solidária das rés", ou de "conversão desta ação para ação ordinária de cobrança".

Além de repetir as mesmas razões veiculadas anteriormente, sustenta a agravante que ao relator não era dado decidir monocraticamente, por não haver enquadramento no art. 557 do Cód. de Proc. Civil.

É o relatório.

O inconformismo se não sustenta.

A decisão ora regimentalmente agravada negou provimento ao agravo de instrumento em face de sua manifesta improcedência.

A agravante não tem razão quando se insurge contra tal desfecho.

O art. 557 do Cód. de Proc. Civil é de clareza meridiana quando permite, expressamente, que o relator negue seguimento a recurso "manifestamente inadmissível, **improcedente**, prejudicado...".

Daí se concluir que seus poderes incluem o de apreciar o próprio mérito.

Apenas em caso de dúvida - que neste caso, repita-se, não existiu e não existe - é que seria caso, no que se refere ao recurso, de "**remetê-lo ao julgamento do órgão colegiado**" (NERY & NERY, "Cód. de Proc. Civil...", RT, 9ª ed., pág. 815, nota nº 6 àquele dispositivo legal).

Não foi por outro motivo, aliás, que o C. Superior Tribunal de Justiça deixou claro, até, que **"esta disposição permite que o relator aprecie, inclusive, o mérito do recurso, desde que manifestamente improcedente..."** (2ª T., Ag. 142.320-DF; RT 738/432, RTJE 157/235, cfe. NEGRÃO, "Cód. de Proc. Civil...", Saraiva, 39ª ed., pág. 754, nota nº 4).

Essa mesma C. Corte, de resto, e mais recentemente, deixou claro que "**um recurso pode ser manifestamente improcedente ou inadmissível mesmo sem estar em confronto com súmula ou jurisprudência dominante. Na verdade, tem-se aí três hipóteses distintas para o relator apreciar o pleito**

Acesso ao Sumário

recursal monocraticamente. Pode ser caracterizado como manifestamente improcedente o recurso em que a parte inconformada evidentemente não tem razão acerca das teses que são de fácil compreensão jurídica e que não envolvem maior complexidade argumentativa" (REsp 819.562, IDEM, ibidem), exatamente a hipótese dos autos.

Tem-se, demais disso, e considerando-se especificamente este caso concreto, que, com o regimental, a agravante está tendo oportunidade de ver a decisão ser submetida ao colegiado motivo pelo qual de nenhum prejuízo se pode queixar.

Mantem-se, pois, a decisão regimentalmente agravada, aqui integrada e adotada pela C. Turma Julgadora, uma vez se tendo reportado ao disposto no art. 252 do Regimento Interno deste E. Tribunal, do seguinte teor:

"**Agravo de instrumento interposto contra r. decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito Dr. Marcio Bonetti que, em execução por título extrajudicial, indeferiu pedido de inclusão no pólo passivo de pessoa jurídica, bem como 'condenação solidária das rés', ou de 'conversão desta ação para ação ordinária de cobrança'.**

Insiste a agravante em que há documentação nos autos que comprova 'a relação jurídica entre as partes, inclusive demonstrando os endereços', de modo a fundamentar seu pedido de extensão do pólo passivo; alternativamente, pleiteia a conversão da execução em ação de cobrança.

O inconformismo pode e deve ser apreciado e resolvido desde logo.

Não vinga, todavia.

Primeiro, porque, ao contrário do afirmado pela agravante, não se vê nos autos prova da referida relação jurídica, registrando-se aqui que, de acordo com a cópia da petição inicial, a execução estaria fundada em cheques sem indicação de sua causa.

É verdade que a agravante noticia que a agravada executada atenderia ao telefone da pessoa jurídica que pretende ver incluída no pólo passivo e mesmo uma coincidência de endereços entre elas.

Todavia, não se vê dos autos prova dessas alegações, particularmente a coincidência de endereços, a indicar uma eventual sociedade de fato, lembrando que a própria agravante informa que a agravada seria 'companheira' do titular da pessoa jurídica, situação que, por si só, explicaria os fatos acima.

Poder-se-ia, quem sabe, diante de mais elementos concretos cópias de notas fiscais dos serviços prestados ou produtos vendidos, de contas de consumo referentes ao mesmo local, esclarecimentos acerca das funções que a agravada exerceria no estabelecimento comercial ou mesmo indicação precisa do vínculo familiar noticiado, entre muitos outros analisar-se

Acesso ao Sumário

ocorrência de sociedade de fato com eventual desconsideração inversa ou extensão da responsabilidade patrimonial aos bens do companheiro (incisos II e IV do art. 592 do Cód. de Proc. Civil, bem como art. 50 do Cód. Civil).

Não assim, contudo, quando há apenas informação trazida pela própria agravante de que 'por meio de terceiros soube saber (sic) que o Sr. Donizete Natale é companheiro de Sheila' (fls. 23) e cópias tão somente de aparente ficha cadastral de animais de clínica veterinária (fls. 28/29);

Segundo, porque, embora seja sempre possível a cobrança de título executivo extrajudicial pela via ordinária, não se sabe, nesse momento, se já houve citação da agravada, o que exigiria expressa anuência da parte contrária (§ 4º do art. 267 do Cód. de Proc. Civil).

Além disso, ao que parece, pretende a agravante também incluir no pólo passivo terceira pessoa, alterando quanto a essa a causa de pedir (enriquecimento sem causa 'tendo em vista ser esta a beneficiária dos serviços prestados pela exequente...' fls. 34).

Assim, para que não haja indevido tumulto processual, deverá a agravante, primeiramente, formular expressa e adequadamente tal pedido perante o MM. Juízo de Primeiro Grau, quando, então, e a depender da solução, poderá ter eventual interesse recursal.

Fica, pois, mantida a r. decisão agravada.

Por tais motivos, e ante o disposto no art. 557 do Cód. de Proc. Civil, desde logo, NEGA-SE PROVIMENTO a este agravo de instrumento, que é manifestamente improcedente."

Ante o exposto, nega-se provimento a este agravo regimental.

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1077118-75.2013.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelada AMIL ASSISTÊNCIA MÉDICA INTERNACIONAL S.A., são apelados/apelantes HUMBERTO MARTINIANO DA SILVA e ZILDA MARTINIANO DA SILVA.

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 aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do

Acesso ao Sumário

Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25360)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PERCIVAL NOGUEIRA (Presidente sem voto), EDUARDO SÁ PINTO SANDEVILLE E JOSÉ ROBERTO FURQUIM CABELLA.

São Paulo, 17 de agosto de 2015.

PAULO ALCIDES, Relator

Ementa: PLANO DE SAÚDE. Ação de obrigação de fazer, cumulada com indenização por danos materiais e morais. Rescisão do contrato de trabalho. Migração para a modalidade individual ou familiar.

AGRAVO RETIDO. Imposição de astreintes no valor de R$ 10.000,00 por negativa de custeio de tratamento. Impossibilidade de se pretender a aplicação da multa a partir da ciência da decisão que antecipou os efeitos da tutela. Ausência de prova de que a ré se negou a dar cobertura ao tratamento da demandante após a tutela antecipatória.

APELAÇÕES. Inexigibilidade de novo prazo de carência. Precedentes. Beneficiário do plano em tratamento de câncer.

DANO MORAL. Ocorrência. Demandante, acometida por mal grave, teve seu quadro psicológico deveras agravado em virtude da recusa indevida. Não configurada a litigância de má-fé da ré, que apenas exerceu o seu direito de defesa, não se enquadrando em uma das condutas previstas no artigo 17 do CPC.

AGRAVO RETIDO DESPROVIDO.

RECURSOS DE APELAÇÃO DOS AUTORES E DA RÉ DESPROVIDOS.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recursos de apelação interpostos contra a r. sentença (fls. 291/299, declarada a fls. 316/317), de relatório adotado, proferida na ação de obrigação de fazer, cumulada com reparação de danos materiais e morais, ajuizada por HUMBERTO MARTINIANO DA SILVA E ZILDA MARTINIANO DA SILVA em desfavor de AMIL ASSISTÊNCIA MÉDICA INTERNACIONAL S.A., que julgou procedente os pedidos, tornando "*definitiva a tutela de urgência, para impor à ré a contratação de plano de saúde individual, com os autores,*

com rede credenciada compatível com anteriormente estipulado pela sua antiga empregadora ('Blue 600'), sem a exigência de cumprimento de carência e sem a possibilidade de suspender a cobertura em razão de doença preexistente, sob pena da imposição de multa em seu desfavor no importe de R$ 10.000,00, por negativa de custeio de tratamento; ao pagamento de R$ 13.820,23 e de R$ 10.000,00, a título de danos materiais e morais, corrigidos do desembolso e desta data em diante (cf. STJ, Súmula no 362), consoante a Tabela Prática de Atualização de Débito Judiciais do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, e com juros moratórios de um por cento ao mês, desde o evento danoso (3 de setembro de 2013), a teor do artigo 398 do Código Civil e da Súmula nº 54. A demandada deve, pois, emitir boleto para pagamento, em cumprimento ao provimento jurisdicional, no valor a ser pago pelos demandantes, observando a tabela colacionada nos autos (fls. 32/35), o que, não se verificando no prazo assinalado, autoriza o depósito, nos moldes assinalados na petição inicial, nos autos. Condeno AMIL ASSITÊNCIA MÉDICA INTERNACIONAL S/A ao pagamento das custas e despesas processuais, assim como dos honorários advocatícios, nos termos do artigo 23 da Lei no 8.906/94, que arbitro, em conformidade ao artigo 20, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil, em 10% sobre o valor da condenação líquida, em conformidade ao entendimento consolidado na Súmula nº 326 do Colendo Superior Tribunal de Justiça".

Sustenta a ré, em síntese, que o contrato de plano de saúde era coletivo, firmado com a Ernst & Young Terco Auditores Independentes, cuja inclusão ocorreu em 08.11.2010, permanecendo ativo até 22.08.2013, quando houve o desligamento do autor da empresa estipulante. A transferência do plano pessoa jurídica para pessoa física seria possível se o pedido fosse feito em tempo hábil (30 dias após o desligamento do apelado - Resolução Normativa nº 19 da ANS, artigo 2º, cumulada com a Súmula 21 da ANS). Entretanto, não houve manifestação de interesse na migração. Os danos materiais relativos aos procedimentos médicos se deram por culpa exclusiva do requerente, inexistindo, também danos morais a serem indenizados. Prequestiona o artigo 5º, incisos II e LV da Constituição Federal (fls. 320/336).

Os autores, em seu apelo, reiteram, preliminarmente, o agravo retido interposto a fls. 270/273. No mérito, pretendem que o termo inicial para fins de incidência de astreintes seja a data do protocolo da decisão junto à recorrida, bem como a condenação ao pagamento de todas as despesas para a realização do tratamento, incluindo despesas com quimioterapia e exame de ressonância magnética, no valor de R$ 28.506,60. Buscam, ainda, a majoração da indenização a título de danos morais para R$ 20.000,00 (fls. 339/350).

No agravo retido, interposto em 27.11.2013, os requerentes se insurgem contra a r. decisão (fl. 78, declarada a fls. 87/88), segundo a qual "*a incidência da multa dar-se-á caso expirado o prazo para cumprimento da tutela de urgência*

Acesso ao Sumário

contado da intimação pessoal, não bastando, para tanto, a mera entrega do ofício. Assim, aguarde-se o retorno do aviso de recebimento, ficando facultado o recolhimento das despesas de condução do Oficial de Justiça, se entenderem os autores convenientes." Consideram que o termo inicial para aplicação das astreintes deve ser contado a partir da data em que a requerida recebeu o ofício, devidamente protocolado, em 14.10.2013 (fls. 270/273).

Recursos das partes processados no duplo efeito, ressalvado o capítulo que confirmou a tutela de urgência (fl. 352 e 366).

Contrarrazões dos autores (fls. 355/365), tendo decorrido *in albis* o prazo da ré, conforme certidão de fl. 369.

É o relatório.

O pedido dos autores, consoante a r. sentença, funda-se nos seguintes fatos: "*no período compreendido entre 08.11.2010 e 13.05.2013, o primeiro requerente laborou na empresa denominada Ernst & Young Terco Auditores Independentes S.S., tendo sido estipulado em seu favor a administração de plano de saúde com a requerida. A segunda requerente era sua dependente, tendo, em janeiro de 2013, diagnóstico de câncer e submetendo-se, desde então, a tratamento. Quando do desligamento da empresa do autor da empresa, houve a manutenção do contrato por três meses. Posteriormente, ao tentar a migração para plano individual, teve impostas como condições a elevação do valor do prêmio mensal, o que não se opõe; a restrição de cobertura e da rede de atendimento; a impossibilidade de cobertura do tratamento da autora, sob o argumento de que se trata de doença preexistente; e a exigência do cumprimento do período de carência. Ou seja, na verdade, não ocorreria a prorrogação do plano, mas sim a contratação de um novo plano. Diante do quadro, tentaram a celebração de plano coletivo empresarial, com a integração da demandante ao quadro societário de empresa, contudo, sem sucesso, haja vista a ausência de aceitação da proposta pela demandada. Assim, não foram custeados seus tratamentos com quimioterapia e de radioterapia, despendendo o montante de R$ 13.466,60. Em consequência, pediu fosse condenada a ré na obrigação de fazer consistente na migração do plano coletivo (contrato n. 083142000) para o plano denominado 'Blue 600', contemplando ambos os autores, bem como para que fosse considerado o prazo de carência cumprido na vigência do contrato anterior e garantida a cobertura do tratamento da segunda autora, mediante o pagamento dos valores previstos; ou, subsidiariamente, na obrigação de fazer consistente na aceitação da proposta n. 12445119-5, dispensando o prazo de carência, e assegurando-se a cobertura para o tratamento da segunda requerente; e a condenação ao pagamento de indenização por danos materiais no valor de R$ 13.820,23, além do ressarcimento com eventuais despesas com o tratamento que se fizerem necessárias, e de indenização por danos morais no valor de R$ 20.000,00 para cada.*" (fls. 291/292)

Acesso ao Sumário

Foi deferido o pedido liminar para determinar à ré a contratação de plano de saúde individual com os autores, com rede credenciada compatível com o contrato anteriormente estipulado pela ex-empregadora do autor, sem a exigência de cumprimento de carência e sem a possibilidade de suspender a cobertura em razão de doença preexistente, sob pena de imposição de multa no importe de R$ 10.000,00, por negativa de custeio de tratamento (fls. 51/52).

Preliminarmente, o agravo retido não comporta provimento.

A decisão que determinou a contratação de plano de saúde individual, sem exigência de cumprimento de carência e sem suspender a cobertura em razão de doença preexistente, disponibilizada no Diário da Justiça Eletrônico em 11.10.2013, fixou multa de R$ 10.000,00 por negativa de custeio de tratamento, não havendo porque se falar em aplicação de astreintes antes da ré ter sido intimada pessoalmente dessa decisão.

Ainda nesse r. *decisum*, ficou definido que a ré deveria emitir boleto para pagamento das mensalidades, ou, na sua ausência, ficou autorizado o depósito nos autos.

Não há, no processo, prova de que houve negativa de cobertura para o tratamento da autora Zilda após a decisão antecipatória da tutela ter sido proferida. Também não restou demonstrado que os autores aderiram a algum plano de saúde oferecido pela ré por conta da liminar deferida e que tenham pago ou depositado judicialmente os valores das respectivas mensalidades.

Além disso, esclareça-se que o ofício foi expedido em 15.10.2013 (fl. 62), sendo certo que a requerida demonstrou, antes mesmo de tê-lo recebido (29.10.2013 - fl. 75), que já havia solicitado a presença do autor em sua agência de atendimento para a celebração do contrato (22.10.2013 - fl. 92).

Portanto, nego provimento ao agravo retido interposto pelos requerentes.

As apelações serão apreciadas em conjunto.

Ao autor, em decorrência de seu vínculo empregatício com Ernst & Young Terco Auditores Independentes, foi disponibilizado contrato de plano de saúde com a ré a partir de 08.22.2010 até 13.05.2013, data em que foi desligado da empresa. Foi mantido no plano por mais três meses, tendo sido comprovada a manifestação de adesão ao plano individual (fl. 26).

A autora Zilda, beneficiária dependente do requerente, conforme relatório médico de 15.01.2013 (fl. 28), recebeu o diagnóstico de adenocarcinoma de pulmão, com linfagite carcinomatosa.

Procurando dar continuidade ao tratamento de saúde de sua dependente, o autor procurou migrar para um plano individual ou familiar, porém, foi informado de que havia restrição quanto à rede de atendimento, além de impossibilidade de cobertura de tratamento para a segunda requerente, por se tratar de doença preexistente, com exigência de cumprimento de período de carência.

Acesso ao Sumário

Por essa razão, o autor assinou um plano empresarial, com cobertura para 4 vidas, tendo a primeira parcela, no valor de R$ 1.542,51, sido paga em 05.09.2013.

Todavia, ao comparecer ao Centro Paulista de Oncologia, em 27.09.2013, para realização da sessão de quimioterapia, a requerente foi informada de que o tratamento não seria coberto pelo plano.

Pois bem.

A imposição de novas carências e a recusa de cobertura, não podem prevalecer.

Muito embora sejam desconhecidos os motivos que levaram à extinção do contrato de trabalho, fato é que a demandante estava em pleno tratamento de moléstia grave (adenocarcinoma de pulmão), o qual, de forma alguma, poderia ter solução de continuidade, sob pena de lesão irreparável.

Isso, por si só, já seria motivo suficiente para obrigar a ré ao custeio do tratamento.

Mas não é só.

O artigo 1º da Resolução nº 19/1999, do Conselho de Saúde Suplementar - CONSU, é claro ao dispor que "*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 ao universo de beneficiários, no caso de cancelamento desse benefício, sem necessidade de cumprimento de novos prazos de carência*".

À luz do dispositivo supra, inequivocamente abusiva a pretensão da ré de exigir novo período de carência ao contrato individual, já que este perfaz mera continuação do plano coletivo, cujas carências já haviam sido cumpridas.

Como bem pontuou o douto Juízo sentenciante: "*de rigor impor-lhe a disponibilização de plano ou seguro de assistência à saúde na modalidade individual, considerando-se, nos termos do parágrafo 1º do dispositivo, 'na contagem de prazos de carência para essas modalidades de planos, o período de permanência do beneficiário no plano coletivo cancelado'. Na ausência de impugnação especificada, nos termos do artigo 302, caput, do Código de Processo Civil, há de se presumir a compatibilidade do plano outrora estipulado ao plano 'Blue 600', observando a contraprestação à tabela da ré (fls. 32/35).*" (fl. 296)

Nesse sentido, ainda, a jurisprudência desta C. 6ª Câmara:

SEGURO. PLANO DE SAÚDE. CONTRATO COLETIVO EM RAZÃO DE EMPREGO. DISPENSA. POSSIBILIDADE DE PRORROGAÇÃO

Acesso ao Sumário

DO CONTRATO POR SEIS MESES. CASO, CONTUDO, EM QUE NECESSITOU O AUTOR DE TRATAMENTO QUIMIOTERÁPICO DENTRO DO PERÍODO PREVISTO NO ART. 30 DA LEI Nº 9.656/98. CASO EM QUE RECONHECIDA A INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO PARA A RÉ EM PRESTAR A COBERTURA SOLICITADA. CONTINUIDADE DO PLANO EXISTENTE. INADMISSIBILIDADE. RÉ QUE NÃO PODE SER COMPELIDA A MANTER O ATUAL PLANO DE SAÚDE. PLEITO ACOLHIDO PARA CONFERIR A OPORTUNIDADE DE TRANSFERÊNCIA PARA PLANO INDIVIDUAL SEM O CUMPRIMENTO DE NOVOS PRAZOS DE CARÊNCIA. RESOLUÇÃO CONSU 19/2009. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO. (Apel. nº 0209098-36.2011.8.26.0100, Rel. Des. Vito Guglielmi, j. em 11.09.2014)

No tocante aos danos materiais, foram comprovados os gastos tidos com o tratamento de câncer da segunda requerente, no montante de R$ 13.820,23, em 01 e 07 de outubro de 2013 (fls. 47/48), sendo de rigor o seu ressarcimento.

Entretanto, as despesas havidas em 18.11.2013, no montante de R$ 13.466,60 (fl. 313) e em 23.11.2013, no total de R$ 1.567,12 (fl. 315), além de não comprovadas antes da r. sentença ter sido prolatada, muito embora os autores tenham requerido em sua petição inicial "*o ressarcimento com eventuais despesas com o tratamento que se fizerem necessárias*" (fl. 20), elas se deram após a ré ter oferecido aos autores, em cumprimento à ordem judicial, a assinatura do novo contrato.

Assim, não há que se falar em indenização dos valores pagos pelos requerentes em novembro de 2013, mormente porque não há prova de negativa de cobertura nesse período ou de recusa de assinatura de contrato de plano de saúde nas condições determinadas na r. decisão que antecipou os efeitos da tutela.

Quanto aos danos morais, agiu com acerto o MM. Juiz.

Não bastasse a indevida interrupção do tratamento de câncer da autora, a ré, conhecedora dos fatos (tratamento a que a requerente se submetia), mais uma vez agiu de forma indevida ao impor nova carência contratual, impedindo a continuidade do tratamento.

Considero, na hipótese dos autos que, a demandante, acometida por mal grave, teve seu quadro psicológico deveras abalado em virtude da recusa indevida.

Por isso, imperioso reconhecer o direito à compensação pelo dano extrapatrimonial sofrido.

A fixação da indenização por danos morais deve observar a repercussão do fato na vida pessoal e econômica do autor, sem enriquecimento ilícito, e as

Acesso ao Sumário

condições financeiras do réu, pois não se pode perder de vista o caráter punitivo da indenização.

Considerando-se tais parâmetros e em atenção aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, o valor arbitrado (dez mil reais), revela-se adequado à espécie, não merecendo, por isso, ser reduzido ou majorado.

Também não prospera a alegação de litigância de má-fé feita pelos demandantes em sede de contrarrazões, pois ela somente pode ser imposta em hipóteses em que reste inequívoca a intenção de uma das partes de praticar atos atentatórios à dignidade da Justiça.

A demandada apenas exerceu o seu direito de defesa, o qual não pode ser enquadrado em uma das condutas previstas no artigo 17 do CPC, sob pena de serem violados os princípios do contraditório e da ampla defesa.

O C. Superior Tribunal de Justiça já decidiu que "*na litigância temerária, a má-fé não se presume, mas exige prova satisfatória, não só de sua existência, mas da caracterização do dano processual a que a condenação cominada na lei visa a compensar*" (STJ, Resp nº 76.234/RS, Rel. Min. **DEMÓCRITO REINALDO**, j. 24.4.97).

No mesmo sentido, esta E. Corte assim decidiu:

''Litigância de má-fé - Não caracterização - Aplicação de pena por litigância de má-fé que só é possível se ficar evidenciado o dolo processual da parte - Não atestado, suficientemente, o intuito malicioso por parte do autor - Condutas tipificadas nos incisos I a VII do art. 17 do CPC que devem ser interpretadas com cautela, para não se inviabilizar o acesso à justiça - Apelo provido em parte". (Apelação nº 991.04.069.480-2, TJSP, 23ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. ***JOSÉ MARCOS MARRONE****, j. 24.11.2010).*

Por derradeiro, para evitar a costumeira oposição de embargos declaratórios voltados ao prequestionamento, tenho por ventilados, neste grau de jurisdição, todos os dispositivos legais citados no recurso interposto. Vale lembrar que a função do julgador é decidir a lide e apontar, direta e objetivamente, os fundamentos que, para tal, lhe foram suficientes, não havendo necessidade de apreciar todos os argumentos deduzidos pelas partes, um a um. Sobre o tema, confira-se a jurisprudência (STJ, EDcl no REsp nº 497.941/RS, Rel. Min. Franciuli Neto, publicado em 05/05/2004; STJ, EDcl no AgRg no Ag nº 52.074/RJ, Rel. Min. Denise Arruda, publicado em 25/10/2004).

Concluindo, a r. sentença é de ser mantida.

Ante o exposto, nega-se provimento ao agravo retido e aos recursos de apelação.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0073993-55.2005.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante ROSSANA AMALIA SICA DE CAMARGO, é apelado SOCIEDADE AMIGOS DO BAIRRO JARDIM CHAPADÃO.

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 ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.981)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DONEGÁ MORANDINI (Presidente), EGIDIO GIACOIA e CARLOS ALBERTO DE SALLES.

São Paulo, 21 de agosto de 2015.

DONEGÁ MORANDINI, Relator

Ementa: ASSOCIAÇÃO DE MORADORES. LOTEAMENTO FECHADO. AÇÃO DE COBRANÇA. TAXA MENSAL DE CONTRIBUIÇÃO.

Taxas de manutenção e melhoria. Cobrança formulada contra não associada. Impossibilidade. Entendimento do Superior Tribunal de Justiça: "Esta Corte superior consolidou seu entendimento no sentido de que a existência de associação, congregando moradores com o objetivo de defesa e preservação de interesses comuns em área habitacional, não possui o caráter de condomínio, pelo que, não é possível exigir de quem não seja associado, nem aderiu ao ato que instituiu o encargo, o pagamento de taxas de manutenção ou melhoria, não havendo que se falar em enriquecimento ilícito do recorrido. Incidência da Súmula 83/STJ" (AgRg no AREsp 525705/SP, Min. Marco Buzzi).

SENTENÇA REFORMADA. APELO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

1.- Cuida-se de ação de cobrança de taxas mensais de manutenção e melhorias em loteamento fechado (fls. 04) julgada procedente pela r. sentença

de fls. 765/767, de relatório adotado, proferida pelo MM. Celso Alves Rezende, condenando a requerida ao "*(...) pagamento de R$98.180,68, já atualizada pela Tabela Prática para Cálculo de Atualização Monetária dos Débitos Judiciais do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, acrescida de juros de 1% ao mês desde a data do vencimento de cada despesa até 30/06/2012 e de multa de 2% (fls. 619/627), bem como das prestações vincendas até a data do trânsito em julgado desta sentença (à exceção de verbas relativas a despesas extraordinárias ou estranhas à prestação condominial regular, eventualmente deliberadas em assembleia), igualmente corrigidas e acrescidas de multa moratória de 2%.*" Foi ainda, a requerida condenada ao "*(...) pagamento das custas e despesas processuais decorrentes, corrigidas a partir de seu efetivo desembolso, e honorários advocatícios da parte adversa que arbitro em 10% sobre o montante da condenação, corrigido*" (fls. 767).

Apela a ré.

Pretende em suma, pelas razões apresentadas às fls. 780/817, a inversão do julgado, decretando-se a improcedência da ação frente a não obrigatoriedade da taxa de manutenção aos proprietários não associados ou que não anuíram à instituição do encargo.

As contrarrazões foram juntadas às fls. 832/838.

Inicialmente, o recurso fora distribuído à Desª. Marcia Dalla Déa Barone (fls. 843), integrante desta Câmara e, em razão da prevenção desta relatoria (fls. 228), reconhecida pelo v. acórdão de fls. (851/853), derivada de julgamento de anterior apelação (fls. 232/235) que anulou a sentença de fls. 120/126 para abertura de instrução probatória, houve a redistribuição do apelo a este relator (fls. 856).

Sem oposição ao julgamento virtual (fls.846).

É o RELATÓRIO.

2.- Conquanto reconhecida a ausência de apresentação de defesa (fls. 276/281 e 313/314) pela requerida, incluída posteriormente no polo passivo da demanda em decorrência da aquisição da propriedade do bem imóvel derivada de partilha de bens em ação de divórcio (fls. 86 e 269), a revelia não gera presunção absoluta de veracidade dos fatos alegados pela autora, devendo ser considerada a possibilidade de fatos relativos a direito superveniente, ou a respeito dos quais possa o juiz conhecer de ofício, ou, ainda, aqueles que, por expressa autorização legal, possam ser apresentados em qualquer tempo e Juízo (art. 303, CPC).

Acesso ao Sumário

É o caso dos autos, haja vista recente posicionamento do C. Superior Tribunal de Justiça acerca da matéria em julgamento de recurso sob a sistemática do art. 543-C do CPC no **REsp nº 1280871** e **REsp 1439163, Segunda Seção, Rel Designado Min, Marco Buzzi, j. 11.03.2015**.

E, na diretriz dos arts. 303, I e 462, ambos do CPC, excepciona-se o

princípio da eventualidade na hipótese de superveniência de direito após a contestação. Como bem anota NELSON NERY JUNIOR: "**Não tendo o réu conhecimento de matéria que surgiu somente depois da contestação (*jus superveniens*), pode alegá-la validamente sem ofensa ao princípio da eventualidade**" e, ainda: "**O *ius superveniens* pode consistir no advento de fato ou direito que possa influir no julgamento da lide. Deve ser levado em consideração pelo juiz, de ofício ou a requerimento da parte ou interessado, independentemente de quem possa ser com ele beneficiário no processo. Não se pode, a pretexto de pretender a incidência do ius superveniens, alterar a causa de pedir ou o pedido**" (*in* Código de processo civil comentado e legislação extravagante, 11. ed., ampl. e atual. Até 17.2.2010, São Paulo: RT, 2010, p. 599 e 704).

Com efeito.

Razão assiste à apelante, promovendo-se, inclusive, a alteração do entendimento prevalecente nesta Câmara (fls. 232/235), ou seja, de que é admissível a cobrança das despesas com a manutenção e benfeitorias nas áreas comuns do loteamento fechado independentemente da associação do proprietário.

No caso veiculado nos autos, não se desincumbiu a autora de comprovar a efetiva associação da requerida aos seus quadros sociais ou mesmo a anuência aos encargos cobrados, à luz do art. 333, I do CPC, cumprindo ressaltar, por oportuno, que o direito de associação não se presume ou se impõe (art. 5º, XX da CF), tal qual estabelecido na cláusula 9º do estatuto social que assim dispõe: "**Será considerado associado da SAJC todo aquele que, sem qualquer impedimento legal, recebendo o estatuto da SAJC, ou tendo conhecimento do mesmo, pagar pelo menos uma taxa mensal de manutenção do Loteamento. Não haverá exclusão de associados. A demissão do Associado se dará unicamente a seu pedido, por meio de correspondência formal, por ele elaborada e assinada para esse fim, protocolada na sede da Associação, sendo deferida pela Diretoria Executiva, desde que o associado esteja quite com as contribuições de rateio de despesas de sua responsabilidade, bem como não seja proprietário, resida ou usufrua das áreas descritas no termo de permissão administrada pela SAJC**" (fls. 569). No sentido de que ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado, **RE nº 432.106/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 20.9.2011**.

Neste caso, consoante o entendimento do Superior Tribunal de Justiça adotado em sede de recurso repetitivo (art. 543-C, CPC), "**a existência de associação congregando moradores com o objetivo de defesa e preservação de interesses comuns em área habitacional não possui o caráter de condomínio, pelo que, não é possível exigir de quem não seja associado, nem aderiu ao ato que instituiu o encargo, o pagamento de taxas de manutenção ou melhoria.**

Acesso ao Sumário

Precedentes. (...) 3. Agravo regimental não provido (AgRg nos EAg 1.385.743/RJ, Rel. Ministro MARCO BUZZI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26/9/2012, DJe 2/10/2012". No mesmo sentido: "**Tal entendimento foi reiterado pela Segunda Seção desta Corte Superior no âmbito dos Recursos Especiais nsº 1.280.871/SP e 1.469.163/SP, julgados sob o rito do artigo 543-C do Código de Processo Civil (Recursos Repetitivos), cujos acórdãos ainda pendem de publicação**". Igualmente: "**Consoante entendimento firmado pela Segunda Seção desta Corte Superior, 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**" **(AgRg no AgRg no REsp 1422859/SP, Min. Ricardo Villas Bôas Cueva)**.

Adotando o posicionamento firmado, precedentes desta Câmara: **Apelação n. 0005479-69.2013.8.26.0114, rel. Des. Egídio Giacóia, j. 30.06.2015 e Agravo de Instrumento n. 2135025-29.2015.8.26.0000, desta relatoria.**

De rigor, portanto, o acolhimento do apelo para decretar a improcedência da ação, mostrando-se de inviável o acolhimento da alegação de que a cobrança busca afastar o enriquecimento indevido da parte, consoante expresso entendimento firmado pelo C. STJ: "**Não havendo que se falar em enriquecimento ilícito do recorrido. Incidência da Súmula 83/STJ" (AgRg no AREsp 525705/SP, Min. Marco Buzzi)**.

Improcedente a demanda, a autora é condenada ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios ora arbitrados em R$ 2.000,00 (dois mil reais), atualizáveis a partir do julgado.

DÁ-SE PROVIMENTO AO APELO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 4000781-18.2013.8.26.0577, da Comarca de São José dos Campos, em que é apelante CONSTAR CONSTRUÇÃO E INCORPORAÇÃO LTDA., é apelado EDILSON LOPES DIAS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª 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 21327)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JAMES SIANO (Presidente), MOREIRA VIEGAS e EDSON LUIZ DE QUEIROZ.

São Paulo, 22 de agosto de 2015.

Acesso ao Sumário

JAMES SIANO, Relator

Ementa: AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO. Compromisso de venda e compra. Atraso na entrega de imóvel. Sentença de procedência em parte para condenar a ré a devolver em dobro o valor despendido pelo autor a título de corretagem; pagar aluguel mensal durante o período de mora; e compensar danos morais no importe de R$ 10.000,00.

Apela a ré sustentando ilegitimidade passiva quanto à comissão de corretagem; autor recebeu as chaves, mas recusou-se a subscrever o termo de entrega; obrigação assumida pelo autor de pagar a corretagem; descabe a devolução e principalmente em dobro; atraso em razão de chuvas excessivas; inexistência de lucros cessantes; ausência de danos morais indenizáveis.

Cabimento em parte.

Atraso além da cláusula de tolerância. Alegação de chuvas excessivas. Inadmissibilidade. Faz parte do risco da atividade empresarial de incorporação e venda de unidades projetadas.

Incabível o argumento de que o atraso se deu pela ocorrência de força maior ou caso fortuito, pois o prazo de tolerância, de 180 dias, é concedido exatamente para estas hipóteses. Ausente prova de fato imprevisível que impusesse a concessão de excepcional prazo suplementar.

Ausente prova da expedição do "habite-se" e disponibilização das chaves para habitação.

Lucros cessantes. Possibilidade. Irrelevante se o imóvel foi adquirido para moradia ou locação. Inteligência do art. 402 do CC. Danos morais. Atraso injustificado. Abuso de direito. Caracterização dos danos morais. Necessidade de atender ao escopo satisfatório e punitivo da reparação. Arbitrado pela sentença em R$ 10.000,00. Adequação. Incidência dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Importe que representa menos de 10% do valor originário do contrato.

Acesso ao Sumário

Comissão de corretagem. Legitimidade passiva configurada. Solidariedade de todos os envolvidos na cadeia de serviços em face do consumidor. Inteligência dos art. 7º, parágrafo único, e 25, § 1º, ambos do CDC.

Devolução pertinente. Ausente prova de que a imobiliária tenha sido procurada pelo autor e tenha prestado em seu favor serviço de corretagem. Venda realizada no "stand", no próprio local do empreendimento. Ausente cláusula específica no contrato pelo qual o compromissário comprador optou por se responsabilizar pelo pagamento da taxa de corretagem. Vinculação indevida com a aquisição do imóvel. Venda casada configurada.

Pertinência da devolução de valores, diante do descabimento da cobrança, sob pena de enriquecimento sem causa. Devolução, todavia, que se dará de forma simples. Ausência de comprovação de má-fé.

Recurso provido em parte para determinar a devolução de forma simples dos valores pagos pelo autor a título de comissão de corretagem.

VOTO

Trata-se de apelação interposta em face da sentença de f. 186/192, que julgou procedente em parte ação revisional de contrato cumulada com indenização por danos materiais e morais proposta por Edilson Lopes Dias contra Constar Construção e Incorporação Ltda., para reconhecer a culpa da ré pelo atraso na entrega do imóvel e para condená-la a restituir o dobro do valor da corretagem, pagar aluguel mensal durante o prazo em que perdurar o atraso na entrega do imóvel, observada a mora a partir de 16.10.12, em 1% sobre o valor do contrato, além de arbitrar danos morais no importe de R$ 10.000,00.

Inconformada, apela a ré (f. 196/213), sustentando: (i) ilegitimidade passiva quanto aos valores pagos a título de corretagem; (ii) não recebeu valores referentes aos serviços de assessoria e corretagem; (iii) apelado recebeu as chaves do imóvel, mas recusou-se a subscrever o termo de entrega das chaves; (iv) ciência do apelado quanto à obrigação de pagar a corretagem; (v) pagamento consentido e devido; (vi) não há respaldo para a restituição do importe pago a título de corretagem, menos ainda em dobro; (vii) atraso em razão de chuvas, mas as chaves foram entregues em julho de 2013; (viii) inexistência de lucros cessantes; (ix) ausência de pressupostos para a compensação de danos morais.

Acesso ao Sumário

Recurso recebido e respondido (f. 245/257).

É o relatório.

O recurso procede em parte.

É incontroverso que a data inicialmente prevista para entrega do imóvel era 16.04.2012, com o cômputo do prazo de tolerância de seis meses, foi para 16.10.2012 (cláusula 12, f. 28).

Inexiste prova da expedição do "habite-se" e disponibilização das chaves para a plena fruição do imóvel. As notas fiscais de entrega de materiais de construção (f. 120/121) são inservíveis para provar a efetiva entrega das chaves para fins de habitação.

Incidente o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90).

Nos termos do disposto no art. 2º do CDC, toda pessoa física ou jurídica que adquire produto ou serviço é consumidor.

Segundo o art. 3º do referido código "*fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços*.". Nos termos parágrafo 1°: "*Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial*"; e o parágrafo 2º dispõe que "*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.*"

A atividade empresária de oferecer ao público em geral a venda de imóveis em construção ou a serem construídos constitui a conduta ao mesmo tempo de fornecedor de um produto (unidade imobiliária) e também de prestação de serviços vinculados à própria edificação, enfatizando que apenas as relações de caráter trabalhista estão excepcionadas pela legislação protetiva ao consumidor.

A alegação genérica de que o atraso decorreu de excesso de chuvas não representa motivo para superar o prazo de tolerância estipulada no contrato, porque faz parte do risco da atividade econômica, que não pode ser carreado em desfavor do consumidor.

É risco passível de previsibilidade. Presente a figura do fortuito interno que não elide a responsabilidade do fornecedor.

A inexistência de justificativa plausível para o atraso na entrega da obra implica responsabilização da ré a tornar pertinente a fixação de indenização pelos danos sofridos pela parte adversa.

Mesmo pela consideração de lucros cessantes é adequada a condenação, pois relevante a perda de razoável expectativa de posse do imóvel e da

Acesso ao Sumário

possibilidade de auferir benefício econômico com a sua aquisição. Incidente o disposto no art. 402 do CC.

No mesmo sentir, precedente do STJ:

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.

2.- O agravo não trouxe nenhum argumento novo capaz de modificar o decidido, que se mantém por seus próprios fundamentos.

3.- Agravo Regimental improvido. (AgRg no Resp 1202506/RJ, Terceira Turma, Rel. Min. SIDNEI BENETI, j. 07.02.12).

A extrapolação do prazo contratado constitui **abuso de direito** e configura excesso, pois descaracteriza o exercício regular de direito (art. 188, I, CC), revelando desproporção e vantagem abusiva do vendedor, frustrando a igualdade de tratamento entre as partes.

A questão toma proporção ofensiva ao patrimônio moral, quando se apresenta contrária ao direito de moradia do compromissário comprador, que está adimplente com suas obrigações.

Tal questão já foi analisada por esta Câmara, recebendo os seguintes entendimentos:

Compromisso de Compra e Venda de imóvel - Revisão do contrato com fundamento no atraso na entrega da obra - Procedência em parte dos pedidos - Ilegitimidade passiva da corré não acolhida - Relação de consumo - Empresas do mesmo grupo econômico - Inteligência do §1º do art. 25 do CDC - Aquele que lucra com o negócio não pode se furtar da responsabilização - Abusividade da cláusula que impõe prazo indeterminado em decorrência de caso fortuito e força maior - Mora contratual configurada - Atraso injustificado - Indenização a título de lucros cessantes ante a indisponibilidade do bem imóvel - Cabimento - ***Danos morais devidos*** *- Frustração quanto a aquisição do imóvel para moradia - Sentença mantida - Recurso desprovido. (TJSP - 5ª Câmara de Direito Privado - Apelação nº 0000673-39.2012.8.26.0562 – Santos - rel. Des. MOREIRA VIEGAS - j. 13.03.2013).*

REVISÃO CONRATUAL CUMULADA COM REDIBITÓRIA E INDENIZATÓRIA - RECONVENÇÃO DE COBRANÇA - ATRASO INCONTROVERSO PARA ENTREGA DA UNIDADE - LUCROS CESSANTES DEVIDOS, UTILIZADOS OS PARÂMETROS DE

Acesso ao Sumário

*LOCAÇÃO DO IMÓVEL - DESCONFORMIDADE ENTRE O ACABAMENTO UTILIZADO E O PROMETIDO - ABATIMENTO NO PREÇO, CONFORME INDICAÇÃO PERICIAL - **DEMORA QUE, NO CASO, FRUSTROU EXPECTATIVA LEGÍTIMA, CAUSANDO CONTRARIEDADES EXTRAORDINÁRIAS - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS DEVIDA E FIXADA EM R$ 20.000,00** - INCIDÊNCIA DE JUROS, MULTA E CORREÇÃO SOBRE A PARCELA DAS CHAVES - REPETIÇÃO EM DOBRO INCABÍVEL - COBRANÇA FUNDADA EM AJUSTE CONTRATUAL - IMPOSSIBILIDADE DE EQUIPARAÇÃO DE PREÇOS, CUJA FIXAÇÃO ATENDE A CRITÉRIOS DE MERCADO - NECESSIDADE DE PROCEDIMENTO LIQUIDATÓRIO - SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA - SENTENÇA REFORMADA PARCIALMENTE - RECURSO DA RÉ-RECONVINTE PROVIDO EM PARTE, NEGADO PROVIMENTO AO APELOS DOS AUTORES-RECONVINDOS. (TJSP - 5ª Câmara de Direito Privado - Apelação nº 9160440-36.2008.8.26.0000 - São Paulo - rel. Des. ERICKSON GAVAZZA MARQUES - j. 24.10.2012).*

*Ementa: indenização por dano material e moral - compromisso de compra e venda - atraso na entrega do imóvel - inadimplência da vendedora - sentença de procedência parcial - insurgência de ambas as partes - pedido do autor visando indenização por danos materiais - impossibilidade - multa contratual que a tanto se presta - **indenização por danos morais devida** - quantum arbitrado que se mostra razoável - limitação de percentual na cláusula que prevê multa pela inadimplência da vendedora - desvantagem para o consumidor - sentença mantida - recursos improvidos. (TJSP - 5ª Câmara de Direito Privado - Apelação nº 0117757-26.2011.8.26.0100 - São Paulo - rel. Des. A. C. MATHIAS COLTRO - j. 30.05.2012).*

Resta, portanto, presente a configuração de danos morais pelo atraso na entrega do imóvel, cabendo tão somente a especificação do *quantum* indenizatório.

A lesão de interesses extrapatrimoniais tutelados pelo ordenamento jurídico, em geral, diversamente do que se dá com o dano patrimonial, não comporta ressarcimento, já que em regra é inviável recompor-se o bem imaterial violado, não havendo condições práticas que permitam a restauração da ofensa com fiel equivalência à sua extensão.

A reparação pecuniária do dano moral, destarte, *não corresponde ao preço da dor sofrida pela vítima*. O seu fundamento está assentado na sanção que se busca impor ao responsável e, simultaneamente, na satisfação (compensação) que se visa a atribuir ao lesado.

Em nosso direito não se aplica com exclusividade a *Teoria do Desestímulo*, como estabelecido no sistema norte-americano, mas sim o sistema misto, entre o desestímulo e a compensação, objetivando-se a imposição de uma sanção ao causador do evento danoso, de sorte que não fique impune pela vulneração

Acesso ao Sumário

causada a interesses extrapatrimoniais de outrem e, ao mesmo tempo, uma compensação ao lesado com o intuito de suavizar a ofensa sofrida.

O valor da indenização como sabido, deve ser fixado com equidade e moderação, não podendo ser tão baixo a ponto de fazer com que o ofensor deixe de perceber a reação do ordenamento jurídico à lesão praticada, nem tão elevado a ponto de servir como fonte de enriquecimento sem causa por parte do lesado.

Diante das circunstâncias específicas, almejando-se atender ao escopo satisfatório, punitivo e educativo da reparação por dano moral, reputa-se adequado o valor arbitrado pela sentença (R$ 10.000,00), que melhor se amolda aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, uma vez que representa importe inferior a 10% do valor do contrato quando da sua celebração (R$ 112.320,00 - f. 19).

Há legitimidade passiva da ré quanto ao pedido de devolução de valor pago a título de comissão de corretagem e SATI. Possível vislumbrar solidariedade de todos os envolvidos na cadeia de serviços em face do consumidor, nos termos do art. 7º, parágrafo único[1], e 25, § 1º[2]2, ambos do CDC.

Faz jus o autor à devolução do valor pago a título de comissão de corretagem.

Inexiste prova de que a imobiliária tenha sido procurada e tenha oferecido a ele imóveis para realizar o serviço de corretagem.

Vislumbrável que o autor se dirigiu diretamente ao "stand" de vendas interessados na aquisição de imóvel naquele determinado empreendimento e lá foi atendido por prepostos da imobiliária.

O art. 725[3] do Código Civil prevê o pagamento da comissão de corretagem, ainda que o negócio ao final não se concretize.

Quanto à responsabilidade pelo pagamento, não obstante a praxe seja o pagamento da comissão de corretagem pelo vendedor do bem, diante da contratação do serviço de intermediação da venda, em que se coloca na posição de comitente-contratante, nada obsta que o comprador arque com tal ônus.

Todavia, para não evidenciar a ocorrência de venda casada, os termos do art. 39, I, do CDC[4], necessário constar no contrato a admissão expressa pelo

Acesso ao Sumário

1 Art. 7° Parágrafo único. Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.

2 Art. 25. É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenue a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores.

§ 1° Havendo mais de um responsável pela causação do dano, todos responderão solidariamente pela reparação prevista nesta e nas seções anteriores.

3 Art. 725. A remuneração é devida ao corretor uma vez que tenha conseguido o resultado previsto no contrato de mediação, ou ainda que este não se efetive em virtude de arrependimento das partes.

4 Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: **(Redação dada pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994)**

I - condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos;

consumidor da obrigação de responder pelo custo da comissão de corretagem, tendo também a faculdade de não a aceitar.

Todavia, a devolução deverá se dar de forma simples, e não em dobro, dada a inexistência de demonstração de má-fé por parte da ré, que agiu segundo comportamento contratual que considerava apropriado.

Nesse sentido, precedentes:

Competência recursal. Compromisso de compra e venda de bem imóvel. Pretensão do adquirente do imóvel voltada à repetição, em dobro, de valor que pagou à incorporadora/vendedora a título de taxa de corretagem. Matéria que se insere na competência das 1ª a 10ª Câmaras da Seção de Direito Privado do Tribunal de Justiça.

Prescrição. Inocorrência. Prazo residual do art. 205 CC. Lapso temporal não decorrido. Extinção afastada.

Ação de repetição de indébito. Comissão de corretagem cobrada do comprador em compromisso de compra e venda de imóvel. Ausência de informação clara e precisa sobre os serviços e a possibilidade de aferição de efetiva prestação. Contratação induzida, configurando venda casada. Impossibilidade da repetição em dobro, por ausência de dolo das rés.

Recurso provido, em parte. (Apelação nº 1047903-54.2013.8.26.0100, 10ª Câmara de Direito Privado, Rel. ARALDO TELLES, j. 04.11.14).

COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL - Repetição de indébito - Cobrança de taxas envolvendo corretagem/serviços de assessoria - Ilegitimidade de parte passiva não caracterizada - Aplicação da regra de solidariedade enunciada no artigo 7º, parágrafo único, e no artigo 25, §1º, ambos do CDC - Ausência de cláusula contratual expressa prevendo o pagamento das taxas em discussão - Inexistência de contrato que especifique os serviços de assessoria, não demonstrados - Caracterização de venda casada - Abusividade - Verba honorária adequadamente fixada - Inteligência do artigo 20, § 3º do CPC, e em atendimento aos critérios estabelecidos nas alíneas "a", "b" e "c", do citado § 3º do mesmo diploma legal - Recursos desprovidos. (Apelação nº 1008522-32.2014.8.26.0576, 5ª Câmara de Direito Privado, Rel. MOREIRA VIEGAS, j. 12.11.14).

COMISSÃO DE CORRETAGEM. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. RESTITUIÇÃO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. COBRANÇA INDEVIDA. VENDA CASADA. RESTITUIÇÃO DE FORMA SIMPLES.

Em primeiro grau, decisão de procedência parcial.

1. Recurso adesivo do autor não conhecido. Ausência de recolhimento do preparo no ato de interposição do recurso.

2. Mérito. Comissão de corretagem. Consumidor que se dirigiu ao ponto de vendas espontaneamente. Inexistência de intermediação na venda. Corretagem não contratada. Taxa indevida. Venda casada.

Acesso ao Sumário

3. Cabimento da restituição dos valores pagos. Devolução de forma simples, e não em dobro. Ausência de prova de má-fé.

4. Verba honorária mantida. Artigo 20, §§3º e 4º, CPC.

Recursos das rés não providos. Recurso adesivo do autor não conhecido. (Apelação nº 1004752-38.2013.8.26.0100, 5ª Câmara de Direito Privado, Rel. EDSON LUIZ DE QUEIROZ, j. 26.11.14).

Ante o exposto, **dá-se provimento em parte** ao recurso apenas para determinar a devolução de forma simples dos valores pagos pelo autor a título de comissão de corretagem, confirmando-se no mais a sentença.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1014004-55.2014.8.26.0577, da Comarca de São José dos Campos, em que é apelante/apelada REJANE DEMSKI MANENTE DE ALMEIDA, é apelado/apelante CLÍNICA SÃO JOSÉ SAÚDE LTDA.

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 15/26398)**

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

São Paulo, 24 de agosto de 2015.

LUIZ ANTONIO COSTA, Relator

Ementa: Embargos de Terceiro - Penhora de vagas de garagem adquiridos juntamente com imóvel residencial - Fato de vagas terem matrícula autônoma descaracteriza acessoriedade (enunciado 449 STJ cc art. 1.339 CC) - Vaga de garagem que não merece tratamento de bem de família (art. 1º da Lei nº 8.009/1990) - Proibição de transferência de vaga de garagem a não-condômino (art. 1.331, § 1º, do CC) não impede penhora - Alienação das vagas pode ser feita a condôminos - Dívida executada corresponde a mensalidades não pagas de plano de saúde contratado pela empresa do cônjuge da Embargante - Dívida que não configura encargo familiar e não justifica alcançar bem comum (art. 1664 CC) - Recursos improvidos.

Acesso ao Sumário

VOTO

Recursos de Apelação interposto contra sentença que julgou improcedentes Embargos de Terceiro.

A empresa do cônjuge da Embargante contratou plano de saúde da Embargada, mas deixou de pagar sua obrigação, razão por que a operadora propôs ação de execução. Em função da desconsideração da personalidade jurídica da empresa do cônjuge, certas vagas de garagem e depósito registrados em nome da Embargante (fls. 49/67) foram penhorados (fls. 26). A Embargante impugna a constrição alegando que (1) o depósito não lhe pertence mais, descabendo penhorá-los; (2) os bens penhorados são acessórios de apartamento residencial e devem ser igualmente tratados como bem de família (arts. 1º da Lei nº 8.009/1990 e 1.339, caput e § 1º, do CC); (3) as vagas de garagem são inalienáveis a pessoas estranhas ao condomínio (art. 1.331, § 1º, CC); (4) resguardo de metade da propriedade à Embargante, por direito de meação (regime de comunhão parcial de bens, fls. 29).

Na sentença (fls. 503/5), o d. Juiz julgou a ação improcedente, por entender que a impenhorabilidade do bem de família não alcança vagas de garagem ou depósito, na esteira do entendimento do STJ (enunciado 449, "A vaga de garagem que possui matrícula própria no registro de imóveis não constitui bem de família para efeito de penhora"), devendo o direito da Embargante à metade das vagas ser garantido sobre o produto da alienação (art. 655-B CPC).

Em suas razões (fls. 518/36), a Embargante insiste na impenhorabilidade das vagas de garagem e depósito pelos fundamentos apresentados na inicial. Diz ainda que, por o d. juiz de primeira instância ter reconhecido o direito da Embargante à metade do produto da alienação das vagas, a ação foi, na verdade, julgada *parcialmente procedente*, com a respectiva modificação da sucumbência. Além disso, diz que "há que ser também reformada a r. sentença quanto a parte da meação a ser resguardada: cinquenta por cento do valor da avaliação do bem, e não do produto de eventual hasta pública".

A Embargada contrarrazoou (fls. 543/54) e interpôs Recurso Adesivo (fls. 557/63), no qual pede a exclusão da garantia da meação da Embargada, por a dívida que ensejou a penhora ter sido incorrida em proveito da família. Como a Embargada não trabalhava desde 1985, conclui-se que a dívida incorrida pelo cônjuge aproveitou-lhe, devendo as vagas de garagem comuns responderem pelo débito.

Recurso Adesivo respondido (fls. 569/76).

É o Relatório.

A Embargante não tem razão quanto à impenhorabilidade das vagas de garagem.

Acesso ao Sumário

A Embargante se volta contra penhora realizada em ostensivo acordo com a jurisprudência do STJ, que afirma muito explicitamente que:

> "A vaga de garagem que possui matrícula própria no registro de imóveis não constitui bem de família para bem de penhora" (enunciado 449, de junho de 2010).

No caso sob análise, as vagas de garagem têm matrícula apartada (fls. 49/ss), o que descaracteriza a acessoriedade dos bens relativamente à unidade residencial (art. 1.339 CC) e justifica a não aplicação do art. 1º da Lei nº 8.009/1990.

O fato de as vagas de garagem serem inalienáveis a pessoas estranhas ao condomínio não impede a realização de hasta voltada exclusivamente aos demais condôminos do prédio, razão por que inexiste ofensa ao art. 1.331, § 1º, do CC.

Passo à questão da meação.

A Embargante começou a trabalhar em 1972, casou-se em 1978 (fls. 29), comprou o primeiro imóvel com o marido em 1979, parou de trabalhar em 1985, tendo o casal adquirido as vagas de garagem penhoradas em 2003 (fls. 42/ss).

Apesar de trabalhar entre 1972 e 1985, a Embargante não demonstrou que a compra das vagas de garagem em 2003 foi feita em sub-rogação de bens particulares (art. 1659 CC), concluindo-se que os imóveis são comuns (art. 1660, I, CC).

Resta saber se a dívida executada foi contraída para atender encargo familiar, despesa de administração de patrimônio comum ou dever legal (art. 1664 do CC).

Como se depreende da inicial da execução (fls. 439/41), a dívida de cerca de quinze mil reais representa duas mensalidades não pagas de plano de saúde operado pela Embargada e contratado pela empresa do cônjuge da Embargante.

Considerando que a dívida foi incorrida pela empresa da qual é sócio o cônjuge da Embargante, e não diretamente pelo cônjuge da Embargante, que foi apenas responsabilizado posteriormente em razão de abuso de personalidade jurídica em circunstâncias pouco detalhadas (cf. decisão de 24.05.2010 nos autos do proc. 0341438-07.2007.8.26.0577), considerando ainda que o valor relativamente alto da mensalidade (mais de R$ 7.000,00) indica que o plano não servia exclusivamente à família da Embargante, entendo que não se pode entender que a dívida foi incorrida para pagamento de encargo familiar (art. 1664 CC), justificando-se o respeito à cota da Embargante, nos termos da sentença, devendo metade do valor auferido em leilão ser reservado à Embargante (art. 665-B CPC).

Quanto à pretensão de ver reservado metade do valor de avaliação, e não do fruto do leilão, a Embargante não a justificou absolutamente, restringindo-se

Acesso ao Sumário

a deduzir o pedido, que, à falta de fundamento legal, não merece provimento.

Isso posto, pelo meu voto, **nego provimento aos Recursos.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000250-53.2013.8.26.0198, da Comarca de Franco da Rocha, em que é apelante ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO - ECAD, é apelado MOTEL ESTÂNCIA RIVER LTDA. - EPP.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 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 33392)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FÁBIO QUADROS (Presidente) e MAIA DA CUNHA.

São Paulo, 25 de agosto de 2015.

ENIO ZULIANI, Relator

Ementa: DIREITOS AUTORAIS. Sedimentada a jurisprudência sobre a exigibilidade de direitos autorais pela instalação de rádios em quartos de hotéis e não tendo ocorrido mudança na Lei 9610/98 (art. 68, § 3º), rejeita-se a tese do não cabimento por não ser o quarto local de frequência coletiva. Aplicação da Súmula nº 63 do STJ.

- *Quantum* devido a ser apurado em liquidação de sentença, de acordo com a média efetiva de utilização dos aparelhos de televisão disponibilizados nos quartos do hotel e cujo termo *a quo* é a data em que o infrator tomou conhecimento da violação do direito que, na hipótese, ocorreu no dia 07.02.2012.

- Não incidência da tutela inibitória do art. 105 da Lei 9.610/98 Inteligência da Súmula 228 do STJ.

- Recurso provido em parte.

VOTO

Vistos.

Acesso ao Sumário

O ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO - ECAD ajuizou em face de **MOTEL ESTÂNCIA RIVER LTDA. - EPP**, alegando que a ré utiliza, de forma habitual e contínua, obras musicais, lítero musicais, audiovisuais e fonogramas, mediante sonorização ambiental, disponibilizando em seus aposentos equipamentos fotomecânicos (como rádio e TV, CDs e DVDs) e sinais de rádio e TV para execução/transmissão sonora e audiovisual de composições musicais; que ignora a Lei de Direitos Autorais, que veda a execução pública musical sem prévia anuência e autorização do autor; que deveria, previamente à execução pública, comprovar o recolhimento dos direitos autorais, mas como não o fez deve reparar os autores e demais titulares, sempre por meio do autor. Pleiteou a suspensão ou interrupção de qualquer comunicação ao público, em todos os seus aposentos, de obras musicais, lítero musicais, audiovisuais e fonogramas, enquanto não providenciada a prévia e expressa autorização do autor, sob pena de pagamento de multa diária. Com base nos seus critérios de apuração, estimou o valor a ser pago pela ré, referente ao período de 03/2007 à 09/2012 no valor de R$ 81.901,70, acrescido de multa, juros e correção monetária. Juntou documentos (fls. 17/95, 98/216 e 218/283).

O pedido de tutela antecipada fora indeferido (fl. 96).

Contestação (fls. 295/32) alegando, inicialmente, ilegitimidade passiva. No mérito, aduz que no que diz respeito ao interior dos aposentos dos hóspedes, existem aparelhos de rádio e de TV, mas isso não dá ao autor legitimidade para cobrar direitos autorais. Alegou que os quartos não são locais de frequência coletiva, mas de uso privativo dos hóspedes. Ademais, como não existe controle sobre a utilização dos aparelhos pelos hóspedes, sequer é possível afirmar que eles, efetivamente, façam uso deles, inexistindo, assim, possibilidade de se afirmar que houve a violação de direitos autorais. Pediu o reconhecimento da prescrição, tudo para, ao final, pugnar pela improcedência do pedido, não sem antes demandar pelo reconhecimento da litigância de má-fé.

Houve réplica (fls. 355/356). Instados a produzirem provas, manifestaram-se as partes (fls. 359 e 360/361). Realizada audiência de tentativa de conciliação (fl. 364).

Sentença (fls. 373/378) julgando o pedido IMPROCEDENTE por entender que quartos do hotel, motel ou flat não sejam de frequência coletiva. São de uso privativo dos hóspedes e que haveria dupla cobrança, caso se entendesse possível cobrar do réu direitos autorais pelos programas acessados a partir dos aparelhos de TV.

Apelação (fls. 384/406) alegando que não se trata de cobrança sobre a programação, mas de cobrança de fatos geradores diversos e da execução pública musical ocorrer em local de frequência coletiva; que ao contrário do

Acesso ao Sumário

que entendeu o magistrado a forma de cobrança não constitui enriquecimento ilícito. Contrarrazões (fls. 444/456).

É o relatório.

Respeitado o entendimento do D. Magistrado, o recurso interposto pelo autor comporta provimento em parte.

Em virtude da edição da Súmula 63, do STJ ("*são devidos direitos autorais pela retransmissão radiofônica de músicas em estabelecimentos comerciais*") o Tribunal Superior sedimentou a jurisprudência de que "*são devidos direitos autorais pelo uso de aparelhos televisores ou radiofônicos em quartos de hotéis, motéis ou pousadas*" (AgRg no REsp 13102007 RS, DJe de 22.3.2013, Ministro Antônio Carlos Ferreira), cabendo mencionar, ainda, a ementa do Resp. 791.630, DJ de 4.09.06, da Ministra Nancy Andrighi e que apresenta uma particularidade: "*Instalação de televisores dentro de apartamentos privativos em clínicas de saúde. Necessidade de remuneração de direitos autorais*". No mesmo sentido, AgRg no AgRg no Ag 1061962 - MT, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, DJe de 31.08.2011:

"*COBRANÇA DEVIDA. LEI Nº 9.106/98. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL.*

1. A Segunda Seção deste Tribunal já decidiu serem devidos direitos autorais pela instalação de televisores dentro de quartos de hotéis ou motéis (REsp nº 556.340/MG, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 11/10/2004).

2. Deve ser estendido para os quartos de clínicas de saúde ou hospitais o mesmo raciocínio desenvolvido para a cobrança de direitos autorais de transmissões em quartos de hotéis ou motéis. Precedentes.

3. Estando o acórdão recorrido em conformidade com a jurisprudência deste Tribunal Superior, fica o recurso especial obstado pela incidência da Súmula 83 do STJ.

4. Agravo regimental a que se nega provimento".

Idêntica orientação se encontra em precedentes desta Egrégia Corte, como se observa das ementas abaixo reproduzidas:

"*Direito autoral. Hotel. Local de frequência coletiva, nos termos da Lei 9.610/98. Aparelhos de televisão nos quartos. Alegação de ausência de intuito lucrativo por si não acolhível e que, de todo modo, não afastaria a cobrança. Súmula 63 do STJ aplicável à espécie. Direitos autorais devidos. Precedentes do STJ e deste Tribunal. Sentença revista. Quantum devido a ser apurado em liquidação, de acordo com a média de utilização dos aparelhos de televisão. Multa estabelecida pelo art.109 da citada lei que não é devida, ausente má-fé. Apelação do réu parcialmente provida, acolhida em parte a reconvenção*" [Apelação Cível nº 0004726-46.2012.8.26.0309, Relator Des. Cláudio Godoy,

Acesso ao Sumário

j. em 26.11.2013].

"*DIREITO AUTORAL - Ação cominatória c.c. cobrança - Execução de obras musicais e audiovisuais em hotel - Preliminares de cerceamento de direito e de conversão do julgamento em diligência afastadas - Prescrição trienal com base no artigo 206, § 3º, V, do CC - Dívida parcialmente prescrita - Hotel como área de frequência coletiva e com finalidade de lucro - Direitos autorais devidos nos termos da Súmula nº 63 do STJ – Quantum debeatur a ser apurado em liquidação de sentença - Multa de 10% afastada - Inexistência de convenção entre as partes - Juros de mora corretamente arbitrados - Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça - Litigância de má-fé não configurada - Ação parcialmente procedente - Sucumbência recíproca - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.*" [Apelação Cível nº 0197923-79.2010.8.26.0100, Relator Des. Alexandre Marcondes, j. em 22.10.2013].

A cobrança em questão decorre do art. 68, §3º, da Lei 9610/98 e a tese de que não seria exigível o direito do autor por retransmissão em execuções públicas de televisões abertas ou a cabo, foi rechaçada por JOSÉ CARLOS COSTA NETTO (Direito Autoral no Brasil, 2ª edição, FTD, 2008, p. 166), mencionando o art. 5º, XXVIII, letra "a", da Constituição Federal. É bem verdade que há uma tendência, em progressiva evolução, que defende o não cabimento de cobrança de música retransmitida por rádio ou televisor em quarto de hotel, por considerar o quarto um local privativo ou complemento da residência, o que afastaria a inserção da norma que cuida de frequência coletiva. Essa tese, sustentada na contestação foi abraçada por GERALDO DA CUNHA MACEDO ("Direito autoral: cobrança de direitos autorais pelo ECAD - uma análise de sua legitimidade", *in* Propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Min. Carlos Fernando Mathias de Souza, Letras Jurídicas, 2010, p. 159), o que terminou repercutindo no STJ.

No julgamento do Resp. 1088045 RJ, DJ de 23.10.2009, houve divergência por ter o Ministro Massami Uyeda votado pela exclusão da cobrança pelo sentido domiciliar e privativo do quarto de hotel; o eminente Ministro ficou isolado e **prevaleceu a jurisprudência dominante, anotando o Ministro Sidnei Beneti (relator do Acórdão) que sem mudança na legislação, não há motivo para alterar a sólida posição de exigibilidade e para a qual inúmeros estabelecimentos se adaptaram**.

Acesso ao Sumário

Os direitos autorais exigidos pela retransmissão em hotéis decorrem da exploração comercial das músicas dos rádios e televisores e, embora se possa afirmar que o quarto de hotel isola o hóspede como se estivesse no recesso do lar, a estrutura que obtém, pela adaptação comercial, é diferente pelo intuito mercantilista, o que outorga conotação de público. O sujeito dorme em casa em lençóis e não paga por isso; no hotel a diária leva isso em consideração, como também a oferta de banhos e etc. O rádio é um serviço colocado à disposição

para o público e não um equipamento próprio do hóspede e, por isso, o caráter coletivo (frequência). Não há, pois, motivo para divergir da sólida jurisprudência existente sobre o tema.

Quanto ao valor da taxa, muito embora o autor tenha afirmado que levou em conta a média de ocupação da época, segundo pesquisa realizada por instituto de primeira linha (fls. 10/11), sendo certo que a administração do hotel também não demonstrou por meio de documentos a capacidade de hospedagem pelos livros caixas e de movimentação diária no período, **faz-se necessário determinar que a apuração se faça em liquidação de sentença, levando-se em consideração a média de efetiva utilização dos aparelhos de rádios disponibilizados nos quartos do hotel**, como, aliás, já assentou o colendo STJ [REsp 85188 - RJ, Relator Ministro Barros Monteiro, DJ de 17.12.99, REsp 89601 - RS, Relator Ministro Eduardo Ribeiro, DJ de 05.04.1999].

Já com relação ao pedido de **inclusão das retribuições vincendas ao longo do trâmite processual**, o STJ também já se manifestou a respeito, como se observa da ementa abaixo transcrita:

"*PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ECAD. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. INOCORRÊNCIA. REEXAME DE MATÉRIA DE FATO.* ***INCLUSÃO DAS PRESTAÇÕES VINCENDAS. DIREITOS AUTORAIS. POSSIBILIDADE****. PRECEDENTES. AUSÊNCIA DE ARGUMENTOS CAPAZES DE AFASTAR AS CONCLUSÕES DA DECISÃO AGRAVADA.*

1. Não verificada a ocorrência de inversão do ônus da prova na hipótese em que o Tribunal de origem determina ao réu demonstração de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

2. Inviável a análise da pretensão recursal de verificação da insuficiência da prova apresentada pelo autor, por óbice da Súmula 7/STJ.

3. Em direitos autorais, é possível a inclusão no pedido das parcelas vincendas no curso da ação de cobrança. Precedentes.

4. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO" [AgRg no Ag nº 1182189 SP, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, DJe de 29.02.2012.

Contudo, o termo *a quo* para cobrança das mensalidades é a data em que o infrator tomou conhecimento da violação do direito, ou seja, da data em que notificado para tal fim e que no caso ocorreu no dia 07.02.2012 [fl. 52] e não desde março de 2007 [cadastro do usuário], como afirmado pelo ECAD.

A questão é polêmica, valendo acrescentar que não se desconhece os termos do REsp nº 1.168.336 - RJ, relatado pela Ministra Nancy Andrighi [j. em 03.02.2011], cuja ementa se reproduz a seguir:

"*CIVIL E PROCESSO CIVIL. DIREITO AUTORAL. PRESCRIÇÃO. DIES A QUO. PRAZO. NOVO CÓDIGO CIVIL. REGRA DE TRANSIÇÃO DO*

Acesso ao Sumário

ART. 2.028. CONTAGEM.

1. O art. 189 do CC/02 consagrou o princípio da actio nata, fixando como dies a quo para contagem do prazo prescricional a data em que nasce o direito subjetivo de ação por violação de direito, independentemente da efetiva ciência da vítima.

2. O art. 131 da Lei nº 5.988/73 revogou o art. 178, § 10, VII, do CC/16, pois regulou inteiramente a matéria tratada neste.

3. Revogada a Lei nº 5.988/73 pela Lei nº 9.610/98 e como o art. 111 da lei revogadora (que dispunha sobre prazo prescricional) foi vetado, a matéria atinente à prescrição das ações relacionadas a direitos autorais patrimoniais passou a ser regida pelo art. 177 do CC/16, aplicando-se o prazo prescricional de 20 anos, visto que não houve previsão expressa de repristinação do art. 178, § 10, VII, do CC/16, conforme exige o art. 2º, § 3º, da LICC.

4. O CC/02 não prevê um prazo prescricional específico para a violação de direitos do autor, de sorte que, com o seu advento, a matéria passou a ser regulada pelo art. 206, § 3º, V, que fixa um prazo prescricional de 03 anos para a pretensão de reparação civil, dispositivo de caráter amplo, em que se inclui a reparação de danos patrimoniais suportados pelo autor de obra intelectual.

5. Se, pela regra de transição do art. 2.028 do CC/02, há de ser aplicado o novo prazo de prescrição, o marco inicial de contagem é o dia 11.01.2003, data de entrada em vigor do novo Código Civil, e não a data do fato gerador do direito. Precedentes.

6. Recurso especial provido".

Respeitado o entendimento da Exma. Sra. Ministra, este Relator acata os termos proferidos no voto vista vencido do Ministro Sidnei Beneti que participou do julgamento, destacando-se abaixo parte da fundamentação:

"*no tocante à prescrição, não há como exigir do lesado que exerça o direito à reparação sem que tenha conhecimento da violação de seu direito. Daí vem a regra lógica do intelecto humano, amparada pela legislação em geral, de que o prazo prescricional corre a partir da data do conhecimento do lesado. É certo que muitas vezes é difícil estabelecer a data precisa e que ocorreu a violação, a partir da qual correrá o prazo prescricional, mas não é menos certo que, também por vezes, é extremamente difícil determinar com certeza a data da ocorrência da própria violação (como ocorre no caso, em que as apostilas não foram comercializadas em lojas, mas vendidas ao público estudantil nas Faculdades), de forma que não é por aí que se vai estabelecer a opção em prol da data da publicação em detrimento da data da ciência do autor, restando, sempre, ambas as matérias, para o inevitável esforço probatório judiciário das partes*".

A respeito da **concessão da tutela inibitória**, novamente não assiste

Acesso ao Sumário

razão ao ECAD. Com efeito, embora se reconheça o direito à tutela do crédito, é necessário que essa prerrogativa se exerça de forma razoável, sem sacrificar os direitos fundamentais do devedor, como o de continuar explorando a sua atividade empresarial. Ademais, no momento processual em que se encontra a demanda, não há a propalada urgência para justificar a tutela.

Neste sentido, elucida a Súmula nº 228 do colendo STJ, a seguir reproduzida que "*é inadmissível o interdito proibitório para a proteção do direito autoral*".

Ademais, impende destacar que a jurisprudência dominante neste Tribunal de Justiça entende a tutela antecipada passível de concessão desde que presentes os requisitos autorizadores do artigo 273 do Código de Processo Civil.

Confira-se o princípio acima expendido em ementa deste Egrégio Tribunal de Justiça, apreciando julgado envolvendo direitos autorais e concessão da tutela pretendida pelo apelante:

"*Direitos Autorais - Resenhas e informações sobre livros publicadas via internet. Concessão de liminar para abstenção do uso, entendendo-se como indevidamente copiadas. Requisitos da liminar cautelar ou da antecipação da tutela não configurados. Ausência do periculum in mora e da verossimilhança da situação jurídica apresentada. Recurso provido para revogar a decisão que concedeu a liminar*" [TJSP - AI nº 194.384-4/8-00 - 1ª Câm. de Direito Privado - Rel. Des. Elliot Akel - j. 24/4/2001 - v.u. Jurid XP, 19ª Ed, Jurispr. Cível, Acórdãos Selecionados, Vol. I].

No mesmo sentido, o STJ ainda não apreciou a questão diretamente, mas incidentalmente já assentou, em abono ao que acima se afirmou, que "*O artigo 105 da Lei nº 9.610/98 pode ser aplicado tanto a requerimento das pessoas dos autores, quanto das associações que os representam ou do escritório central arrecadador. Mas a hipótese concreta deve ser estudada, pois, ao contrário da astreinte também ali citada, a suspensão ou interrupção da exibição não tem caráter coativo, mas meramente protetivo*", a significar, ou induzir ao raciocínio de que a tutela mencionada na Lei dos Direitos Autorais não deve mesmo ser vista isoladamente dos requisitos genéricos da antecipação de tutela ou das liminares em geral, sem que isto acarrete qualquer ofensa aos arts. 28, 29, 68, 90 e 93, da Lei 9.610/98.

No mais, diga-se que o pedido de tutela antecipada perde a razão de ser com o julgamento deste recurso de apelação, uma vez que eventuais recursos especial e extraordinário não terão, a princípio, efeito suspensivo, de modo que o ECAD poderá desde logo iniciar a execução deste Acórdão.

Anota-se, por fim, que o ECAD não pleiteou a cobrança da multa prevista no art. 109 da LDA, no valor de 20 vezes a condenação imposta, como regularmente o faz, sendo de se observar que sobre o assunto esta

Acesso ao Sumário

Turma Julgadora tem posicionamento pacificado no sentido de afastar a sua incidência, em conformidade com o entendimento do STJ [Resp. 439.441 MG, DJ de 10.3.2003, Ministro Aldir Passarinho Júnior]. Este relator, inclusive, já se manifestou sobre o tema na Apelação nº 181.862-4/0, publicado na RT 847/187 cuja ementa transcreve-se:

"*Direitos autorais - Considerando que a multa correspondente a vinte vezes o quantum devido, pelo não recolhimento de direitos autorais, surge como penalidade exagerada, é de se ter, a exemplo do que já decidiu o colendo STJ no Resp. 439.441 MG, como inaplicável a sanção do art. 109, da Lei 9610/98, sob pena de ser asfixiada a chance de sobrevida comercial da empresa de entretenimento que não recolhe, previamente, os direitos autorais pelo espetáculo musical promovido - Não provimento*".

Isso posto, DÁ-SE PROVIMENTO, EM PARTE, ao recurso para julgar a ação parcialmente procedente, autorizada a cobrança dos direitos autorais, cujo valor se apurará em liquidação de sentença, a contar da data em que o réu tomou conhecimento da violação [07 de fevereiro de 2012], sem incidência da tutela inibitória prevista no art. 105 da Lei 9.610/98. Em face da sucumbência recíproca, as custas e despesas processuais deverão ser divididas proporcionalmente, determinando-se que cada parte arque com os honorários de seus patronos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1053660-92.2014.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes SUL AMÉRICA COMPANHIA DE SEGURO SAÚDE e QUALICORP ADMINISTRADORA DE BENEFICIOS S/A, é apelada SUELI CELIA DA SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram as preliminares, deram provimento ao recurso da corré Sul América e deram parcial provimento ao recurso da corré Qualicorp. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto n° 21121)**

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

São Paulo, 19 de agosto de 2015.

NEVES AMORIM, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: PLANO DE SAÚDE - AÇÃO COMINATÓRIA - PRELIMINAR DE MÉRITO - PRESCRIÇÃO ÂNUA - NÃO APLICÁVEL AO CASO - INCIDÊNCIA DA PRESCRIÇÃO DECENAL - PRETENSÃO FUNDADA NA ABUSIVIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL - PRELIMINAR REJEITADA.

REAJUSTE POR FAIXA ETÁRIA (59 ANOS) - CONTRATO DE ADESÃO SUBMETIDO AOS DITAMES DA LEGISLAÇÃO CONSUMERISTA - IMPOSIÇÃO DE ÍNDICE DE REAJUSTE QUE OBEDECE AOS PARÂMETROS ESTABELECIDOS PELA RESOLUÇÃO 63/2003 DA ANS - PRECEDENTES DESTE TJ E DO STJ - REFORMA DA R. SENTENÇA PARA JULGAR A DEMANDA IMPROCEDENTE.

PRELIMINAR REJEITADA.

RECURSO DA RÉ SUL AMÉRICA PROVIDO E DA CORRÉ QUALICORP PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra sentença que julgou parcialmente procedente a presente ação cominatória (fls. 396/402).

Insurge-se a ré Sul América (fls. 407/432) reiterando os termos da contestação e em síntese, alegando que os reajustes aplicados ao prêmio em função da faixa etária são legais, em consonância com as disposições da Lei 9.656/98 como no que concerne à Resolução Normativa 63/03 da Agência Nacional de Saúde Suplementar. Argumenta que inexiste violação aos ditames do Código de Defesa do Consumidor.

A corré Qualicorp (fls. 435/454) também recorre, alegando prescrição da ação, visto que ultrapassado o prazo consoante dispõe o artigo 206, § 1º, inciso II, alínea "b" do Código Civil. No tocante ao mérito pugna pelo decreto de improcedência, pois corretos os reajustes incidentes no contrato, estando em consonância com o estabelecido pela ANS, sendo de plena ciência da autora. Argumenta que o aumento da sinistralidade e a necessidade de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro também referendam o reajuste cabendo a sua manutenção.

Regularmente processada, vieram aos autos contrarrazões (fls. 473/484).

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Cuida-se de ação ordinária c.c. repetição de indébito proposta pelo recorrido, visando a declaração de nulidade da cláusula que prevê reajuste de cerca de 131,73% sobre a mensalidade aos 59 anos e o reembolso dos valores pagos a maior.

O pedido fora julgado parcialmente procedente declarando nula citada cláusula contratual.

Em que pese o posicionamento do insigne prolator da sentença recorrida, os recursos merecem provimento.

Observo, inicialmente, que a hipótese dos autos encerra relação de consumo, sendo de rigor, portanto, a incidência da Lei nº 8.078/90, conforme pacífico entendimento do Superior Tribunal de Justiça retratado pelo enunciado da Súmula 469, vazada nos seguintes termos: "***Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde.***"

Incontroverso nos autos que a recorrida é titular de plano de saúde mantido pelas apelantes desde 10.02.2011 (fls. 273), como também é incontroverso o reajuste aplicado em razão da mudança da faixa etária, sendo que a mensalidade do plano passou de R$ 539,28 (10.04.2014) para R$ 1.249,63 (10.05.2014).

Passadas as considerações pertinentes sobre o caso, cumpre analisar a alegação relativa à prescrição.

Sobre o tema, como o centro do debate é a abusividade de cláusula contratual, por reajuste em decorrência de mudança de faixa etária, é cabível a aplicação do prazo prescricional de 10 (dez) anos, conforme estabelecido no artigo 205 do Código Civil.

Neste sentido é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

"*PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. PLANO DE SAÚDE. INTERESSE INDIVIDUAL INDISPONÍVEL. REAJUSTE. CLÁUSULA ABUSIVA. PRESCRIÇÃO. ART. 27 DO CDC.* ***INAPLICABILIDADE. LEI 7.347/85 OMISSA. APLICAÇÃO DO ART. 205 DO CC/02. PRAZO PRESCRICIONAL DE 10 ANOS****. RECURSO NÃO PROVIDO. (...) 2. Aos contratos de plano de saúde, conforme o disposto no art. 35-G da Lei 9.656/98, aplicam-se as diretrizes consignadas no CDC, uma vez que a relação em exame é de consumo, porquanto visa a tutela de interesses individuais homogêneos de uma coletividade. 3. A única previsão relativa à prescrição contida no diploma consumerista (art. 27) tem seu campo de aplicação restrito às ações de reparação de danos causados por fato do produto ou do serviço, não se aplicando, portanto, à hipótese dos autos, em que se discute a abusividade de cláusula contratual. 4. Por outro lado, em sendo o CDC lei especial para as relações de consumo as quais não deixam de ser, em sua essência, relações civis e o CC, lei geral sobre direito civil, convivem ambos os diplomas legislativos no mesmo sistema, de modo que, em casos de omissão da lei consumerista, aplica-se o CC. 5. Permeabilidade do*

Acesso ao Sumário

CDC, voltada para a realização do mandamento constitucional de proteção ao consumidor, permite que o CC, ainda que lei geral, encontre aplicação quando importante para a consecução dos objetivos da norma consumerista. 6. Dessa forma, frente à lacuna existente, tanto na Lei 7.347/85, quanto no CDC, no que concerne ao prazo prescricional aplicável em hipóteses em que se discute a abusividade de cláusula contratual, e, considerando-se a subsidiariedade do CC às relações de consumo, deve-se aplicar, na espécie, o prazo prescricional de 10 (dez) anos disposto no art. 205 do CC. 7. Recurso especial não provido." (Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. Resp nº 995.995/DF. Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI. j. 19.08.2010).

Assim, merece ser afastada a preliminar de prescrição ânua.

No mérito, vislumbra-se que o reajuste do prêmio em razão da idade é plenamente justificável em virtude do agravamento do risco. Por se tratar de contrato de execução continuada, evidente que o aumento da mensalidade deve ocorrer para manter o equilíbrio da relação contratual, pois, com o avanço da idade do beneficiário, maior é a probabilidade de ter problemas de saúde e utilizar com mais frequência os serviços médicos prestados.

Logo, o aumento da idade é acompanhado do aumento do prêmio.

Todavia, o reajuste e variação das contraprestações pecuniárias devem obedecer aos critérios e às determinações previstas na Lei nº 9.656/98 (Lei dos Planos e Seguros Privados de Assistência à Saúde), na Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), além das resoluções normativas expedidas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, notadamente a Resolução Normativa nº 63 da ANS. Além disso, não podem prever índices considerados extremamente onerosos e desarrazoados.

Desta forma se posicionou o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp 866.840/SP, interposto em ação civil pública proveniente do Estado de São Paulo:

"***DIREITO CIVIL. CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CLÁUSULA DE REAJUSTE POR MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. INCREMENTO DO RISCO SUBJETIVO. SEGURADO IDOSO. DISCRIMINAÇÃO. ABUSO A SER AFERIDO CASO A CASO. CONDIÇÕES QUE DEVEM SER OBSERVADAS PARA VALIDADE DO REAJUSTE.***

1. *Nos contratos de seguro de saúde, de trato sucessivo, os valores cobrados a título de prêmio ou mensalidade guardam relação de proporcionalidade com o grau de probabilidade de ocorrência do evento risco coberto. Maior o risco, maior o valor do prêmio.* ***2. É de natural a constatação que quanto mais avançada a idade da pessoa, independentemente de estar ou não ela enquadrada legalmente como idosa, maior é a probabilidade de contrair problema que afete sua saúde. Há uma relação direta entre incremento de faixa etária e aumento de risco de a pessoa vir a necessitar de serviços de assistência médica.*** *3. Atento a tal circunstância, veio o*

Acesso ao Sumário

legislador a editar a Lei Federal nº 9.656/98, rompendo o silêncio que até então mantinha acerca do tema, preservando a possibilidade de reajuste da mensalidade de plano ou seguro de saúde em razão da mudança de faixa etária do segurado, estabelecendo, contudo, algumas restrições e limites a tais reajustes. 4. Não se deve ignorar que o Estatuto do Idoso, em seu art. 15, § 3º, veda 'a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade'. Entretanto, a incidência de tal preceito não autoriza uma interpretação literal que determine, abstratamente, que se repute abusivo todo e qualquer reajuste baseado em mudança de faixa etária do idoso. ***Somente o reajuste desarrazoado, injustificado, que, em concreto, vise de forma perceptível a dificultar ou impedir a permanência do segurado idoso no plano de saúde implica na vedada discriminação. Violadora da garantia da isonomia. 5. Nesse contexto, deve-se admitir a validade de reajustes em razão da mudança de faixa etária, desde que atendidas certas condições, quais sejam: a) previsão no instrumento negocial; b) respeito aos limites e demais requisitos estabelecidos na Lei Federal nº 9.656/98; e c) observância ao princípio da boa-fé objetiva, que veda índices de reajuste desarrazoados ou aleatórios, que onerem em demasia o segurado****. 6. Sempre que o consumidor segurado perceber abuso no aumento de mensalidade de seu seguro de saúde, em razão de mudança de faixa etária, poderá questionar a validade de tal medida, cabendo ao Judiciário o exame da exorbitância, caso a caso. 7. Recurso especial provido.*" (4ª Turma, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, j. 07/06/2011)" - g.n.

"*RECURSO ESPECIAL.* ***DIREITO DO CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. CLÁUSULA DE REAJUSTE POR MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. POSSIBILIDADE. SEGURADO IDOSO. DISCRIMINAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. CONDIÇÕES OBSERVADAS PARA VALIDADE DO REAJUSTE****. RECURSO DESPROVIDO. 1. Nos contratos de seguro de saúde, de trato sucessivo, os valores cobrados a título de prêmio ou mensalidade guardam relação de proporcionalidade com o grau de probabilidade de ocorrência do evento risco coberto. Maior o risco, maior o valor do prêmio. 2. É de natural constatação que quanto mais avançada a idade da pessoa, independentemente de estar ou não ela enquadrada legalmente como idosa, maior é a probabilidade de contrair doença. Há uma relação direta entre incremento de faixa etária e aumento de risco de a pessoa vir a necessitar de serviços de assistência médica. 3. Deve- se admitir a validade de reajustes em razão de mudança de faixa etária, desde que atendidas certas condições, quais sejam: a) previsão no instrumento negocial; b) respeito aos limites e demais requisitos estabelecidos na Lei Federal nº 9.656/98; e c) observância do princípio da boa-fé objetiva, que veda índices de reajuste desarrazoados ou aleatórios, que onerem em demasia o segurado. 4. Tanto os contratos individuais/familiares denominados antigos, isto é, firmados antes de 2 de janeiro de 1999 e não adaptados à Lei 9.656/98, quanto os contratos firmados após referida data e os adaptados a novel legislação, deverão prever expressamente as faixas etárias nas quais serão realizados os reajustes. Nos contratos novos, o valor atribuído*

Acesso ao Sumário

a cada prestação de acordo com a faixa etária deve ser previamente informado ao usuário e constar expressamente do instrumento contratual. 5. Em relação aos contratos novos, a Lei 9.656/98, em seu art. 15, determina que caberá à ANS estabelecer as faixas etárias e os percentuais de reajuste incidentes em cada uma delas. Assim, para os contratos firmados entre 2 de janeiro de 1999 e 31 de dezembro de 2003, valem as regras da Resolução do Conselho de Saúde Suplementar - CONSU nº 6, de 3 de novembro de 1998, que determina: observância de sete faixas etárias, de modo que o valor fixado para a última faixa etária não pode ser superior a seis vezes o previsto para a primeira; a variação de valor na contraprestação não poderá atingir o usuário com mais de 60 anos que participe de um plano ou seguro há mais de dez anos. ***Já para os ajustes firmados a partir de 1º de janeiro de 2004, incidem as regras da Resolução Normativa - RN nº 63, de 22 de dezembro de 2003, que prescreve: observância de dez faixas etárias, a última aos 59 anos; o valor fixado para a última faixa etária não pode ser superior a seis vezes o previsto para a primeira; a variação acumulada entre a sétima e décima faixas não pode ser superior à variação cumulada entre a primeira e sétima faixas.*** *6. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, desprovido.*" (REsp 646.677/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 09/09/2014, DJe 18/09/2014) g.n.

Pois bem. O artigo 3º da citada Resolução estipula os parâmetros que as operadoras de saúde deverão observar para adoção de variação de preço por faixa etária nos planos privados de assistência à saúde contratados a partir de 1º de janeiro de 2004, encontrando-se assim redigido:

"*Art. 3º Os percentuais de variação em cada mudança de faixa etária deverão ser fixados pela operadora, observadas as seguintes condições:*

I - o valor fixado para a última faixa etária não poderá ser superior a seis vezes o valor da primeira faixa etária;

II - a variação acumulada entre a sétima e a décima faixas não poderá ser superior à variação acumulada entre a primeira e a sétima faixas.

III as variações por mudança de faixa etária não podem apresentar percentuais negativos. *(Incluído pela RN nº 254, de 06/05/2011).*"

No caso em tela, a variação acumulada dos reajustes respeita os parâmetros acima descritos, inclusive quanto ao item I, já considerando a variação de fls. 425.

Desta forma, respeitado o entendimento do MM. Juiz *a quo*, mesmo entendendo que para o autor o reajuste se faz muito superior ao aplicado, já estava contratualmente disposto e não encontra impedimento no ordenamento jurídico para a sua aplicação, razão pela qual modifico a sentença para julgar improcedente a demanda.

A questão não é nova e já foi objeto de reiteradas decisões nesta Corte de Justiça, bem como no Superior Tribunal de Justiça. Confira-se:

Acesso ao Sumário

"*Ementa:* ***Civil - Plano de Saúde - Aumento que é superior ao sêxtuplo do valor previsto no contrato para a primeira faixa etária - Infringência à Resolução Normativa nº 63 da ANS - Cláusula que não é abusiva, na medida em que prevê os reajustes em conformidade com o que disciplina a norma regulatória - Dano moral - Descabimento - Mero dissabor cotidiano - Sentença mantida - Recursos improvidos.***" (Ap. Cível nº 0020007-53.2013.8.26.0003, Rel. Des. LUIZ ANTONIO COSTA, 7ª Câm. de Direito Privado, j. 25/06/2014).

"*Ementa:* ***PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE POR FAIXA ETÁRIA (59 anos). Possibilidade prevista na Lei 9.656/98 e regulamentada pela Resolução 63 da ANS. Previsão expressa no contrato celebrado entre as partes. Reajuste de 119,26%. Abusividade reconhecida. Inobservância da Resolução Normativa 63 da ANS. Excedente que deverá ser reembolsado. Devolução dos valores pagos na forma simples a partir da citação da ré. Danos moral não configurado. Sucumbência recíproca. Recurso provido em parte.***" (Ap. Cível 4013200-18.2013.8.26.0562, Rel. Des. Milton Carvalho, 4ª Câm. de Direito Priva, j. 04/09/2014).

"*Ementa:* ***PLANO DE SÁUDE. Suposta abusividade de reajuste contratual de mensalidade por mudança de faixa etária, aos 59 anos. Reajuste, em tese, justificado. Manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos. Necessidade de maior assistência médico-hospitalar com o aumento da idade. Elevação do risco do contrato. Ademais, consoante a Lei 9.656/98 e o Estatuto do Idoso, não haverá mais reajuste por faixa etária após os sessenta anos. Percentual de acréscimo descrito com clareza no contrato. Percentual, contudo, que merece pontual acerto para adequá-lo ao que prevê a Resolução Normativa 623/2003 da ANS. A variação cumulada entre a sétima e a décima faixas etárias (44 anos até a idade acima de 59) não deve ser superior à variação acumulada da primeira à sétima faixas (dos zero aos 44 anos), consoante o art. 3º, II, da Resolução. Todavia, na hipótese, verifica-se um excesso de 8,66%. Redução, assim, do reajuste aplicado, de 78,32% para 69,66%, expurgando-se o excesso constatado. Multa cominatória de R$ 5.000,00 por dia, arbitrada ao descumprimento da tutela antecipada, que perdeu seu objeto em função da revogação da medida antecipatória. Nova multa, ora arbitrada ao eventual descumprimento de aplicação do novo percentual de reajuste, em R$ 100,00 por dia, limitada ao valor de uma mensalidade a cada mês de atraso. Ação procedente em parte. Apelo provido em parte.***" (Ap. 0197383-31.2010.8.26.0100, Rel. Des. PAULO EDUARDO RAZUK, 1ª Câm. De Direito Privado, j. 23/09/2014).

Diante da reforma, constatada improcedência da lide, cabe a autora as custas, as despesas processais e os honorários advocatícios que arbitro em R$3.000,00.

Acesso ao Sumário

Assim, pelo meu voto, rejeito a preliminar, dou provimento ao recurso da ré Sul América e dou parcial provimento ao recurso da corré Qualicorp.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0026243-55.2011.8.26.0564, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é apelante JUCA MARMORES E GRANITOS LTDA., são apelados CIBELE OLIVEIRA DE ANDRADE (E OUTROS(AS)) e JOSIMAR OLIVEIRA DE ANDRADE.

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 12094)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GRAVA BRAZIL (Presidente sem voto), SILVÉRIO DA SILVA e LUIZ AMBRA.

São Paulo, 2 de setembro de 2015.

PEDRO DE ALCÂNTARA DA SILVA LEME FILHO, Relator

Ementa: Apelação. Ação de indenização por danos materiais e morais em imóvel, decorrentes de vazamento. Sentença de parcial procedência. Inconformismo da ré. Inversão do ônus da prova corretamente aplicado, ante a verossimilhança e a hipossuficiência dos autores (art. 6º, inciso VII, do CDC). Cabia à apelante provar que não houve falha na prestação dos serviços de seus funcionários, os quais estiveram no imóvel, ônus do qual não se desincumbiu. Sentença mantida por seus próprios fundamentos. Recurso não provido.

VOTO

Apelação interposta contra a sentença de fls. 190/200, cujo relatório se adota, que julgou parcialmente procedente a ação de indenização por danos materiais e morais, movida por Cibele Oliveira de Andrade e Josimar Oliveira de Andrade em face de Juca Mármores e Granitos Ltda., para condenar a ré a restituir aos autores a quantia de R$ 9.200,00, acrescido de correção monetária pela Tabela Prática do TJSP desde o desembolso, e juros de mora de 1% ao mês desde a citação. Condenou a ré ao pagamento das custas, despesas processuais

Acesso ao Sumário

e honorários advocatícios, fixados em 10% do valor da condenação, nos termos do art. 20, § 3º, do CPC.

A ré apela e pugna pela reforma da sentença, pelas razões apresentadas às fls. 202/211.

Recurso tempestivo, preparado (fls. 212), recebido no duplo efeito (fls. 213) e não respondido (fls. 213 verso).

É o relatório.

Em que pesem os argumentos da apelante, o recurso não comporta provimento, sendo o caso de manter a r. sentença por seus próprios e bem deduzidos fundamentos, os quais ficam inteiramente adotados como razão de decidir, nos termos do art. 252 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça, que estabelece: "*Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la*".

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

Primeiramente, cabe ressaltar que no caso vertente foi corretamente invertido o ônus da prova.

Conforme dispõe o art. 6º, inciso VII, do CDC, o consumidor tem 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*" (grifo nosso). No caso dos autos, existe tanto a verossimilhança das alegações, quanto a condição de hipossuficiência dos apelados, mas bastava uma delas.

Acesso ao Sumário

Sobre o tema, anote-se a lição de ANTÔNIO HERMAN V. BENJAMIN, CLAUDIA LIMA MARQUES e LEONARDO ROSCOE BESSA, na obra *Manual de direito do consumidor*, 3ª edição, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2010, pág. 76:

"*[...] Note-se também que a partícula 'ou' bem esclarece que, a favor do consumidor, pode o juiz inverter o ônus da prova quando apenas uma das duas hipóteses está presente no caso. Não há qualquer outra exigência no CDC - sendo assim, ao juiz é facultado inverter o ônus da prova inclusive quando esta*

prova é difícil mesmo para o fornecedor, parte mais forte e expert na relação, pois o espírito do CDC é justamente de facilitar a defesa dos direitos dos consumidores e não o contrário, impondo provar o que é em verdade o 'risco profissional' ao - vulnerável e leigo - consumidor.".

Nesse sentido, bem assinalou a sentença:

"*[...] Diante da natureza consumerista da relação firmada entre as partes e da hipossuficiência dos autores, aplicáveis ao caso os preceitos inscritos no Código de Defesa do Consumidor, sendo imperiosa, verificada a verossimilhança das aduções inaugurais, a aplicação do princípio que impõe a inversão do ônus probatório em seu favor.*

Diante da inversão do ônus da prova, caberia a ré comprovar a inexistência do defeito mencionado pelo requerente na inicial, ou a realização dos devidos reparos, ônus do qual não se desincumbiu."

Ademais, contrariamente ao afirmado pela apelante, os apelados não deixaram de produzir provas dos direitos invocados, ao contrário, trouxeram documentos de fls. 17/134, todos elencados na sentença (fls. 144/145), que eram indícios das alegações iniciais, bem como foi produzida prova oral nesse sentido durante a instrução.

Por outro lado, a apelante mostra-se contraditória nos argumentos contidos nas razões de recurso. De um lado afirma que *sequer tinha água ligada no imóvel*, e por isso seus funcionários não poderiam ter deixado água jorrando no apartamento, razão pela qual não haveria como admitir a decisão proferida. De outro lado, contudo, aduz que "*Como informado em defesa, não duvida de que realmente o apartamento dos Apelados tenha sofrido este infortúnio do vazamento, que causou o alagamento originário de inúmeros prejuízos materiais aos mesmos. Entretanto, de se notar que, nos autos, inexiste qualquer prova de fato que possa impingir a culpa do ato em questão, aos funcionários da empresa Apelante.*" (grifo nosso).

Ora, se houve vazamento, por óbvio que havia água, restando apenas a questão da responsabilidade para ser averiguada.

Também alega a apelante que "*em momento algum ficou em posse das chaves do imóvel*", as quais ficavam em poder do mestre de obras, pessoa que não tinha o controle quanto à "*entrada e saída das pessoas nos apartamentos*", e por outro lado sustenta que "*COM CERTEZA os funcionários da Apelante NÃO FORAM OS ÚNICOS QUE LÁ ADENTRARAM*".

Como já mencionado, cabia à apelante provar que não houve falha na prestação dos serviços de seus funcionários, que estiveram no imóvel.

Nesse sentido, bem assinalou a sentença, valendo transcrever o seguinte excerto:

"*[...] Somente uma testemunha foi arrolada pelo requerido, e prestou*

Acesso ao Sumário

depoimento com o seguinte teor:

'É empregado da ré e os autores contrataram serviço de instalação do lavatório, mas forneceram endereço para medição incorreto, o que fez com que o produto confeccionado não se encaixasse ao banheiro deles. Não costumam mexer na parte hidráulica. Só fazem as instalações se ela estiver 'desplugada'. O lavatório anterior foi deixado no próprio apartamento. Iam refazer o lavatório que estava errado, mas os clientes não quiseram mais e o dinheiro foi devolvido a eles. Não se lembra se esteve no apartamento dos autores. As informações prestadas foram obtidas do instalador que foi até o apartamento dos autores. Não sabe se alguém da empresa foi até o apartamento dos autores após a notícia do vazamento da água no local. Tanto o medidor quanto o instalador são funcionários da marmoraria-ré. Quem retirou a pia anterior foi o instalador.' (MARCELO EDUARDO STAMATO).

Tal depoimento confirma que um instalador da ré foi até o apartamento dos autores a fim de retirar a pia que estava no lavabo e colocar a nova pia adquirida pelos requerentes que, no entanto, não 'encaixou' no espaço reservado para tanto. Não é relevante para o deslinde da questão saber de quem foi a culpa pela medição errada. O fato é que o instalador esteve presente no local dos fatos e retirou a pia que estava instalada no banheiro em 31 de março de 2011, o que é confirmado na contestação e no depoimento acima transcrito.

Pois bem.

As fotos juntadas aos autos retratam: a retirada da pia do lavabo que foi entregue junto com o imóvel (fls. 38/39); o vazamento de água do cano da pia do lavabo (fls. 40/42); o alagamento do imóvel (fls. 43/47, 52/53, 56, 71/72); os danos causados à pintura e ao rodapé (fls. 48/51, 54, 57/65, 73/75, 79); os danos causados ao piso (fls. 76/78, 80/109).

As fotos foram tiradas em 09 de abril de 2011, dez dias após a ida dos funcionários da ré ao apartamento. Diante da natureza consumerista da relação firmada entre as partes e da hipossuficiência dos autores, aplicáveis ao caso os preceitos inscritos no Código de Defesa do Consumidor, sendo imperiosa, verificada a verossimilhança das aduções inaugurais, a aplicação do princípio que impõe a inversão do ônus probatório em seu favor.

Diante da inversão do ônus da prova, caberia a ré comprovar a inexistência do defeito mencionado pelo requerente na inicial, ou a realização dos devidos reparos, ônus do qual não se desincumbiu.

Assim, conclui-se que a requerida é, de fato, responsável por parte dos danos narrados na exordial [...]".

Por tal razão a ação foi, acertadamente, julgada parcialmente procedente. Os ressarcimentos devidos são relativos aos danos comprovados (mofo e deformação dos pisos e rodapés de madeira, em razão da umidade excessiva -

Acesso ao Sumário

fls. 110) e aos reparos na pintura (fls. 112/115), excluídos aqueles relacionados aos móveis, meses de aluguel e danos morais, nos termos da sentença, que agora, em sede de recurso, fica mantida pelos seus jurídicos e bem lançados fundamentos.

Por derradeiro, anote-se Theotonio Negrão:

"*O juiz não está obrigado a responder todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundamentar a decisão, nem se obriga a ater-se aos fundamentos indicados por elas e tampouco a responder um a um todos os seus argumentos (JTJ 259/14). No mesmo sentido RJM 189/207 (AP 1.0024.06.121691-7/001.)*" (*in* Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 44ª edição, Editora Saraiva, 2012, pág. 520).

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, pelo meu voto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0005368-30.2013.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes/apelados C.R.S.C. e S.C., são apelados/apelantes D.E.E.P.P., M.W.V. e P.L.F.C.

ACORDAM, em 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso dos réus e negaram provimento ao recurso dos autores, com observação. V.U. SUSTENTAÇÃO ORAL DO DR. ALEXANDRE FIDALGO.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33118)**

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

São Paulo, 1 de setembro de 2015.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL - Dano moral - Notícias divulgadas em página eletrônica - Dano moral indenizável não caracterizado - Reportagem que guardava interesse público e nada

Acesso ao Sumário

teve de inverídico - Informações retiradas de processo, cuja tramitação, em princípio, é pública - Ausência, ademais, de violação ao dever de sigilo previsto no art. 72, §2°, da Lei n° 8.906/94 - Hipótese em que não se extrapolaram os limites de uma informação objetiva - Ausência de propósito ofensivo a ponto de macular a honra dos autores - Exercício regular do direito de informar verificado - Ocorrência de dano moral indenizável de que não se cogita - Ação improcedente - Levantamento de valor recolhido a maior a título de preparo pelos réus a ser feito pelas vias próprias - Recurso dos réus provido e recurso dos autores desprovido, com observação.

VOTO

Trata-se de apelações da sentença de fls. 661/664 (objeto de embargos de declaração rejeitados a fls. 702/703), em que foi julgada procedente em parte "ação de obrigação de fazer c/c reparação por danos morais, com pedido de tutela antecipada" (fls. 2) ajuizada por C.R.S.C. e S.C. contra D.E e J.L., M.W.V. e P.L.D.C. "para determinar a retirada do site '(...)' quaisquer *links* que permitam o acesso às peças do procedimento de representação movido contra o primeiro autor, sob pena de multa, e sem prejuízo da aplicação do art. 461, do CPC, ao caso; simultaneamente para condená-los solidariamente a pagar a quantia de R$ 15.000,00 cada qual dos requerentes, devidamente atualizada pela Tabela Judicial e com juros legais (1% ao mês) desde a publicação da sentença, reparando assim o prejuízo moral sofrido" (fls. 664). Foi reconhecida a sucumbência recíproca. Inconformados, apelaram os autores, alegando que os réus teriam publicado na página eletrônica "(...)" matérias de cunho ofensivo às honras objetiva e subjetiva, requerendo sua retirada, bem como a de qualquer referência a seu nome. Aduziram ter restado evidente a intenção dos réus de macular sua imagem. Pleitearam, assim, a condenação dos réus no pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 200.000,00 para cada e a determinação de retratação pelos réus, sob pena de multa de R$ 500.000,00. Foi providenciado o recolhimento do preparo. Oferecidas contrarrazões, apelaram os réus, sustentando que o dever de sigilo de procedimento administrativo somente deveria ser observado pelas partes e serventuários envolvidos no procedimento. Afirmaram inocorrência de qualquer prática de ato ilícito ou abuso de direito. Aduziram, ainda, terem agido no exercício regular de direito. Na hipótese de condenação, requereram a redução da verba indenizatória fixada na sentença. Pleitearam, ainda, a condenação dos autores no pagamento dos honorários advocatícios ao corréu M.W.V.., bem como a aplicação do art. 4°, II, §2°, da Lei

Acesso ao Sumário

Estadual n° 11.608/03. Foi providenciado o recolhimento do preparo. Oferecidas contrarrazões, foram os autos remetidos à 3ª Câmara de Direito Privado desta Corte e, de lá, encaminhados a esta Câmara.

É o relatório, adotado, quanto ao restante, o da sentença apelada.

Segundo se nota, sob a alegação de que os réus teriam veiculado artigos no "site" (...), em que desferiram ataques pessoais aos autores, foi ajuizada a presente demanda, pretendendo a condenação dos réus no pagamento de indenização por danos morais, bem como a retirada de qualquer referência aos autores no artigo intitulado "(...)", a retirada dos artigos intitulados "(...)", "(...)" e "(...)" da página eletrônica, a abstenção pelos réus de publicação de "notícia ou matéria com a intenção e o propósito de atingir a imagem e difamar a honra profissional dos Autores" (fls. 37), e a retirada do artigo "(...)" e do *link* com acesso à petição dessa representação.

É sabido que "*A responsabilidade civil decorrente de abusos perpetrados por meio da imprensa abrange a colisão de dois direitos fundamentais: a liberdade de informação e a tutela dos direitos da personalidade (honra, imagem e vida privada). A atividade jornalística deve ser livre para informar a sociedade acerca de fatos cotidianos de interesse público, em observância ao princípio constitucional do Estado Democrático de Direito; contudo, o direito de informação não é absoluto, vedando-se a divulgação de notícias falaciosas, que exponham indevidamente a intimidade ou acarretem danos à honra e à imagem dos indivíduos, em ofensa ao fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana*" (REsp. nº 818.764 - ES, 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, v. un., Rel. Min. Jorge Scartezzini, em 15/2/07, DJ de 12/3/07, pág. 250).

Segundo se observa, não há nos autos elementos a demonstrar a caracterização de dano moral indenizável efetivamente suportado pelos autores.

Assim é que a notícia juntada a fls. 102/104 em momento algum refere-se a C.R.S.C. ou S.C.A. como representantes das partes no processo ali descrito. Somente faz menção a um documento acostado àqueles autos que teria a assinatura do coautor C.R.S.C. e a um ofício encaminhado pelo STJ à OAB para apuração de eventuais irregularidades na sua atuação.

Quanto às notícias copiadas a fls. 115/118, 162/164 e 165/166, nota-se que as informações ali constantes apenas reproduziram parte do conteúdo de processos, cuja tramitação goza de publicidade.

Conforme anotado na sentença, "As notícias publicadas possuíam conteúdo verídico e não questionaram ou emitiram juízo de valor quanto à atuação profissional dos autores; assim, os réus encontravam-se plenamente amparados pelos direitos constitucionais de informar e de exercer seu ofício quando as elaboraram, não restando configurado ato ilícito" (fls. 663).

Acesso ao Sumário

Ademais, no tocante à publicação de fls. 294/295, respeitado o entendimento do Juiz de Direito, não há de falar-se de violação ao dever de sigilo previsto no art. 72, §2°, da Lei n° 8.906/94. Além de ser uma notícia de inegável interesse público - representação movida contra o coautor C.R.S.C. por suposto documento falso elaborado para simular pagamento de dívida -, é certo que a observância do dever de sigilo restringe-se às partes envolvidas, a seus defensores e à autoridade judiciária competente, mas não a terceiros que tiveram conhecimento da existência do referido processo, sem reprodução de suas peças.

Esse, aliás, é *mutatis mutandis*, o entendimento desta Corte:

"Imprensa x direito de personalidade - Autoridade judiciária que pretende inibir a mídia de veicular a denúncia de assédio sexual a que responde por iniciativa de três funcionárias - Inadmissibilidade, sob pena de instaurar a abominada censura - Ruptura do segredo de justiça que não poderá se contido diante do interesse social - Não provimento." (Apelação n° 9111478-21.2004.8.26.0000 - São Paulo, 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Rel. Des. Enio Zuliani, em 25/8/11).

"Apelação Cível. Danos morais. Ação indenizatória. Sentença de improcedência. Matéria de revista que fez referência a inquérito policial no qual a apelante era investigada. Liberdade de manifestação do pensamento e de informação - referências à apelante que descreve informações contidas no inquérito policial e transcreve dizeres de ex-advogado da apelante - animus narrandi. Inobservância do segredo de justiça do inquérito policial - dever de observância pelos agentes públicos e/ou as pessoas com acesso aos autos - inexistência de previsão legal para que o apelado se abstenha de publicar informações sob segredo de justiça. Ausência de responsabilidade pelo 'vazamento' das informações - divulgação amparada pela liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Recurso improvido." (Apelação n° 9156164-64.2005.8.26.0000 - São Paulo, 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Rel. Des. Piva Rodrigues, em 15/3/11).

"Responsabilidade civil. Danos Morais. Imprensa. Legitimidade passiva dos jornalistas que publicaram a matéria. Solidariedade reconhecida. Recurso provido. Responsabilidade civil. Danos Morais. Imprensa. Divulgação de fatos relativos a processo que tramita em segredo de justiça. Simples divulgação do fato sem carga depreciativa insuscetível de gerar indenização por danos morais. Indenização indevida. Recurso improvido, alterado o dispositivo de carência para improcedência do pedido. Agravo retido não conhecido por falta de reiteração." (Apelação n° 9134642-20.2001.8.26.0000 - Campinas, 6ª Câmara de Direito Privado

Acesso ao Sumário

A do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Rel. Hamid Bdine, em 8/11/05).

Constata-se, portanto, que a mera referência, em matéria jornalística, à existência de supostas irregularidades atribuídas aos requerentes, ainda que em fase de apuração, não extrapolou os limites da informação, inexistindo qualquer propósito ofensivo a ponto de ofender-lhes a honra. Assim não fosse, nenhuma informação relativa a representações na Ordem dos Advogados do Brasil contra advogados nela inscritos poderia ser veiculada, ensejando, consequentemente, grave afronta ao direito de informar e à livre manifestação do pensamento e da crítica, indispensáveis à plena atuação dos réus na qualidade de profissionais da imprensa.

De fato, sensacionalismo e tendenciosidade não houve, existindo, tão somente, informação objetiva acerca de fatos relevantes de interesse público. Vale lembrar já ter sido decidido que, constatada a hipótese "*de que se sucedeu tão somente a divulgação de notícias de inegável interesse público, ausente ainda evidência de má-fé ou sensacionalismo infundado, por parte do acusado, resta a constatação da presença de simples animus narrandi, inerente à atividade jornalística*" (Habeas Corpus nº 62.390 - BA, 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, v. un., Rel. Min. Felix Fischer, em 26/9/06, DJ de 23/10/06, pág. 341).

Assim, com o devido respeito, é inviável falar-se de caracterização de condenável abuso do direito de informar, sendo que as notícias relatadas não foram ambíguas e tendenciosas. Houve exercício regular desse direito, não se configurando hipótese em que se possa reconhecer a ocorrência de dano moral indenizável. Em verdade, "*Só é reparável o dano moral que decorra de ato ilícito, o mesmo não ocorrendo com aquele eventualmente causado pelo exercício regular de direito*" (Apelação Cível nº 8.914-4 - São Paulo, 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, v. un., Rel. Des. Aldo Magalhães, em 9/6/99).

In casu, evidenciou-se apenas o *animus narrandi* dos fatos por parte dos requeridos, o que afasta a possibilidade de identificação ao *animus injuriandi vel diffamandi*.

Julga-se, pois, improcedente a presente demanda, devendo arcar os autores com custas, despesas processuais e honorários advocatícios, sendo estes fixados em R$ 4.000,00, nos termos do art. 20, §4°, do Código de Processo Civil.

Por fim, de fato, tratando-se de pedido condenatório, o valor do preparo deve ser calculado com base no valor da condenação e não sobre o valor dado à causa, em consonância com o previsto no art. 4º, § 2º, da Lei Estadual nº 11.608/03 ("*Nas hipóteses de pedido condenatório, o valor do preparo a que se refere o inciso II, será calculado sobre o valor fixado na sentença, se for líquido,*

Acesso ao Sumário

ou, se ilíquido, sobre o valor fixado eqüitativamente para esse fim, pelo MM. Juiz de Direito, de modo a viabilizar o acesso à Justiça, observado o disposto no § 1º"). O levantamento do valor recolhido a maior pelos apelantes deve ser providenciado pelas vias próprias.

Nessas circunstâncias, dá-se provimento ao recurso dos réus e nega-se provimento ao recurso dos autores, com observação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1118702-88.2014.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado SUL AMÉRICA COMPANHIA DE SEGURO SAÚDE, é apelada/apelante CAROLINA EUNICE DAMIN CARR DE MUZIO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento ao recurso da autora e negaram provimento ao recurso da ré. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20650)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DONEGÁ MORANDINI (Presidente) e CARLOS ALBERTO DE SALLES.

São Paulo, 8 de setembro de 2015.

VIVIANI NICOLAU, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. Plano de Saúde. Ação de obrigação de fazer cumulada com danos morais. Procedência. Recursos das partes. Autora portadora de Mieloma Múltiplo. Recomendação médica de tratamento quimioterápico em regime domiciliar. Prescrição do medicamento "Revlimid" (lenalidomida). Exclusão de cobertura. Objeto da avença colocado em risco por disposição contratual. Inadmissibilidade. Afronta ao disposto no art. 51, § 1º, da Lei 8.078/90 e ao princípio da boa-fé. Mitigação do princípio do *pacta sunt servanda* para estabelecer o equilíbrio na relação jurídica existente entre as partes. Matéria consolidada pela Súmula 95 desta Corte e Enunciado 22 desta Câmara. Modificação parcial da sentença, apenas para determinar o fornecimento específico do medicamento "Revlimid", excluída a possibilidade de fornecimento de outros de igual princípio ativo. Cabimento de indenização por danos morais, ante a angústia sofrida pela autora. Mantida a condenação, com indenização arbitrada em R$ 15.000,00. Honorários advocatícios fixados

em R$ 4.000,00, valor razoável, não comportando majoração. Sentença reformada. Recurso da autora provido em parte, negado provimento ao recurso da ré.

VOTO

CAROLINA EUNICE DAMIN CARR DE MUZIO ingressou com ação de obrigação de fazer contra **SUL AMÉRICA COMPANHIA DE SEGURO SAÚDE**, cujo pedido foi julgado ***procedente***, nos termos da r. sentença de fls. 387/391, para condenar a ré ao custeio do tratamento médico da autora referido nos autos, especialmente com a administração do medicamento **Lenalidomida**, até a sua efetiva alta, conforme recomendação médica, confirmando a antecipação dos efeitos da tutela. Também condenou a ré ao pagamento da quantia de R$ 15.000,00, corrigida segundo a tabela prática do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, desde a data de publicação da sentença, e com juros de mora de 1% ao mês, incidentes a partir da data do evento danoso, em razão dos prejuízos morais. A parte vencida foi condenada ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em R$ 4.000,00.

Dois os recursos.

Apela a **ré**, alegando que não há cobertura para medicamentos ministrados fora do regime de internação hospitalar, pelo que não há cobertura para o medicamento indicado para a autora. Defende a legalidade de sua conduta, que possui esteio contratual e legal, e a inexistência de conduta lesiva causadora de dano extrapatrimonial.

Ao fim das razões recursais, pede a reforma do julgado, reconhecendo-se a improcedência do pedido. Caso não seja esse o entendimento, pugna para que eventual reembolso respeite os limites contratuais, e o dano moral seja afastado ou minorado para patamares razoáveis (fls. 400/419).

Devidamente preparado (fls. 420), o recurso foi recebido e contrariado (fls. 466/474).

Apela também a **autora**, alegando que a sentença se referiu apenas ao fornecimento da substância "Lenalidomida", não fazendo menção ao "*Revlimid*", medicamento específico e adequado ao tratamento da autora. Diz que a indenização por danos morais deve ser majorada, para melhor compensação dos abalos vivenciados, e que os honorários advocatícios devem ser revistos e readequados em percentual do valor da causa.

Ao fim das razões recursais, postula a reforma da sentença, para determinar o fornecimento do medicamento "*Revlimid*", sob pena de multa diária, sendo obrigatória a apresentação da nota fiscal de compra do produto; condenar a ré o pagamento de indenização por danos morais em R$ 50.000,00, e arbitrar honorários em 20% sobre o valor da causa (fls. 435/442).

As partes foram intimadas da possibilidade de julgamento virtual, nos

Acesso ao Sumário

termos da Resolução nº 549/2011 e **não manifestaram oposição** (fls. 478).

É O RELATÓRIO.

Trata-se de ação de obrigação de fazer, cumulada com pedido de indenização por danos morais, intentada por beneficiária contra operadora de saúde, em que se discute a obrigatoriedade de fornecimento de tratamento quimioterápico, com prescrição do medicamento "**Revlimid**" ou qualquer outro medicamento necessário, indicado pelo médico especialista, bem como a ocorrência de danos morais em razão da injusta negativa.

A tutela antecipada foi deferida, para determinar o fornecimento do medicamento "**Revlimid**", ou outro com o mesmo princípio ativo, sob pena de incidência de multa (fls. 86).

A ré resiste à pretensão autoral, defendendo a existência de exclusão contratual quanto à cobertura de medicamentos ministrados fora do ambiente hospitalar, e negando a prática de ato ilícito passível de indenização no campo do prejuízo moral.

A r. sentença reconheceu a procedência do pedido, e é desafiada por recursos de ambas as partes.

De início, ressalta-se que a contratação entre as partes e a necessidade do tratamento são questões incontroversas.

O relatório médico indica que a beneficiária é portadora de "Mieloma Múltiplo", com indicação de tratamento de manutenção contínuo com a substância **Lenalidomida** (o relatório menciona especificamente "**Revlimid**", nome comercial de medicamento que possui o mesmo princípio ativo) (fls. 39).

Repisa a ré em suas razões recursais a tese de que não está obrigada, seja pelo contrato, seja em virtude de disposição normativa, a cobrir medicamentos ministrados fora do ambiente hospitalar, como é o caso da autora.

Essa negativa, no entanto, não pode prevalecer, pois, como bem observado pelo Magistrado de origem, caracteriza-se como prática abusiva e contrária à boa-fé objetiva.

Acesso ao Sumário

Afinal, não há qualquer sentido em exigir do beneficiário a submissão a tratamento em ambiente hospitalar, notoriamente mais custoso, como condição de acesso ao tratamento postulado. Trata-se de incongruência apta apenas a gerar incômodos ao consumidor e mais custos para a operadora de saúde.

Ademais, desde que o plano disponha expressamente sobre a cobertura da patologia, a imposição de limitação desarrazoada, fruto de interpretação contratual restritiva, afastada do princípio da boa-fé e da vontade das partes contratantes, termina por ameaçar o próprio objeto do contrato ou o seu respectivo equilíbrio, violando o disposto no inciso II do § 1º do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor.

No caso específico dos medicamentos quimioterápicos, o tema já foi pacificado neste Tribunal de Justiça pela **Súmula 95**: "*Havendo expressa indicação médica, não prevalece a negativa de cobertura do custeio ou fornecimento de medicamentos associados a tratamento quimioterápico*".

No mesmo sentido, esta Câmara editou o **Enunciado 20**, *verbis*: "*Havendo expressa indicação de medicamentos associados a tratamento quimioterápico, não prevalece a negativa de cobertura das drogas, sob pena de se colocar em risco o objeto do contrato, ou seja, a preservação da saúde do usuário*". (Precedentes: Apelação Cível 9252551-39.2008.8.26.0000 - Relator: Paulo Eduardo Razuk - AVASTIN/ Apelação Cível 9221977-67.2007.8.26.0000 - Relator: José Carlos Ferreira Alves - ZOMETA/ Apelação Cível 0004722-98.2010.8.26.0011 - Relator: Neves Amorim - NEXAVAR/ Apelação Cível 0120852-15.2007.8.26.0000 - Relator: Adilson de Andrade - XELODA/ Apelação Cível 0012155-56.2010.8.26.0011 - Relator: Beretta da Silveira - AVASTIN/ ELOXAIN/ IRENAX/ Apelação Cível 0229437-84.2009.8.26.0100 - Relator: Donegá Morandini - AVASTIN e FOLFOX/ Apelação Cível 0129381-09.2010.8.26.0100 - Relator: João Pazine Neto - REVLIMID/ Apelação Cível 994.09.293078-9 - Relator: Francisco Loureiro - TARCEVA/ Apelação Cível 990.10.015754-0 - Relator: Enio Zuliani - MABTHERA/ Apelação Cível 0067106-50.2008.8.26.0114 - Relator: Natan Zelinschi de Arruda - FOLFOX / Apelação Cível 9113192-40.2009.8.26.0000 - Relator: James Siano - AVASTIN e ABRAXANE/ Apelação Cível 994.08.123789-3 - Relator: Sebastião Carlos Garcia - ERBITUX/ Apelação Cível 9057820-14.2006.8.26.0000 - Relator: Miguel Brandi - IRINOTECANO/ Apelação Cível 0177957-33.2010.8.26.0100 - Relator: Salles Rossi - TARCEVA/ Apelação Cível 0276244-74.2009.8.26.0000 - Relator: Galdino Toledo Junior - XELODA/ Apelação Cível 9129674-05.2005.8.26.0000 - Relator: João Carlos Saletti - AVASTIN e IRESSA (EGF Gefitinib)/ Apelação Cível 0000486-06.2010.8.26.0302 - Relator: Coelho Mendes - XELODA e AVASTIN/ Apelação Cível 9169978-75.2007.8.26.0000 - Relator: Viviani Nicolau - FLUDARA).

Rigorosamente correta, portanto, a sentença ao determinar a cobertura do medicamento.

A autora, no entanto, chama atenção para o fato de que a sentença não teria condenado a ré a fornecer, especificamente, o medicamento "**Revlimid**", o que poderia criar espaço interpretativo para que a operadora fornecesse medicamentos baseados no mesmo princípio ativo, mas de eficácia duvidosa.

A sentença é clara ao determinar o fornecimento do medicamento "**Lenalidomida**", até efetiva alta, conforme recomendação médica, ***confirmando a antecipação dos efeitos da tutela*** (fls. 390). Na decisão que antecipou os efeitos da tutela, por seu turno, vê-se que foi determinado o fornecimento do medicamento **Lenalidomida** (**Revlimid**), **ou outro com o mesmo princípio**

Acesso ao Sumário

ativo, na quantidade e período necessários ao tratamento (fls. 70).

De fato, há margem para a interpretação mencionada pela recorrente. O relatório médico não menciona a possibilidade de utilização de qualquer medicamento com o mesmo princípio ativo, antes recomendando especificamente o uso do "**Revlimid**", que já foi, inclusive, ministrado à paciente. Teme-se a ineficácia ou eficácia duvidosa de outros medicamentos, questão que não foi impugnada pela operadora.

Nesse contexto, havendo expressa e específica recomendação médica, é de se dar acolhimento ao inconformismo da autora, apenas para modificar a sentença na parte em que possibilita a substituição por medicamento genérico, garantindo que a paciente receba o tratamento nos exatos termos prescritos pelo médico que lhe assiste.

Não há, contudo, necessidade de compelir a operadora a apresentar notas fiscais de compra do produto, o que seria presumir a má-fé no cumprimento da determinação judicial. O médico assistente é pessoa plenamente capaz de verificar se o medicamento fornecido atende sua solicitação. Eventuais irregularidades podem ser comunicadas pela beneficiária em Juízo, para tomada de providências cabíveis.

Não se limita o fornecimento do tratamento medicamentoso a nenhum limite contratual de reembolso, referidos apenas genericamente pela operadora.

Havendo cobertura da patologia, o custeio é por princípio integral e abrange o fornecimento do que é necessário para o tratamento, cabendo ao médico assistente tal avaliação.

No campo dos danos morais, estes estão realmente presentes, e a indenização foi arbitrada em patamar razoável, não comportando qualquer alteração o julgado do tema decidido.

Quem contrata plano de saúde o faz para precaver-se. Quer a pessoa ver-se assegurada de que terá o tratamento médico necessário no momento em que dele precisar. A inversão dessa expectativa, com o notório agravante de que a autora enfrentava grave doença e que o tratamento foi recomendado, torna palpável o constrangimento experimentado pelo consumidor que, num momento de extrema necessidade, simplesmente fica sem o atendimento médico que lhe é de direito, porque por ele pagou.

Cumpre dizer que tal indenização, sobre ater-se ao prudente arbítrio do julgador, deve situar-se em patamar razoável, atendendo especialmente à gravidade da conduta lesiva e de suas consequências, e, bem assim, à capacidade econômico-financeira do agressor, de modo a desencorajar eventual reiteração do fato, sem, contudo, implicar vedado enriquecimento sem causa por parte da vítima da ofensa.

Nesses termos, bem quantificada a indenização em **R$ 15.000,00.**

Acesso ao Sumário

Por fim, quanto ao pleito de redução dos honorários advocatícios, arbitrados em primeira instância em **R$ 4.000,00**, tem-se que foram fixados à luz dos parâmetros previstos no art. 20, § 3º, CPC, referenciados pelo art. 20, § 4º do mesmo diploma legal, quais sejam: grau de zelo do profissional; o lugar da prestação de serviço; a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido pelo serviço. A manutenção, assim, do *quantum* arbitrado mostra-se adequado e razoável.

Por derradeiro, para evitar a costumeira oposição de embargos declaratórios voltados ao prequestionamento, tenho por ventilados, neste grau de jurisdição, todos os dispositivos legais citados no recurso interposto. Vale lembrar que a função do julgador é decidir a lide e apontar, direta e objetivamente, os fundamentos que, para tal, lhe foram suficientes, não havendo necessidade de apreciar todos os argumentos deduzidos pelas partes, um a um. Sobre o tema, confira-se a jurisprudência (STJ, EDcl no REsp nº 497.941/RS, Rel. Min. Franciulli Netto, publicado em 05/05/2004; STJ, EDcl no AgRg no Ag nº 522.074/RJ, Rel. Min. Denise Arruda, publicado em 25/10/2004).

Concluindo, o recurso da autora é parcialmente provido, apenas para determinar o fornecimento específico do medicamento **Lenalidomida (Revlimid)**. O recurso da ré não é provido.

Ante o exposto, **dá-se parcial provimento ao recurso da autora e nega-se provimento ao recurso da ré**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0011772-18.2013.8.26.0482, da Comarca de Presidente Prudente, em que é apelante/apelado ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO - ECAD, é apelado/apelante NAÇÕES PARK HOTEL LTDA.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao agravo retido, deram provimento ao apelo do réu e julgaram prejudicado o recurso do autor, nos termos enunciados. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28135)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JAMES SIANO (Presidente sem voto), ERICKSON GAVAZZA MARQUES e J.L. MÔNACO DA SILVA.

São Paulo, 27 de maio de 2015.

A.C.MATHIAS COLTRO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Ação de cobrança - Direitos autorais - Sonorização ambiente e exibição de obras audiovisuais em quartos de hotel - Prazo prescricional de 03 anos, consoante o disposto no artigo 206, § 3º, V, do Código Civil - Precedente recente do Colendo Superior Tribunal de Justiça - Quarto de hotel que não pode ser tido como espaço público - Inteligência do artigo 23 da Lei nº 11.771/08 - Local, ademais, que se enquadra no conceito de casa, inserto no artigo 5º, XI, da Constituição da República - Direitos autorais indevidos - Precedentes recentes deste Egrégio Tribunal - Sentença reformada - Agravo retido desprovido, recurso do réu provido, prejudicado o do autor.

VOTO

Ação: cobrança de direitos autorais.

Argumentos do autor: em síntese, postula o ECAD, na qualidade de substituto processual das associações de criadores e autores, a cobrança de valores não recolhidos pelo requerido a título de direitos autorais decorrentes da sonorização nos quartos do hotel por ele administrado, sem a prévia autorização dos autores. Assim, postulou a suspensão da execução das obras musicais, sob pena de multa diária e apreensão dos aparelhos sonoros. Requereu, ainda, a condenação do demandado ao pagamento de indenização no valor de R$ 37.013,26, a título de direitos autorais não pagos desde março de 2007.

Foi deferida medida cautelar incidental, para determinar ao réu abster-se da prática imputada pelo autor, com fundamento no artigo 273, § 7º, do Código de Processo Civil.

Defesa (fls. 201/226): preliminarmente, aduziu o requerido inépcia da inicial e prescrição. Quanto ao mérito, em suma, afirmou que nos termos da Lei nº 11.771/08, não está mais obrigado a pagar a contribuição reclamada. Impugnou, ainda, as contas apresentadas pelo autor, especialmente os juros e a correção monetária.

Sentença (fls. 550/554): julgou parcialmente procedente a demanda, condenando o réu ao pagamento de indenização, pelo valor mínimo, com correção monetária desde o ajuizamento da ação e juros de mora de 1% ao mês a partir da citação relativamente às prestações vencidas antes da demanda, observando-se, todavia, o prazo prescricional de 03 anos. Foi o réu condenado, também, a pagar as parcelas que se vencerem até o final da fase de cumprimento,

Acesso ao Sumário

na forma do artigo 290 do Código de Processo Civil, com juros e correção monetária a partir do respectivo vencimento.

Em razão da sucumbência parcial, cada parte suportará as despesas que teve com o processo e pagará os honorários dos respectivos patronos.

Recurso do autor: pretende o ECAD, inicialmente, o julgamento do agravo retido interposto contra a decisão proferida, na fase de saneamento, visando ao afastamento da prescrição e, quanto ao apelo, busca a parcial reforma do decisum, a fim de que sejam acolhidos todos os pedidos formulados na inicial, repisando, em suma, o argumentado na vestibular.

Recurso do requerido (fls. 589/593): postula a reforma da sentença, com a improcedência dos pedidos deduzidos, reiterando, em resumo, as assertivas lançadas na contestação.

Regularmente processados os recursos, com apresentação de contrarrazões.

É o relatório, adotado, no mais, o da sentença.

Por primeiro cumpre apreciar o agravo retido interposto pelo autor, tendo em vista a reiteração nas razões de apelo.

Pese o considerado pelo demandante, com fundamento, inclusive, em decisões deste Egrégio Tribunal e de Tribunais de outras unidades da Federação, tem-se que o prazo prescricional a ser considerado em demandas relativas a direitos autorais é o de 3 anos, previsto no artigo 206, § 3º, V, do Código Civil, até e porque tal norma tem caráter amplo, incluindo-se a reparação por danos suportados pelos autores de obras intelectuais.

Nesse sentido, confira-se o quanto decidido recentemente pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, nos autos do REsp 1.168.336/RJ, em que foi Relatora a eminente Min. Nancy Andrighi.

Portanto, o prazo prescricional a ser considerado é mesmo o de 03 anos, restando desprovido, portanto, o agravo retido.

Passa-se, nesse lanço, à análise do mérito dos recursos.

Nos exatos termos do artigo 68 da Lei nº 9.610/98, veda-se a utilização de obras teatrais, composições musicais ou lítero-musicais e fonogramas em representações e execuções públicas, sem que ocorra a prévia e expressa autorização do autor ou do titular.

No caso, são cobrados pelo ECAD valores a título de direitos autorais, decorrentes de sonorização ambiental, provenientes de aparelhos de radiodifusão e televisão instalados, nos quartos de um hotel administrado pelo demandado.

Todavia e pese o entendimento esposado pelo egrégio juízo, outrora também abraçado por este Relator, tem-se pela improcedência dos pedidos deduzidos na inicial, de modo que o apelo interposto pela requerida deve ser acolhido, ficando prejudicado o exame do reclamo do demandante.

Acesso ao Sumário

Conquanto a norma do artigo 68 da Lei nº 9.610/98 traga expressa vedação à utilização de obras teatrais, composições musicais ou lítero-musicais e fonogramas em representações e execuções públicas, sem que ocorra a prévia e expressa autorização do autor ou do titular, como visto, ensejando, no caso do descumprimento, o ajuizamento de demanda indenizatória, não se mostra razoável estender aos quartos de um flat a natureza de espaço público, mormente em razão do advento da Lei nº 11.771/2008, que dispõe sobre a Política Nacional do Turismo.

Conforme o disposto no artigo 23 do referido diploma legal:

> "Consideram-se meios de hospedagem os empreendimentos ou estabelecimentos, independentemente de sua forma de constituição, destinados a prestar serviços de alojamento temporário, ofertados em unidades de freqüência individual e de uso exclusivo do hóspede, bem como outros serviços necessários aos usuários, denominados de serviços de hospedagem, mediante adoção de instrumento contratual, tácito ou expresso, e cobrança de diária."

Ora, diante da novel legislação, os serviços de televisão e radiodifusão nos quartos de hotel não podem ser equiparados à sonorização em local público, até e porque são locais em que se busca a privacidade, podendo, inclusive, ser abrangido pelo conceito de casa, inserto no artigo 5º, XI, da Constituição da República.

Aliás e segundo o magistério de José Afonso da Silva[1]:

> "Casa, aí é espaço ocupado como moradia e residência (casa, apartamento, palácio, palacete, cabana, choça, choupana, barraco, o quarto de hotel ou de pensão) ou em que alguém tem sua instalação particular (escritório, oficina)". (não há grifo no original)

Vale referir, ainda, a excerto do voto proferido pelo eminente Min. Massami Uyeda, nos autos do REsp 740358/MG, que, apesar de vencido, serve como uma luva à hipótese em comento:

> "A questão que, ao meu ver, adquire realce é a de adequar-se a exegese legal à hipótese em tela, em que se está a exigir o direito autoral de execução de composição musical, por meio de reprodução ou retransmissão, em motéis.
>
> Segundo o atual entendimento, a nomenclatura 'frequência coletiva' destina-se não só aos locais comuns dos estabelecimentos que descreve, porque tal interpretação não estaria conforme ao que dispõe a mencionada Lei, considerando-se que o importante na nova Lei de Direitos Autorais é a vedação para que a comunicação ao público, por qualquer meio ou processo, nos locais de frequência coletiva (in casu, um motel), pudesse ser feita sem o pagamento dos direitos autorais

Acesso ao Sumário

1 Comentário Contextual à Constituição - São Paulo - Malheiros - 2005 - p. 102, nota 02 ao inciso XI do artigo 5º.

correspondentes.

Conforme tal linha de raciocínio, o legislador incluiu os motéis dentre aqueles lugares considerados como de frequência coletiva, tendo, ainda, especificado que se tratava de representação, execução ou transmissão de obras literárias, artísticas ou científicas, e que a junção dos dois conceitos legais teria afastado na nova Lei a circunstância de haver tão-somente os aparelhos de rádio ou de televisão, porque existiria em qualquer caso a transmissão de obras protegidas pelo direito autoral.

Observe-se, inicialmente, que a Lei n. 9.610/98 prevê no seu art. 4º que: 'Interpretam-se restritivamente os negócios jurídicos sobre os direitos autorais' (grifo desta Relatoria).

Na situação em destaque ocorre o que a doutrina denomina de 'lacunas de conflito', as quais surgem toda vez que duas normas, no mesmo sistema, contrapõem-se sem que haja uma regra que nos permita decidir entre elas, observando-se que aquelas requerem um sistema ordenado e satisfatório de normas. Segundo o Prof. Tercio Sampaio Ferraz Junior, 'Um tipo peculiar dessa espécie é a lacuna técnica, também chamada intra legem, que ocorre quando o legislador estabelece uma norma, sem fornecer as condições de sua aplicabilidade'.

Ainda conforme o Prof. Tercio, 'O sistema das normas toma aqui claramente o sentido de uma totalidade planificada e até certo ponto objetiva, à medida que, para que uma lacuna seja constatada, não basta que o legislador tenha, conscientemente, deixado uma questão em aberto, sendo necessário que a ordem jurídica, como tal, exija a regra que falta. […] Patente é uma lacuna resultante da falta de uma norma que regule uma situação, e latente é a lacuna que nasce do caráter muito amplo da norma. No primeiro caso, não há norma específica. No segundo, ela existe, mas deixa de fazer uma restrição considerada necessária'; 'O sistema das normas seria dotado, nesse caso, de uma dinamicidade própria, capaz de revelar as lacunas, e, num momento subsequente, fornecer as condições de seu preenchimento.' (in Introdução ao Estudo do Direito, 3ª ed., 2001, Ed. Atlas, São Paulo, págs. 216/218; 291).

O Pretório Excelso, na sua missão de definição de conceitos no nível constitucional, deixou assente que, lato sensu, no sistema jurídico brasileiro, o espaço público distingue-se do espaço privado de uma casa (STF, ADI-MC n. 1969/DF, Tribunal Pleno, v.u., j. 24/03/1999, DJ 5/3/2004, pág. 13, Ementário 2142-2/282). No mesmo julgado, o eminente Ministro Marco Aurélio bem observou não existirem direitos fundamentais absolutos, o que não significaria se poder admitir limitação discrepante da Carta da República.

Na observância desse contexto, dentro deste será realizada exegese sobre qual o alcance da expressão 'execuções públicas', contida no caput do art. 68 da Lei n. 9.610/98.

O art. 4º da Lei n. 9.610/98 determina que sejam interpretados de modo

Acesso ao Sumário

restritivo os negócios jurídicos sobre os direitos autorais, e, dentro desse espírito, deve ser observada a expressão 'em locais abertos ao público', constante do inciso XVI do art. 5º da Constituição Federal/88.

Com efeito.

O augusto Supremo Tribunal Federal já decidiu que: '[…] o conceito de 'casa', para o fim da proteção jurídico-constitucional a que se refere o art. 5º, XI, da Lei Fundamental, reveste-se de caráter amplo, pois compreende, na abrangência de sua designação tutelar, (a) qualquer compartimento habitado, (b) qualquer aposento ocupado de habitação coletiva e (c) qualquer compartimento habitado não aberto ao público […] Esse amplo sentido conceitual da noção jurídica de 'casa' revela-se plenamente consentâneo com a exigência constitucional de proteção à esfera de liberdade individual e de privacidade pessoal' (HC n. 82788/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, v.u., j. 12/4/2005, DJ 2/6/2006, pág. 43, Ementário 2235-1/179).

Segundo Allan Rocha de Souza, '[…] todos os direitos privados têm limitações […]' e '[…] não poderia ser diferente no âmbito do dos direitos autorais […]'. '[…] observa-se […] uma assimetria entre a despatrimonialização do direito civil a partir de sua constitucionalização e, em nosso caso, elevação do princípio de proteção da dignidade humana a uma das finalidades essenciais do Estado, e o que tem acontecido com os movimentos internacionais e nacionais de proteção autoral, onde nota-se, principalmente nas três últimas décadas, uma ampliação do processo de privatização de seus usos, restrição dos usos livres legalmente autorizados, expressando-se nas 'tendências patrimonialista, argentária, anti-social, que preside tantas de nossas novas leis de propriedade intelectual,' afetando as próprias bases dos direitos autorais, que 'estão hoje corroídas por uma evolução economicista, que sufoca preocupações culturais.' Diante disso, vislumbra-se um processo diverso, e não justificado, do que acontece com as demais áreas do direito civil, processo este que é na verdade assemelhado ao desenvolvimento histórico inicial do direito civil, talvez por seu tardio reconhecimento em comparação com os demais ramos civilísticos, repetindo os direitos autorais agora, com o neo-liberalismo, o período de apogeu da doutrina liberal, em sacrifício dos interesses coletivos que necessariamente o compõem.'

(in A Função Social dos Direitos Autorais , Ed. Faculdade de Direito de Campos, Campos dos Goytacazes, Rio de Janeiro, págs. 274/275).

Nos termos acima expostos, deve ser ressaltado que um quarto, como espaço em que uma (ou mais) pessoa(s) busca(m) privacidade, não pode ser compreendido como local de frequência coletiva. Por mais transitório que seja o lapso a que esteja submetida a posse do dormitório (de hotel ou de motel), somente poderá ingressar no espaço delimitado pelo cômodo se o(s) possuidor(es) assim o permitir(em). Nesta hipótese,

Acesso ao Sumário

ocorre a proteção dos aposentos de modo individualizado, como se fosse uma residência particular.

Deve ser ressaltado que o caput do art. 68 da Lei n. 9.610/98 determina que as execuções sejam públicas; já o parágrafo 3º do mesmo artigo considera um motel como local de frequência coletiva. Assim sendo, como aplicação de exegese, existem duas alternativas: ou o parágrafo está dizendo mais que o caput, o que juridicamente não é possível, ou infere-se a 'frequência coletiva' do parágrafo 3º como um dos elementos integrantes do conceito de 'execuções públicas', conclusão esta conforme o princípio da razoabilidade (apud RECASÉNS SICHES, Luis. Tratado General de Filosofia del Derecho , 1ª ed., Editorial Porrua S.A., México, 1959, pág. 428; Experiência jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica 'razonable'', Publicaciones de Diánoia, Fondo de Cultura Económica, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1971, pág. 499).

No tocante às áreas comuns (como corredores, halls e saguões), de livre acesso, franqueado a todos, são realmente espaços públicos por natureza. Entretanto, pretender-se a extensão da natureza de espaço público a quartos individualizados de motéis, tal entendimento extrapola os limites do razoável. Na desarmonia entre as previsões do caput e do parágrafo do artigo da legislação em tela, deverá prevalecer o primeiro, por questão de hermenêutica jurídica.

Por fim, deve ser destacado que o consumidor final deste tipo de serviço (hotelaria lato sensu) é que será onerado ao final, pois quanto mais obrigações forem impostas, não se olvide que o prestador de serviços não irá arcar passivamente com os custos operacionais que forem sendo adicionados, pois no final da equação do preço a ser pago pela prestação do serviço já terá sido acrescido o impacto da cobrança do postulado encargo ora em tela. Não se trata de mera conjectura hipotética, e sim de lógica empresarial (a busca do lucro).''

Portanto, não só em razão do advento da Lei 11.771/2008, como também em função dos substanciosos fundamentos lançados pelo eminente Min. Massami Uyeda, em seu voto vencido, modifica-se o entendimento até então prevalente nesta Egrégia Câmara, para dar provimento ao apelo da demandada, julgando-se improcedentes os pedidos formulados pelo ECAD, na inicial.

Nesse mesmo sentido, vem decidindo este Egrégio Tribunal, conforme se constata das apelações nºs 9185564-2006.8.26.0000 (Rel. Des. Paulo Alcides, 6ª Câmara de Direito Privado, j. 17.02.2011, v.u.), 0021171-43.2010.8.26.0008 (Rel. Des. João Pazine Neto, 3ª Câmara de Direito Privado, j. 26.07.2011, v.u.), 0027310-27.2012.8.26.0562 (Rel. Des. Miguel Brandi, 7ª Câmara de Direito Privado), bem como esta E. Câmara, nos autos da apelação nº 0197907-28.2010.8.26.0100, deste Relator.

Por conseguinte, o apelo do ECAD resta prejudicado.

Sucumbente o autor, fixa-se a honorária em R$ 3.000,00, nos exatos

Acesso ao Sumário

termos do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

Cumpre salientar que, em função do ora decidido, não mais subsiste condenação estrito senso, já que só no tocante à sucumbência é possível ter-se este decisum como sendo de natureza condenatória, devendo, por isto, incidir o disposto no art. 20, § 4º, do Cód. de Processo Civil, fixando-se a honorária "consoante apreciação eqüitativa", observadas as normas das alíneas "a", "b" e "c", do § 3º do mesmo dispositivo legal.

Conforme Yussef Said Cahali,

"O valor da causa, como é curial, embora presuntiva expressão do benefício econômico da pretensão desatendida, representa simples elemento formativo de que se serve o julgador para o arbitramento eqüitativo dos honorários, não se prestando para o embasamento de regra absoluta na fixação da verba, sendo outros os princípios a serem observados: mesmo não havendo condenação, liberto assim o juiz das balizas representadas pelo mínimo de 10% e o máximo de 20% indicados no § 3º do art. 20 do Código, isso não afasta a regra básica segundo a qual os honorários devem guardar correspondência com o benefício trazido pelo processo à parte, mediante trabalho prestado a esta pelo profissional e o tempo exigido para o serviço, fixando-se os honorários, portanto, em atenção às alíneas a, b e c do art. 20, § 3º"[2] 2.

Nesse sentido precedentes do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

REsp 653720/DF; RECURSO ESPECIAL 2004/0077106-1, Ministra NANCY ANDRIGHI (1118), T3 - TERCEIRA TURMA, julgado em 02/12/2004, publicado em DJ 10.10.2005 p. 361

Civil e processo civil. Dois recursos especiais. Nulidade de registro público. Indenização por perdas e danos. Cabimento. Privação do uso e gozo do imóvel. Prequestionamento. Honorários advocatícios.

- A privação do uso e gozo da propriedade pode gerar direito à indenização por perdas e danos.

- Inviável o recurso especial em relação à matéria não debatida pelo Tribunal de origem.

- Nas causas em que não haja condenação, os honorários advocatícios devem ser fixados de forma eqüitativa pelo juiz, nos termos do § 4º do artigo 20, CPC, não ficando adstrito o juiz aos limites percentuais estabelecidos no § 3º. Precedentes.

Recursos especiais não conhecidos.

REsp 226030/SP; RECURSO ESPECIAL 1999/0070657-9, Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA (1088), T4 - QUARTA TURMA, julgado em 07/10/1999, publicado em DJ 16.11.1999 p. 216

PROCESSO CIVIL. HONORÁRIOS DE ADVOGADO. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. SENTENÇA DECLARATÓRIA. AUSÊNCIA DE

Acesso ao Sumário

2 Honorários Advocatícios - Ed. Revista dos Tribunais - 3ª ed. P. 484.

CONDENAÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 20, § 4º, CPC. APRECIAÇÃO EQÜITATIVA. CRITÉRIOS. ART. 20, § 3º, CPC. RECURSO DO AUTOR NÃO CONHECIDO. RECURSO DA RÉ PARCIALMENTE PROVIDO.

I - Na lição de Chiovenda, "o nome de sentenças declaratórias (jugements déclaratoires, Festsllungsurteils, declaratory judgements) compreende *lato sensu* todos os casos em que à sentença do juiz não se pode seguir execução. Neste largo significado, inclui-se todo o acervo das sentenças que rejeitam a demanda do autor" (Instituições..., v. I, 3ª ed., trad. por J. Guimarães Menegale, São Paulo: Saraiva, 1969, nº 59, pp. 210-211).

II - Nas causas em que não haja condenação, os honorários advocatícios devem ser fixados de forma eqüitativa pelo juiz, nos termos do § 4º do artigo 20, CPC, não ficando adstrito o juiz aos limites percentuais estabelecidos no § 3º, mas aos critérios neste previstos.

III - No âmbito do recurso especial, não se examina eventual violação de dispositivo constitucional, matéria reservada ao Supremo Tribunal Federal, à vista da dicotomia dos recursos excepcionais adotada pela Constituição de 1988.

IV - Dessemelhantes as situações de fato descritas nos arestos paradigmas e no acórdão impugnado, não se configura a divergência jurisprudencial hábil a ensejar a via do recurso especial.

V - Ausente o prequestionamento, torna-se inviável o acesso à instância especial, a teor do enunciado nº 282 da súmula/STF.

Do referido pode-se concluir não estar o juiz adstrito a observar os limites de 10% a 20%, sobre o valor da causa, cumprindo-lhe efetuar análise segundo o preconizado pelas alíneas a, b e c, do § 3º, do art. 20 do CPC e de acordo, com:

a) o grau de zelo do profissional;

b) o lugar da prestação do serviço;

c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

A respeito, mencione-se, ainda, outro julgado do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

RESP 740946/RS; RECURSO ESPECIAL 2005/0058580-9

Relator - Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI (1124)

Órgão Julgador - T1 - PRIMEIRA TURMA

Data do julgamento - 24/05/2005

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL IMPROCEDENTES. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 20, § 4º, DO CPC.

1. Nos casos previstos no art. 20, § 4º, do CPC, os honorários serão fixados consoante apreciação eqüitativa do juiz, que levará em conta o grau de zelo profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu

Acesso ao Sumário

serviço.

2. Nessas hipóteses, não está o juiz adstrito aos limites indicados no § 3º do referido artigo (mínimo de 10% e máximo de 20%), porquanto a alusão feita pelo § 4º do art. 20 do CPC é concernente às alíneas do § 3º, tão- somente, e não ao seu caput.

Precedentes da Corte Especial, da 1ª Seção e das Turmas.

3. Não é cabível, em recurso especial, examinar a justiça do valor fixado a título de honorários, já que o exame das circunstâncias previstas nas alíneas do § 3º do art. 20 do CPC impõe, necessariamente, incursão à seara fático-probatória dos autos atraindo a incidência da Súmula 7/STJ e, por analogia, da Súmula 389/STF.

2. Recurso especial não conhecido

Portanto e uma vez que não há obrigação de fixar os honorários advocatícios em percentual situado entre 10 e 20% do valor da causa, tem-se como adequado o valor de R$ 3.000,00, ora arbitrado.

Essas as razões pelas quais se entende ser caso de negar-se provimento ao agravo retido, de dar-se provimento ao apelo do demandado, prejudicado o apelo do autor, 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, nega-se provimento ao agravo retido e dá-se provimento ao apelo do réu, prejudicado o recurso do autor, nos termos enunciados.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1012784-91.2014.8.26.0554, da Comarca de Santo André, em que é apelante/apelada ELISETE DE BARROS (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado/apelante MONACO INCORPORAÇÃO S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso da ré e deram provimento em parte ao recurso da autora. Por maioria de votos.", de conformidade com o voto do Relator, que

integra este acórdão. **(Voto nº 32.928)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VITO GUGLIELMI, vencedor, JOSÉ ROBERTO FURQUIM CABELLA, vencido, PERCIVAL NOGUEIRA (Presidente).

São Paulo, 15 de setembro de 2015.

VITO GUGLIELMI, Relator Designado

Ementa: COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. IMÓVEL NA PLANTA. RESCISÃO DO CONTRATO. DESISTÊNCIA DA PROMISSÁRIA COMPRADORA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE CULPA DA VENDEDORA. PENA PARA O DESCUMPRIMENTO QUE DEVE SER FIXADA, PARA QUE NÃO IMPORTE EM INCENTIVO AO INADIMPLEMENTO. VALOR PAGO A TÍTULO DE COMISSÃO DE CORRETAGEM E ASSESSORIA QUE NÃO COMPORTA DEVOLUÇÃO. RETENÇÃO, ASSIM, LIMITADA A 10% DOS VALORES ADIMPLIDOS. DANO MORAL DESCARACTERIZADO. DESFAZIMENTO DO NEGÓCIO QUE SE DEU POR INICIATIVA EXCLUSIVA DA AUTORA. PEDIDO DE RESSARCIMENTO DE GASTOS COM A CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO PARTICULAR PARA O AJUIZAMENTO DA AÇÃO. DESCABIMENTO. ADMISSÃO DO PLEITO QUE TRADUZIRIA IMPOSIÇÃO DE ENCARGO CONTRATUAL A QUEM NÃO FEZ PARTE DA AVENÇA. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. APELO DA RÉ IMPROVIDO, PARCIALMENTE PROVIDO O DA AUTORA. VOTO VENCIDO.

VOTO

1. Trata-se de recursos de apelação, tempestivos e bem processados, interpostos contra sentença que julgou parcialmente procedente ação de cobrança cumulada com declaração de nulidade de cláusulas contratuais e indenização por danos morais, ajuizada por Elisete de Barros em face de Mônaco Incorporação S/A.

A autora, tendo desistido de adquirir imóvel objeto de compromisso de

Acesso ao Sumário

compra e venda celebrado com a ré, postula a declaração de nulidade, porque abusivas, das cláusulas que preveem o perdimento de significativa parcela dos valores pagos e, consequentemente, o ressarcimento de 90% da soma já adimplida. Pretende, ainda, obter indenização pelos danos morais que aduz haver sofrido e, finalmente, o ressarcimento da verba honorária contratual dispendida em razão da contratação de advogado para o ajuizamento da presente.

O juízo (fls. 251/257) entendeu abusivas as disposições contratuais estabelecendo o decaimento de percentual superior a 50% da soma paga. Afastou-as, pois, deferindo à autora o ressarcimento de 70% do que adimpliu. Ponderou que a verba honorária contratual, por se tratar de valor estipulado em avença particular entre a parte e seu advogado, não é ressarcível pela parte contrária. Finalmente, observou que os fatos narrados pela demandante não caracterizaram tamanho abalo moral, a ponto de justificar a pretendida reparação pecuniária a tal título. Julgou, assim, parcialmente procedente a demanda.

À sentença opôs a autora embargos de declaração (fls. 263/264), que não foram conhecidos (fls. 266).

Inconformadas, apelam ambas as partes.

A autora (fls. 268/284) pugna a integral procedência dos pedidos. Sustenta que a retenção de 10% dos valores pagos, pela ré, é o suficiente a ressarci-la dos prejuízos havidos em razão do desfazimento do negócio. Pretende, ainda, a condenação da demandada ao pagamento de indenização por danos morais, em face dos eventos narrados e, finalmente, ao ressarcimento do quanto dispendeu com a contratação de advogado particular para o ajuizamento da ação. Conclui pela reforma.

A ré (fls. 289/297), por sua vez, bate-se pela improcedência da demanda. Sustenta, em resumo, a plena validade do que foi contratado, de maneira que o ressarcimento de valores à demandante, em menor proporção, há de prevalecer em razão de sua desistência do negócio. Conclui, igualmente, pela reforma.

Recebidos (fls. 286 e 304) e processados os recursos, apenas a requerida apresentou contrarrazões (fls. 305/310).

Intimadas as partes para manifestação acerca da possibilidade de julgamento virtual (fls. 316), ambas quedaram-se inertes (fls. 318).

É o relatório.

2. A ação objetiva a devolução dos valores pagos em decorrência da inviabilidade de a autora continuar adimplindo com o pagamento das prestações de compromisso de compra e venda de imóvel, bem como indenização pelos danos morais sofridos e, finalmente, o ressarcimento da verba honorária contratual paga ao advogado que contratou.

Julgada parcialmente procedente, foi condenada a ré a efetuar a restituição, à autora, de 70% do que pagou, além do valor da verba honorária contratual. Daí

Acesso ao Sumário

os apelos de ambas as partes.

Com efeito, preservado o posicionamento do Excelentíssimo Senhor Desembargador Relator sorteado acerca da restituição de valores pagos em decorrência do contrato e, bem, quanto à inexistência de dano moral, a controvérsia merece deslinde ligeiramente diverso, no tocante ao ressarcimento da verba honorária contratual.

Em primeiro lugar, no caso, não viabilizado o negócio por impossibilidade da autora, que dele desistiu, o ajuste acabou desfeito, restando forçoso concluir-se pela ausência de descumprimento contratual pela demandada.

E como hoje que se admite a resolução até pelo simples inadimplemento do adquirente, por insuportabilidade do contrato, e bem que a discussão se faça em função do valor a restituir, nos termos do artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor, possível o exame da defesa sob esse aspecto.

Na realidade, portanto, e sobre o dever de restituir não há mais o que questionar.

Mas o percentual a ser restituído deve ser variável, e isso somente o caso concreto pode explicitar.

Sem muita dificuldade, todavia - e sobre esse tema - quatro situações, genericamente consideradas, devem ser anotadas. Primeira, a mora exclusiva da devedora, que, por exemplo, não entrega a obra no prazo. A segunda, quando o comprador se coloca em mora, não efetuando o pagamento, mas de imediato pleiteia a rescisão. A terceira, quando o comprador se coloca em mora e somente depois de tempos é que toma a iniciativa. A quarta, quando a iniciativa é tomada pela própria alienante, diante da mora. A isso se acrescentem mais duas situações: *o imóvel haver sido ou não ocupado, e bem a permanência nele, ainda, do comprador*.

Aliás, a referência nessa ordem não foi aleatória. Objetiva, claramente, demonstrar a gradação que a restituição deve ter em função desses elementos. A jurisprudência, por sinal, tem admitido a retenção de 10% a 30%, conforme as várias hipóteses.

A leitura dessa matéria, todavia, é algo diversa. A insuportabilidade do contrato pode decorrer de culpa do adquirente - quando menos, em atentar para obrigação que assumiu - ou, efetivamente em razão da imprevisão, de que cuida o artigo 477 do Código Civil (antigo 1092 do diploma revogado). E bem da onerosidade excessiva, de que cuida seu artigo 478.

O adquirente que não obrou, em tempo algum, em mora, suspendendo o pagamento quando do vencimento dos prazos contratuais para entrega da obra, notificando, de imediato, sua intenção em não mais prosseguir no contrato, não pode ser tratado como aquele que, simplesmente, deixa de pagar e, quando instado, toma alguma iniciativa. Quem deixa de pagar e não diz porque o faz

Acesso ao Sumário

quebra a expectativa de recebimento do credor e pode causar outros prejuízos que não exclusivamente aqueles decorrentes da falta do valor devido.

Daí que, nessas hipóteses - e bem quando a mora é do construtor, incorporador, do loteador, do vendedor, etc. - a restituição deve ser integral, sem qualquer retenção. Não tendo dado causa seja ao atraso seja à mora, não pode ser por isso punido.

Quando o comprador, todavia, pela insuportabilidade do contrato, acaba por colocar-se em mora, *por culpa sua*, esse raciocínio já não pode ser aplicado. Causou, com o inadimplemento, prejuízo ao credor, não só pelo não pagamento, mas pelo conjunto de consequências que aí decorrem. Pode, por exemplo, comprometer todo o empreendimento. Pode causar prejuízo a todos os participantes. Ou pode gerar um custo financeiro para o credor, que haverá de suportar aquela parcela para a continuidade do empreendimento.

É óbvio, não se desconhece, que essa prova demandaria debate amplo e específico, nem sempre possível ou de interesse das partes.

Mas - **e como é o caso** - *não se verificando quer a onerosidade excessiva quer a teoria da imprevisão* - ao contrário, o inadimplemento singelo da autora por culpa sua, a retenção é devida.

Aliás, alguma consequência para o descumprimento há de ser fixada, pena de incentivo ao inadimplemento, o que o direito não deve admitir. Ademais, sem ciência do intento de rescindir, não pode o credor repassar o bem a terceiro.

A jurisprudência tem assim se orientado:

"***Promessa de compra e venda. Extinção do contrato. Comprador inadimplente. A orientação que terminou prevalecendo na Segunda Seção, depois de inicial controvérsia, é no sentido de que o promissário comprador que se torna inadimplente em razão da insuportabilidade do contrato assim como pretendido executar pela promitente vendedora tem o direito de promover a extinção da avença e de receber a restituição de parte substancial do que pagou, retendo a construtora uma parcela a título de indenização pelo rompimento do contrato. Esta quantia a ficar retida varia de caso para caso: ordinariamente tem sido estipulada entre 10% e 20%, para cobertura das despesas com publicidade e corretagem, podendo ser majorada quando o imóvel vem a ser ocupado pelo comprador. Não há razão para que tudo ou quase tudo do que foi pago fique com a vendedora, uma vez que por força do desfazimento do negócio ela fica com o imóvel, normalmente valorizado, construído também com o aporte do comprador. Precedente. Recurso conhecido e provido em parte***" (STJ - Resp. n. 476.775-MG - 4ª T - Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar - j. 20.05.2003).

"***Civil e Processual. Compromisso de compra e venda. Resilição pelo***

Acesso ao Sumário

comprador por insuportabilidade da prestação. Possibilidade. Retenção sobre parte das parcelas pagas (25%). Código de Defesa do Consumidor, arts. 51, II, 53 e 54. Código Civil, art. 924. A C. 2ª Seção do STJ, em posição adotada por maioria, admite a possibilidade de resilição do compromisso de compra e venda por iniciativa do devedor, se este não mais reúne condições econômicas para suportar o pagamento das prestações avençadas com a empresa vendedora do imóvel. Pretensão que não fica obstada pelo fato de o comprador, no momento em que notifica a vendedora dessa pretensão, se achar em dia com as parcelas, por não ser razoável exigir-se, para a prova da alegação das dificuldades econômicas, o prévio inadimplemento obrigacional, se o autor prefere ainda honrar, apesar dos ônus, seus compromissos, até o instante em que submete a questão ao Poder Judiciário. O desfazimento do contrato dá ao comprador o direito à restituição das parcelas pagas, porém não em sua integralidade, em face do desgaste no imóvel devolvido e das despesas realizadas pela vendedora com corretagem, propaganda, administrativas e assemelhadas, sob pena de injustificada redução patrimonial em seu desfavor, sem que, no caso, tenha dado causa ao desfazimento do pacto. Retenção elevada. Precedentes. Recurso especial conhecido e parcialmente provido" (STJ - Resp. n. 218.032-MG - 4ª T - Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior - j. 08.04.2003).

"***Civil e processual. Acórdão. Nulidade não configurada. Promessa de compra e venda. Desistência. Ação pretendendo o ressarcimento integral das importâncias pagas. Retenção de 25% em favor da vendedora, como ressarcimento de despesas. Código de Defesa do Consumidor, arts. 51, II, 53 e 54. Código Civil, art. 924. AC. 2ª Seção do STJ, em posição adotada por maioria, admite a possibilidade de resilição do compromisso de compra e venda por iniciativa do devedor, se este não mais reúne condições econômicas para suportar o pagamento das prestações avençadas com a empresa vendedora do imóvel. O desfazimento do contrato dá ao comprador o direito à restituição das parcelas pagas, porém não em sua integralidade. Percentual de retenção que ora se eleva. Precedentes do STJ. Recurso especial conhecido e parcialmente provido***" (STJ - Resp. n. 180.356-SP - 4ª T - Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior - j. 26.05.2003).

"***Civil. Promessa de compra e venda. Desistência. Ação pretendendo o ressarcimento integral das importâncias pagas. Retenção em favor da vendedora, como ressarcimento de despesas. Código de Defesa do Consumidor, arts. 51, II, 53 e 54. Código Civil, art. 924. AC. 2ª Seção do STJ, em posição adotada por maioria, admite a possibilidade de resilição do compromisso de compra e venda por iniciativa do devedor, se este***

Acesso ao Sumário

não mais reúne condições econômicas para suportar o pagamento das prestações avençadas com a empresa vendedora do imóvel. O desfazimento do contrato dá ao comprador o direito à restituição das parcelas pagas, porém não em sua integralidade. Fixação de percentual de retenção em favor da construtora. Precedentes do STJ. Recurso especial conhecido e parcialmente provido" (STJ - Resp. n. 78.221-SP - 4ª T - Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior - j. 26.08.2003).

"***COMPROMISSO DE VENDA E COMPRA. Rescisão amigável. Obrigação de devolução das prestações recebidas. Cláusula penal que prevê descontos compensatórios excessivos. Nulidade. Equivalência a pacto comissório. Sentença que autorizou retenção de apenas 30%. Restituição de 70% corrigidos. Percentual inferior ao devido, segundo jurisprudência assente. Improvimento ao recurso da incorporadora. Precedentes do STJ. Aplicação do art. 53 do CDC. Rescindido compromisso de venda e compra de imóvel, deve o promitente vendedor, quando não tenha havido ocupação da coisa, restituir, corrigidos, 90% (noventa por cento) das prestações que recebeu. De modo que, se sentença o condenou a restituir apenas 70% (setenta por cento), não tem o de que se queixar***" (TJSP - Ap. Cível n. 107.803-4 - 2ª Câmara de Direito Privado - Rel. Des. Cezar Peluso).

Sem que o credor prove dano maior - o que, em tese, se admite - parece adequado limitá-lo a 10%. Esse percentual, de resto, vem admitido usualmente como prefixação das perdas e danos.

E tem o credor, ainda, despesas de corretagens, elaboração de contratos, publicidade, taxas e impostos. Havendo despesas outras, parece que esse percentual, se o contrário não se demonstrar, deve ser fixado em 10%, igualmente.

Mas, no caso dos autos, considerando que o valor pago a título de comissão de corretagem foi despendido diretamente pela autora a terceiros por ocasião da negociação, adequada - na hipótese - **se mostra a retenção de 10% sobre parte do preço pago**, pois como já tive a oportunidade de decidir no julgamento da Apelação Cível nº 631.863.4/9-00 do Foro Regional de Pinheiros da Comarca da Capital - tendo a corretagem levado às partes a celebrarem o contrato de promessa de compra e venda do imóvel, a comissão era mesmo devida, independentemente do posterior desfazimento do negócio jurídico e principalmente quando não concretizado sem demonstração de culpa pela vendedora.

Em segundo lugar, e considerando a ausência de culpa da ré pela rescisão do negócio entabulado, resta prejudicada a apreciação de pleito indenizatório formulado nos autos. A autora é quem, exclusivamente, deu causa ao desfazimento do negócio, tendo se travado a presente discussão tão só a fim de se apurar o

Acesso ao Sumário

montante a ser ressarcido. Assim não se cogita, na hipótese, da prática de ato ilícito pela requerida, pressuposto mesmo da pretendida caracterização do dano moral indenizável.

Em terceiro lugar, também não há que se cogitar de indenização concernente ao valor dos honorários convencionais despendidos pela demandante. Como tive oportunidade de salientar no julgamento da Apelação Cível nº 0000066-74.2010.8.26.0601 da Comarca de Socorro, a cobrança de honorários convencionais - ***e pouco importa se o valor é razoável ou não*** - cumulativamente com aqueles decorrentes da sucumbência é vedado, por constituir verdadeiro *bis in idem*.

Ademais, permitir o ressarcimento dos gastos nessas circunstâncias é autorizar que cliente e advogado criem débito para terceira pessoa sem qualquer participação destes. Não é por outra razão que em casos como os de inventário, interdição, falência, os contratos de honorários que envolvam outros advogados da causa devem ser aprovados previamente. Aliás, em hipóteses de pretensões como a presente, a jurisprudência tranquila desta Corte tem partilhado de entendimento semelhante:

> "***Honorários Advocatícios Contratuais - Pretensão de receber 'perdas e danos' pelos honorários a serem pagos pela Apelante ao seu causídico - Inadmissibilidade - Ausência de respaldo legal.***" (TJSP - Apelação Cível nº 990.09.320337-5 - Osasco - 37ª Câmara de Direito Privado - Rel. Des. Tasso Duarte de Melo - j. 12.05.2010).
>
> "***Dano material - Inocorrência - Honorários contratuais para o ajuizamento das ações que não podem ser cobrados da parte contrária, cuja obrigação se restringe aos honorários sucumbenciais - Recurso provido em parte***" (TJSP - Apelação Cível nº 1180950-2 - São José dos Campos - Rel. Des. Rui Cascaldi - 12ª Câmara de Direito Privado - j. 24.09.2008).
>
> "***Indenização pelos honorários contratuais despendidos - Os honorários convencionais devem ser arcados pela própria parte que contrata o profissional e não se confunde obviamente com os encargos da sucumbência - A fixação dos honorários advocatícios contratuais entre o patrono e seu constituinte, sendo deste a obrigação pelo pagamento - Apelo da autora improvido.***" (TJSP - Apelação Cível nº 1000458-0/3 - São Paulo - 35ª Câmara de Direito Privado - Rel. Des. José Malerbi - j. 18.02.2008).

Assim, nega-se provimento ao apelo da ré e dá-se parcial provimento ao da autora, tão somente para determinar-lhe a devolução de 90% dos valores pagos à ré em decorrência do negócio desfeito.

Com o resultado, fica mantida a sucumbência recíproca já determinada

Acesso ao Sumário

no *decisum*.

Nada mais é preciso dizer.

3. Nestes termos, por maioria de votos, nega-se provimento ao recurso da ré e dá-se parcial provimento ao recurso da autora.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1021720-12.2014.8.26.0003, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MARCELO KENJI SHIINA e apelada AMIL ASSISTÊNCIA MÉDICA INTERNACIONAL S/A.

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 23232)**

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

São Paulo, 18 de setembro de 2015.

GRAVA BRAZIL, Relator

Ementa: Plano de saúde individual - Ação de obrigação de fazer para reativação de plano cancelado - Improcedência - Inconformismo - Não acolhimento - Mora no pagamento dos prêmios mensais por prazo superior a 60 (sessenta) dias no curso de 1 (um) ano - Prova da notificação prévia do autor quanto ao cancelamento do plano caso a mora não fosse sanada - Inteligência do art. 13, da Lei n. 9.656/98 - Inexistência de prova de culpa da ré pela mora do autor - Sentença mantida - Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

I - Trata-se de sentença que, em ação de obrigação de fazer, julgou a demanda improcedente. Confira- se fls. 131/132.

Inconformado, apela o autor (fls. 136/142), sustentando, em resumo, que: (i) quando de infarto que acometeu o autor, a ré foi negligente, tendo negado o fornecimento de 1 (um) dos 2 (dois) *stents* que o autor deveria ter

recebido, o que ocasionou a ocorrência, 15 (quinze) dias depois, de novo infarto e a seu afastamento de suas atividades profissionais por 6 (seis) meses, levando à inadimplência dos prêmios mensais do plano de saúde; (ii) "o exame médico realizado no Apelante (cateterismo), analisado em conjunto com as duas angioplastias realizadas, fizeram prova cabal do erro no atendimento prestado ao Apelante"; e (iii) a ré não notificou o autor previamente quanto ao cancelamento do plano de saúde, sendo que a assinatura que consta no AR não é do apelante. Conclui o autor pleiteando o provimento do recurso para que a ré "seja condenada, mediante pagamento, pelo Apelante, dos prêmios mensais inadimplidos, restabelecer [sic] o plano de saúde nos moldes ajustados entre as partes".

O preparo foi recolhido (fls. 143/144), sendo o recurso recebido (fls. 145) e contrarrazoado (fls. 147/152).

É o relatório, adotado, quanto ao mais, o da sentença apelada.

II - Discute-se, nos autos, a obrigação da apelada de restabelecer o plano de saúde individual do apelante, que foi cancelado tendo em vista inadimplemento dos prêmios mensais por prazo superior a 60 (sessenta) dias no ano, sob o fundamento de que a mora teria sido causada exclusivamente por conduta negligente da apelada, ao negar o fornecimento de *stent* e, via de consequência, causar novo infarto do apelante que o afastou de suas atividades profissionais durante 6 (seis) meses.

O atraso no pagamento dos prêmios mensais por prazo superior a 60 (sessenta) dias no ano é incontroverso.

A Lei n. 9.656/98 (art. 13, parágrafo único, II) autoriza a rescisão unilateral do contrato de plano de saúde individual em caso de não pagamento da mensalidade por período superior a 60 (sessenta) dias, consecutivos ou não, nos últimos 12 (doze) meses de vigência do contrato, desde que haja notificação prévia ao consumidor.

A carta e o respectivo aviso de recebimento de fls. 48/49 comprovam que o apelante foi previamente notificado quanto ao cancelamento do plano de saúde por inadimplência superior a 60 (sessenta) dias caso esta não fosse sanada no prazo de 10 (dez) dias do recebimento da notificação, o que não ocorreu.

É irrelevante que a notificação tenha sido recebida por outra pessoa se comprovadamente entregue na residência do apelante, no endereço constante da petição inicial e da procuração outorgada a seu patrono. Inútil seria o envio de correspondência com aviso de recebimento se neste devesse constar, especificamente, a assinatura do destinatário, ainda que entregue no endereço correto, eis que bastaria pedir que outro a recebesse para, posteriormente, negar o recebimento da correspondência.

Ademais, o apelante sabia estar inadimplente, o que, inclusive, não

Acesso ao Sumário

contesta.

Os documentos trazidos aos autos pelo apelante para demonstrar a suposta negligência na conduta da apelada por ocasião do infarto que lhe acometeu foram apresentados intempestivamente, a teor do art. 396, do CPC, eis que se relacionam a fatos narrados já na petição inicial e deveriam ter sido com ela apresentados. São, portanto, inadmissíveis, não havendo justa causa para sua juntada intempestiva.

Ainda que assim não fosse, tais documentos não contêm qualquer indício de negligência ou recusa da apelada em fornecer *stent* solicitado pelo médico assistente (a quem cabe definir o tratamento e solicitar os materiais para ele necessários).

Por fim, de acordo com o que se extrai dos autos, quando do cancelamento do plano de saúde, o apelante não se encontrava internado, o que afasta a hipótese do art. 13, parágrafo único, III, da Lei n. 9.656/98.

Nesse contexto, não se verifica ilegalidade no cancelamento do plano de saúde do apelante pela apelada, sendo de rigor a manutenção da sentença.

III - Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso. É o voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0006094-91.2009.8.26.0084, da Comarca de Campinas, em que é apelante CONSIMA INCORPORADORA CONSTRUTORA LTDA., são apelados PAULO COSME DUARTE (JUSTIÇA GRATUITA) e LUCIMARA BRITO DE FARIAS (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 11370)**

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

São Paulo, 21 de setembro de 2015.

RÔMOLO RUSSO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: RESCISÃO CONTRATUAL. Cooperativa habitacional. Devolução das parcelas pagas. Direito substantivo dos consumidores ao reembolso

imediato. Devolução dos valores pagos, corrigidos monetariamente e acrescidos de juros a partir da citação, com retenção de 10%, a título de ressarcimento das despesas administrativas, e de uma só vez. Súmulas ns. 1 e 2 da Seção de Direito Privado. Sentença mantida.

DANOS MATERIAIS. Lucros cessantes. Aluguel mensal durante o período de atraso arbitrado em quantia correspondente a 0,25% do valor atualizado do imóvel compromissado. Admissibilidade. Sentença mantida.

DANOS MORAIS. A sonegação da propriedade no prazo estabelecido no negócio jurídico não enseja, em regra, sofrimento de ordem moral. Inexistência de quebra da esperança com a aspiração da morada. Depreciação da dignidade humana não verificada. Admissibilidade excepcional. Indenização indevida. Sentença reformada. Recurso parcialmente provido.

VOTO

Da r. sentença que julgara procedente a ação de rescisão contratual c.c. indenização para rescindir o negócio jurídico celebrado entre as partes e condenar a ré na restituição imediata de 90% dos valores pagos pelos autores, bem como no pagamento da quantia de R$ 20.000,00, a título de indenização por danos morais, e de R$ 7.000,00, a titulo de lucros cessantes (fls. 347/356); apela a vencida asseverando, em síntese, que: a) deve ser reconhecida sua ilegitimidade passiva *ad causam*, vez que não celebrara compromisso de compra e venda com os autores, mas apenas fora contratada pela cooperativa para a construção do empreendimento imobiliário; b) o negócio jurídico celebrado entre os autores e a cooperativa é válido; c) é descabida a devolução integral dos valores pagos pelos cooperados; d) os danos materiais e morais alegados não estão configurados (fls. 365/375).

Recurso tempestivo, preparado e respondido (fls. 395/404).

Não houvera oposição ao julgamento virtual (fls. 424).

É o relatório.

Consistente em parte o apelo.

1. Da ilegitimidade passiva *ad causam*

De plano, não vinga a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* da ré, notadamente porque ela participara da relação jurídica versada nestes autos, tal e qual restara evidenciado pelos documentos a fls. 60/143.

Acesso ao Sumário

Incide, outrossim, o regime de responsabilidade civil solidária estabelecido pelo CDC (arts. 7º, parágrafo único; 12, *caput*; 14, *caput*, e 25, § 1º, da Lei n. 8.078/90).

Cristalina, portanto, a legitimidade passiva da ré para figurar no polo passivo da presente relação jurídica processual, sobretudo porque inseparável a cadeia negocial a qual se vinculara.

Neste aspecto, merece destaque o escólio de CLAUDIA LIMA MARQUES, *in verbis*:

> "*A cadeia de fornecimento é um fenômeno econômico de organização do modo de produção e distribuição, do modo de fornecimento de serviços complexos, envolvendo grande número de atores que unem esforços e atividades para uma finalidade comum, qual seja a de poder oferecer no mercado produtos e serviços para os consumidores. O consumidor muitas vezes não visualiza a presença de vários fornecedores, diretos e indiretos, na sua relação de consumo, não tem sequer consciência - no caso dos serviços, principalmente - de que mantém relação contratual com todos ou de que, em matéria de produto, pode exigir informação e garantia diretamente daquele fabricante ou produtor com o qual não mantém contrato. A nova teoria contratual, porém, permite esta visão de conjunto do esforço econômico de 'fornecimento' e valoriza, responsabilizando solidariamente, a participação desses vários atores dedicados a organizar e realizar o fornecimento de produtos e serviços*" (Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 415-416).

2. Da rescisão do negócio jurídico

Com efeito, no regime jurídico da aquisição de imóvel em construção, tendo havido a rescisão do negócio jurídico, tem o consumidor o direito substantivo à devolução imediata das parcelas pagas, descontando-se o percentual avençado, salvo abusividade.

Afigura-se, pois, razoável a retenção de 10% daquilo que foi pago pelos recorridos, a título de ressarcimento da cooperativa por perdas e danos oriundos do exercício do direito de retirada por um de seus cooperados.

Acesso ao Sumário

No mais, descabe condicionar o aludido reembolso a evento futuro, certo ou incerto.

Trata-se de cláusula potestativa pura, a qual contém viva abusividade, a qual tisna o enriquecimento sem causa, ainda que no regime de cooperativa, na qual também se aplica o CDC.

Essa é, aliás, a orientação do C. STJ, consoante recolhe-se, por amostragem, os V. Acórdãos, a saber:

> "*É abusiva, por ofensa ao art. 51, incisos II e IV, do Código de*

Defesa do Consumidor, a cláusula contratual que determina, em caso de rescisão de promessa de compra e venda de imóvel, a restituição das parcelas pagas somente ao término da obra" (AgRg no REsp 1.207.682/SC, Rel. Min. SIDNEI BENETI).

"Há enriquecimento ilícito da incorporadora na aplicação de cláusula que obriga o consumidor a esperar pelo término completo das obras para reaver seu dinheiro, pois aquela poderá revender imediatamente o imóvel sem assegurar, ao mesmo tempo, a fruição pelo consumidor do dinheiro ali investido" (REsp 633.793/SC, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI).

"Agravo regimental no recurso especial - Ação de rescisão contratual - Compra e venda de imóvel - Prestação pagas - Devolução após o término da obra - Abusividade - Acórdão recorrido em harmonia com o entendimento desta corte - Lucros cessantes - Não comprovação do prejuízo - Reconhecimento - Impossibilidade de reexame de provas - Incidência da súmula 7 desta corte - Recurso improvido." (AgRg no REsp 238.099/SC, Rel. Min. MASSAMI YUEDA)

No mesmo diapasão é o entendimento cristalizado nas Súmulas de ns. 1 e 2 da Seção de Direito Privado deste Tribunal de Justiça, *in verbis*:

"Súmula 1. O Compromissário comprador de imóvel, mesmo inadimplente, pode pedir a rescisão do contrato e reaver as quantias pagas, admitida a compensação com gastos próprios de administração e propaganda feitos pelo compromissário vendedor, assim como com o valor que se arbitrar pelo tempo de ocupação do bem."

"Súmula 2. A devolução das quantias pagas em contrato de compromisso de compra e venda de imóvel deve ser feita de uma só vez, não se sujeitando à forma de parcelamento prevista para a aquisição."

3. Dos danos materiais

Por outro lado, configurada a mora da incorporadora, impõe-se a sua condenação no pagamento de indenização pelos danos materiais experimentados pelos consumidores em razão da inviabilidade de ocupação oportuna do bem imóvel prometido.

Tal reparo vigora desde agosto de 2000, termo final para entrega da unidade autônoma prometida (cláusula 7ª - fls. 25).

Juridicamente correto o pleito de indenização por lucros cessantes, vez que se cuida de lesão pela indisponibilidade da propriedade contratada.

A não fruição da propriedade imóvel é o suporte fático pertinente aos lucros cessantes.

Essa verba indenizatória flui naturalmente da simples negativa de disponibilidade da propriedade objeto do negócio jurídico.

Nesse sentido, são os precedentes, por amostragem, que reconhecem essa admissibilidade, a saber: REsp 1.335.554/RJ, Rel. Min. SIDNEI BENETI;

Acesso ao Sumário

REsp 953.907/MS, Rel. Min. NANCY NDRIGHI; REsp 968.091/DF, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES e muito recentemente AgRg no AREsp 525.614/MG, Rel. Min LUIZ FELIPE SALOMÃO, j. em 19/08/14.

Na espécie, o dever de honrar as perdas e danos experimentados, lícito que a ré responda pelos lucros cessantes, os quais foram bem fixados pela r. sentença (em R$ 7.000,00, isto é, em quantia correspondente a 0,25% do valor atualizado do imóvel compromissado por mês de atraso, no período compreendido entre agosto de 2000 até janeiro de 2003).

4. Dos danos morais

A sonegação da propriedade no prazo estabelecido não enseja, em regra, o crédito à indenização por sofrimento de ordem moral.

Na peculiaridade deste caso, o inadimplemento contratual da construtora não promovera a real penetração da conduta ilícita e indevida na esfera da personalidade humana dos recorridos.

Na espécie, na qual não se vê a quebra da esperança com o sonho da moradia, não se verifica, igualmente, a depreciação da dignidade humana dos apelados.

A inadimplência da construtora não tivera o condão de atingir valores espirituais, a paz íntima, ou ainda causar fenda no âmago do ser dos autores.

Pode haver dano moral em situações tais. Não, contudo, de modo geral e por força do simples inadimplemento contratual.

Não é viável, assim, a indenização por danos morais, posto que não se levanta a existência de lesão a nenhuma das faces dos direitos da personalidade dos consumidores.

É de rigor que se compreenda que a chave funcional do dano moral está no princípio constitucional e fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da Carta da República).

Acresça-se a isto que o inadimplemento contratual, por si só, não produz imediata lesão à esfera personalíssima dos contratantes inocentes.

A lesão, no caso, estreitara-se na geografia exclusiva de qualquer negócio jurídico.

Em casos tais, a reparação moral somente se aplica se o inadimplemento contratual trouxer reflexo sobre direito de personalidade do lesado.

Nesse sentido, os V. Arestos, *in verbis*:

"A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que, em regra, o simples inadimplemento contratual não gera indenização por danos morais. Precedentes" (AgRg no AREsp 141.971/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma).

"O simples inadimplemento contratual não gera, em regra, danos

Acesso ao Sumário

morais, por caracterizar mero aborrecimento, dissabor, envolvendo controvérsia possível de surgir em qualquer relação negocial, sendo fato comum e previsível na vida social, embora não desejável. No caso em exame, não se vislumbra nenhuma excepcionalidade apta a tornar justificável essa reparação" (REsp 827.833/MG, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, Quarta Turma).

"(...) salvo circunstância excepcional que coloque o contratante em situação de extraordinária angústia ou humilhação, não há dano moral. Isso porque, o dissabor inerente à expectativa frustrada decorrente de inadimplemento contratual se insere no cotidiano das relações comerciais e não implica lesão à honra ou violação da dignidade humana. Precedentes" (REsp 1129881/RJ, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, Terceira Turma).

Ainda com esta exegese os precedentes, a saber: AgRg no AREsp 103.684/MA, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, Quarta Turma; AgRg no AgRg no Ag 546.608/RJ, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Quarta Turma; REsp 744.741/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, Terceira Turma; REsp 803.950/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma; REsp 745.328/RJ, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Quarta Turma; AgRg no Ag 605.950/RJ, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, Terceira Turma; REsp 702.998/PB, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Terceira Turma; e, REsp 636.002/RJ, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Quarta Turma.

O C. STJ, a esse propósito, admitira o dano moral nos casos que envolvem o conhecido caso da Construtora Encol, o que fica margeado.

Por essa lente, a indenização por dano moral deve estar apoiada em ofensa angustiante - física ou psíquica - que apresente certa magnitude.

Jamais o dano moral, pois, pode ser resumido a pequenos aborrecimentos limitados pela transitoriedade.

Por esses fundamentos, pelo meu voto, dou parcial provimento ao recurso para julgar improcedente o pedido de indenização por danos morais, mantendo-se no remanescente a r. sentença.

Ante a sucumbência recíproca, arcará a ré com o pagamento do percentual de 70% das custas processuais e verba honorária, a qual fixo em 10% sobre o valor da condenação, nos termos do art. 20, § 3º, do CPC, em razão do julgamento antecipado da lide; cabendo o percentual remanescente (30%) aos autores.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000737-76.2013.8.26.0477, da Comarca de Praia Grande, em que é apelante WAGNER LUCAS RODRIGUES DE MACEDO, é apelado OSWALDO GARCIA VALLENSUELA.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U., declara voto vencedor o revisor.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.417)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALEXANDRE LAZZARINI (Presidente) e THEODURETO CAMARGO.

São Paulo, 22 de setembro de 2015.

MAURO CONTI MACHADO, Relator

Ementa: Apelação cível. Responsabilidade civil. Indenização por dano moral. Dano moral configurado. Imputação de conduta ímproba ao autor. Recurso a que se nega provimento.

VOTO

Insurge-se o apelante contra sentença proferida às fls. 94/99 que julgou a demanda parcialmente procedente e condenou o réu a pagar R$ 7.240,00 (sete mil duzentos e quarenta reais) ao autor, a título de reparação por danos morais.

Aduz o autor que foi síndico do condomínio onde residem ele e o réu por oito anos, e sempre realizou seu trabalho com extremo zelo. Porém, durante uma reunião de condôminos, o réu indicou, diante de diversos outros moradores, que o requerente teria utilizado o dinheiro das contribuições condominiais para proveito próprio.

Segundo a inicial, no dia dos fatos, houve assembleia geral extraordinária na qual foram apresentados balancetes referentes ao ano de 2011, os quais suscitaram dúvidas entre os presentes. Diante das explicações do corpo administrativo do prédio, o réu teria dito a todos os presentes que houve improbidade na gestão.

Tal fato gerou grande tumulto na reunião, que apenas foi solucionado horas depois, e abalou profundamente o relacionamento do autor com seus vizinhos, pois passaram a acreditar que foram ludibriados e expropriados pelo requerente.

Ainda, de acordo com a exordial, condôminos que estivessem em débito com o condomínio, realidade que incluía o requerido, não poderiam manifestar-se durante a assembleia, mas a regra não foi cumprida, e o réu não apenas se

Acesso ao Sumário

manifestou como ofendeu a honra do autor e causou grande excitação nos presentes.

O réu, por sua vez, apresentou contestação, na qual impugnou os fatos apresentados pelo autor.

Segundo a defesa, a palavra "improbidade" foi utilizada de maneira respeitosa, com a intenção de apenas alertar os outros condôminos acerca de possível má administração do condomínio.

Além disso, argumenta o requerido que o autor contratou e manteve sua própria filha na qualidade de advogada do condomínio, quando já havia empresa especializada exercendo tal função, o que configura improbidade e, portanto, não é possível a reparação por danos morais, tendo em vista a aplicação de exceção da verdade analogicamente.

A sentença foi proferida às fls. 94 e a ação foi julgada parcialmente procedente, com base na confissão do réu, que admitiu diversas vezes em sua defesa ter imputado ao autor conduta ímproba.

É a suma do necessário.

Não assiste razão ao apelante.

Primeiramente, não há que se falar em nulidade da sentença, nem por cerceamento de defesa, nem por ter o juízo de primeiro grau se isentado de analisar toda e qualquer conjectura aduzida pelo réu.

Como bem indicado pelo julgador monocrático em sua decisão acerca dos embargos de declaração opostos pelo réu, o juiz não é obrigado a responder a todas as alegações das partes quando já houver encontrado fundamento bastante para proferir a sentença.

À tese de mérito desenvolvida em sede de apelação não assiste melhor sorte.

Nos autos, especialmente diante da confissão trazida pelo réu em sua contestação, é possível verificar que houve dano à honra do autor, razão pela qual deve restar a condenação do réu.

Para a aferição do dano causado não é relevante se o autor contratou sua filha para exercer as atividades de advogada do condomínio, ou a maneira como a palavra "improbidade" é utilizada na Lei, mas apenas se o requerido ofendeu a honra do requerente, hipótese demonstrada nos autos e confessada.

Por fim, a aplicação da exceção da verdade não é cabível no caso em tela, pois se trata ação cível de reparação por danos morais, sendo impossível aproveitar instituto de direito material penal para socorrer o sucumbente.

Posto isto, nega-se provimento ao recurso.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR

Acesso ao Sumário

(Voto nº14637)

I) Concordo com o Exmo. Sr. Desembargador Relator.

II) As partes tiveram conflito em assembleia condominial, tendo em vista a contratação da filha do síndico (autor e apelado) para prestar serviços advocatícios para o condomínio.

Por essa razão, afirmou o réu (apelante) que o síndico agiu com improbidade e sem boa-fé. Isso está devidamente demonstrado pelo próprio réu na gravação que apresentou e transcreveu (DVD, fl. 58; transcrição, fl. 65).

A ata da assembleia em questão contém tal afirmação (fl. 15).

III) É certo que é questionável a conduta do síndico, pois poderia contratar qualquer outro advogado, que não fosse a sua filha.

Aliás, o próprio apelante é advogado, que outorga procuração para si mesmo (fl. 56) e assina "p.p." a sua contestação (fl. 55), por exemplo.

Enfim, poderia o réu questionar a contratação e as razões dela, o que não se confunde com o afirmar a "improbidade" (aqui, não no sentido técnico) e a má-fé, como a prova que produziu confirma que fez.

IV) Por isso, no caso concreto, adequada a condenação imposta, razão pela qual acompanho o Exmo. Sr. Desembargador Relator e nego provimento à apelação do réu.

ALEXANDRE LAZZARINI, Desembargador

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1013171-46.2013.8.26.0068, da Comarca de Barueri, em que é apelante/apelada AMIL ASSISTÊNCIA MÉDICA INTERNACIONAL S.A., é apelado/apelante NUTRIMILK DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS LACTEOS LTDA.

ACORDAM, em 1ª 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 ao recurso da autora. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 11.653)**

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

São Paulo, 29 de setembro de 2015.

CLAUDIO GODOY, Relator

Ementa: Plano de saúde coletivo. Elevação do prêmio. Dever de transparência e informação. Cláusula obscura no tocante ao aumento implementado. Pretendida elevação em razão do aumento do índice de sinistralidade deveria ser convenientemente justificada. Descabimento. Abusividade da elevação aos 59 anos, da ordem de 88,38%, passando a prestação de uma das beneficiárias de R$ 1.200,37 para R$ 2.257,98. Previsão, ademais, para faixa etária logo anterior ao implemento dos sessenta anos, que faria incidente o artigo 15 do Estatuto do Idoso. Reajuste limitado ao percentual de 60%, conforme precedentes da Câmara. Verba honorária mantida. Sentença reformada em parte. Recurso da ré desprovido e parcialmente provido o da autora.

VOTO

Cuida-se de recursos interpostos contra sentença (fls. 185/192) que julgou parcialmente procedente os pedidos para condenar a ré, em relação aos anos de 2011 e 2012, a aplicar a título de reajustes apenas aqueles aprovados pela ANS para contratos individuais, bem assim para reconhecer a nulidade da cláusula que prevê a resilição imotivada do contrato celebrado entre as partes (cláusula 15.1), autorizados os reajustes por faixa etária aos 59 anos e declarada legal a cláusula que prevê o aumento por sinistralidade, condenando a ré ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R$ 2.500,00.

Sustenta a ré, em sua insurgência, a legalidade dos reajustes aplicados em 2011 e 2012, pois se trata de contrato coletivo empresarial e o aumento pode ser baseado na variação da sinistralidade. Aduz que, no caso de contratos coletivos, os índices de reajustes financeiros não são definidos pela ANS, que somente os acompanha, sendo incabíveis os percentuais aplicados aos planos individuais. Defendendo que ausente qualquer abusividade ou ilicitude, e que o aumento por sinistralidade visa o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, assevera que cabia à parte contrária fazer prova de que o reajuste não obedecia aos parâmetros contratuais. Por fim, sustenta a redução dos honorários advocatícios arbitrados.

Defende a autora, em sua irresignação, que o reajuste aplicado pela ré por faixa etária está em desacordo com os critérios estabelecidos no art. 15 da Lei 9.656/98.

Recursos regularmente processados e respondidos.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

Entende-se que a sentença esteja a merecer parcial reparo.

Antes de mais nada, releva salientar que, em contratos como o presente, cativos e de longa duração, em que a relação se desenvolve durante largo interregno, cobrindo eventos que dizem com a saúde do consumidor, assim dotado de uma especial expectativa de atendimento por um fornecedor a quem se liga confiando na sequência de sua cobertura, avulta a importância de se observarem princípios básicos do próprio mercado de consumo e, hoje, mesmo das relações paritárias (v. arts. 421 e 422 do CC/02). Trata-se, de forma muito particular, de atender aos imperativos de equilíbrio do contrato e de boa-fé objetiva.

Pelo primeiro, impõe-se que o contrato nasça e se mantenha de acordo com uma mesma equação equilibrada, que evite exagerada desproporção na distribuição das vantagens e ônus contratuais. Mais, não se pode admitir qualquer hipótese de alteração unilateral que lhe imponha onerosidade excessiva, frustrando a expectativa de atendimento do consumidor, forjada em relação, como se disse, de longa duração.

E exatamente porque esta relação se desenvolve no decorrer do tempo, sobreleva o dever de lealdade, de comportamento reto que, de outro turno, a boa-fé objetiva induz, de modo a assegurar que as partes não se desviem do projeto originário comum que o contrato, tal como entabulado, encerra.

Tudo isto se obtempera para assentar que, tal como implementado pela ré, o reajuste do contrato, ao que se crê, desatende àqueles princípios contratuais que, em última análise, traduzem real exigência constitucional (art. 3º, I, da CF/88). Desequilibra-se, sem dúvida, e de forma abrupta, a situação do consumidor, veja-se, a quem nunca convenientemente demonstrada e explicada a exata dimensão da defasagem que se atribui a seu contrato. Impõe-se-lhe, ao argumento de que devido para equalizar o ajuste, um resíduo de cuja composição não se tem perfeita ciência.

Noutras palavras, impõe-se ao consumidor um reajuste a pretexto de uma defasagem não convenientemente explicada e que se tenciona recompor num só golpe, revendo o preço da avença em patamar muito superior.

Evidencia-se, então, maltrato claro àqueles princípios contratuais antes identificados, que devem permear o desenvolvimento da relação estabelecida pelas partes.

Porém, há mais e mais grave.

Veja-se que o CDC, primeiro, exigiu que os contratos de adesão fossem redigidos de forma a facilitar a compreensão do consumidor (art. 46), especialmente ocupando-se de obrigar a que cláusulas limitativas, em ajustes de adesão, viessem redigidas de forma destacada (art. 54, par. 4o). Aliás, a

Acesso ao Sumário

própria Lei dos Planos de Saúde disto não destoou (art. 16 da Lei 9.656/98). De outra parte, deu-se o CDC a elencar cláusulas que considerou abusivas (art. 51), dentre as quais aquelas que se ostentem incompatíveis com a boa- fé e equidade, desfavorecendo o consumidor (inciso IV), ou que permitam, direta ou indiretamente, a unilateral alteração da equação econômica do contrato (inciso X).

Mesmo o Código Civil, queira-se paritária a relação, em seu artigo 423 impôs a interpretação favorável ao aderente, em contratos de adesão, de cláusulas ambíguas, afinal sendo também esta normatização geral permeada pelos princípios do equilíbrio contratual e boa-fé, particularmente vedando-se a potestatividade, tal qual soa do preceito do artigo 122.

Ora, no caso, assim se coloca a cláusula de reajuste, que apresenta fórmula matemática com variáveis que não são de conhecimento dos beneficiários (fls. 51). Têm-se dados não previamente identificados, comunicados e discutidos, mas sim a informação do novo valor a pagar. Nem favorece a ré demonstrar o cálculo se, afinal, suas bases decorrem de dados que são unilaterais. Claro, então, o maltrato ao dever básico de transparência e de informação.

E note-se que, no caso, ausente documento que demonstre o percentual apurado e, portanto, que justifique os aumentos por sinistralidade, o que torna evidente que são rigorosamente unilaterais. No mais, quando instada a especificar provas, a apelante requereu o julgamento, desinteressando-se pela dilação (fls. 151).

E, a rigor, a cláusula nem mesmo prevê aumento por sinistralidade, mas para o caso de ausência de normas legais que regulamentem o reajuste de preços (cláusula 14.6).

Porém, seja como for, mesmo que sob o pálio desta alegação, o deslinde não se alteraria. Com efeito, no tocante à sinistralidade, não se nega que o ajuste nasça e se deva manter de acordo com uma mesma equação equilibrada, de sorte a evitar exagerada desproporção na distribuição das vantagens e ônus contratuais. Mas isto não significa autorização para alterações unilaterais e efetivadas longe da devida informação ao parceiro contratual, um dos deveres anexos que a boa-fé objetiva, na sua função supletiva, sabidamente impõe à relação obrigacional. Em diversas palavras, na sua função supletiva, a boa-fé objetiva consiste em dotar, suprir, enriquecer o vínculo obrigacional com deveres, chamados anexos ou laterais, que são, justamente, de conduta leal, de colaboração, verdadeiramente de cooperação (por todos: **Clóvis do Couto e Silva. *A obrigação como processo*. Bushatsky, 1976, p. 111-119**).

Ou seja, mesmo não discutida, propriamente, a previsão da sinistralidade, - inclusive sobre ela já se tendo manifestado, recentemente, o Superior Tribunal de Justiça (v. **Resp. n. 1.102.848/SP, j. 03.08.2010**) -, remanesce, de toda sorte,

Acesso ao Sumário

indevida a forma de sua implementação.

Daí a opção pelos aumentos autorizados pela ANS. E, posto não se queira ser caso de subsunção, porque o contrato não é individual, tem-se recurso para integração do projeto contratual dada a abusividade, tal como disposta, da cláusula imposta para estatuir o reajuste das mensalidades.

E, insiste-se, de todo modo dizer que inaplicável o aumento da ANS ou que o contrato deva manter seu equilíbrio econômico não significa autorizar a apelante a deliberar elevações unilaterais, não previamente justificadas e informadas ao consumidor, longe, inclusive, do procedimento judicial contraditório de revisão, que é devido (a respeito, ver o quanto expendido em aresto desta Câmara, da lavra do E. Des. Elliot Akel, *in* **Ap. civ. n. 325.923-4/7-00, j. 17.11.2009**).

No que se refere ao aumento implementado por variação de faixa etária aos 59 anos, entende-se igualmente haver abusividade a corrigir.

Diante da elevação por faixa etária, costumeiro argumentar que a potencialidade do risco aumenta com a idade, pelo que o aumento diferenciado atende à necessidade de equilíbrio do ajuste.

Mas, a respeito, é bom lembrar que o seguro, a rigor, induz um grande mutualismo, em que a seguradora gere um fundo composto pela contribuição de uma massa de segurados, sujeitos ao mesmo tipo de risco, cujos prêmios não se calculam em função da situação individual de cada qual, mas por previsão estatística e atuarial que implique numa repartição proporcional das perdas globais, tal qual observa, forte na lição de Fábio Comparato, Ernesto Tzirulnik (in ***Princípio indenitário no contrato de seguro***. **Revista dos Tribunais. ano 88. v. 759. Jan. 1.999. p. 89-121**).

Isto significa que a maior potencialidade de sinistro ou uso dos benefícios do plano em função da idade deve ser fator considerado e calculado já nas contratações em geral, sempre tomado o caráter cooperativo e mutualístico do seguro. Como está no estudo citado (***idem ibidem***), prestação e contraprestação no seguro não se determinam com referência a um contrato isolado, mas em relação à massa dos seguros daquele tipo realizados pelo segurador.

Acesso ao Sumário

Na espécie concreta, impôs-se, pelo contrato (fls. 50/51), desde quando ela completasse cinquenta e nove anos, reajuste de 88,38%, portanto aumentando, e muito, o valor da mensalidade da beneficiária Zeile Glade, inicialmente de cerca de R$ 1.200,37, passando a R$ 2.252,98, inviabilizando, verdadeiramente, a permanência do atendimento contratado, assim bem além de se cogitar da alegada manutenção do equilíbrio do ajuste.

Ora, ainda por hipótese se admitisse que a idade fosse um fator de reajuste do prêmio do seguro, segundo faixas pré-estabelecidas, de resto como se quis levar à previsão do artigo 35-E da Lei 9.656/98, ela não pode constituir uma real

barreira a que o consumidor permaneça sendo atendido pelo plano, ou seja, a que persista cobertura que no caso é essencial (contrato chamado existencial).

Mas, aceita a elevação em comento, e mesmo consideradas as outras faixas de idade, é o que ocorreria. Examinando hipótese parelha, muito embora com relação a índice de reajuste que era ainda maior, assentou o Tribunal de Justiça do Estado que "*a majoração pretendida, ainda que expressamente estipulada em cláusula contratual, ocasiona onerosidade excessiva do segurado, que é proibida pelo Código de Defesa de Defesa do Consumidor, em seu artigo 51, IV e par. 1º, I e III, tornando-a nula de pleno direito. Vale lembrar que o consumidor é a parte mais fraca do contrato e no mais das vezes sequer recebe cópia ou tem consciência de que reajuste tão alto estava previsto numa de suas incontáveis cláusulas.*" Mais, mesmo no tocante ao argumento do aumento do risco, o mesmo aresto acentua que "*as relações de consumo não podem sofrer imposições decorrentes de afirmações não comprovadas de elevação de custos com base em cálculos atuariais não esclarecidos, sob pena de grave prejuízo ao segurado consumidor e ferimento concreto ao princípio da transparência na execução dos contratos.*" (**Ap. Civ. n. 502.715-4/8, j. 24.05.2007**)

De outra parte, deu-se o CDC a elencar cláusulas que considerou abusivas (art. 51), dentre as quais aquelas que se ostentem incompatíveis com a boa-fé e equidade, desfavorecendo o consumidor (inciso IV), ou que permitam, direta ou indiretamente, a unilateral alteração da equação econômica do contrato (inciso X).

Finalmente, não valesse o quanto expendido, impende anotar a previsão de elevação tão acentuada logo ao implemento dos 59 anos, em notório propósito de evitar a incidência protetiva, e imperativa, categórica, do artigo 15 do Estatuto do Idoso.

Em casos semelhantes, de aumento por faixa etária no implemento da idade de 59 anos, este Eg. Tribunal tem recentemente assim julgado:

> "*REVISÃO DE CONTRATO. Reajuste das parcelas do prêmio do plano de saúde, em razão do implemento de idade. Cláusula contratual que determina de modo objetivo os critérios de reajuste. Possibilidade de reajuste do preço aos 59 anos da autora. Reajuste abusivo, porém, à luz do caso concreto além de não atender à Resolução Normativa n. 63/03 da ANS. Excesso reconhecido a comportar redução, com fundamento no Código de Defesa do Consumidor, legislação aplicável à espécie. Redução, no entanto, que deve considerar o fato de ser a última possibilidade de reajuste por faixa etária. Recurso da ré parcialmente provido.*" **(TJSP, Apelação n. 1008126-04.2014.8.26.0011, Rel. Des. Francisco Loureiro, 1ª Câmara de Direito Privado, j. 8.8.2015)**
>
> "*Ementa - Plano de Saúde - Consumidor - Autora requereu a decretação*

da nulidade do reajuste por faixa etária - Juiz a quo decretou nulo também o reajuste por sinistralidade - Sentença ultra petita - Excesso que não anula a sentença - Eliminação do excesso possível - Reajuste de mensalidades em razão de mudança da faixa etária de segurada que completou 59 anos - Obediência ao disposto na Resolução Normativa n. 63/2003 - Entendimento recente do STJ - Respeito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato e ao princípio da igualdade material - Abusividade verificada - Variação acumulada entre a sétima e a décima faixas etárias superior a acumulada entre a primeira e a sétima faixas etárias - Limitação do reajuste em 49,86% - Restituição dos valores pagos a maior - Sentença parcialmente reformada - Sucumbência recíproca - Recurso parcialmente provido." (**TJSP, Apelação n. 1012175-88.2014.8.26.0011, Rel. Des. Luiz Antonio Costa, 7ª Câmara de Direito Privado, j. 22.7.2015**)

"*Apelação - Plano de Saúde - Ação declaratória c.c. cominatória, com pedido de antecipação de tutela - Alegação de aumento abusivo e ilegal nas mensalidades em razão de mudança de faixa etária aos 59 anos - Procedência com declaração de nulidade dos reajustes por faixa etária, com limitação de reajuste a 17,5% - Abusividade de cláusulas bem apreciada - Apesar de o reajuste ocorrer antes dos 60 anos, o que não fere o estatuto do idoso, e não ferir a fórmula de reajuste da Resolução Normativa Consu 63 da ANS, ao estipular que o reajuste aos 59 anos seja exagerado (89,07%) a norma é abusiva diante do 51, IV e X do CDC, deixando o consumidor em clara desvantagem e inviabilizando a manutenção do plano de saúde aos segurados após completarem 59 anos, retirando do idoso, mesmo antes de atingir esta condição, seu direito à saúde - Reajuste que fica limitado a 50% sobre a faixa anterior, conforme precedentes desta Corte e Câmaras Honorários que ficam mantidos - Sentença parcialmente reformada - Recurso parcialmente provido.*" (**TJSP, Apelação n. 1008191-96.2014.8.26.0011, Rel. Des. Silvério da Silva, 8ª Câmara de Direito Privado, j. 18.6.2015**)

Por isso tudo, afasta-se o reajuste abusivo de 88,38% do prêmio pelo implemento da idade de 59 anos dos beneficiários do plano. Porém, garantida, porque prevista no contrato e na lei, uma elevação, malgrado limitada a 60%, percentual já adotado por esta Câmara para casos parelhos (**Ap. 0036265-44.2013.8.26.0002, rel. Des. Christine Santini, j. 30.6.2015; Ap. 1018031-53.2014.8.26.0554, rel. Des. Christine Santini, j. 16.6.2015; Ag. Reg. 2048378-31.2015.8.26.0000, rel. Des. Francisco Loureiro, j. 12.5.2015; Ap. 0030209-89.2013.8.26.0003, rel. Des. Rui Cascaldi, j. 12.5.2015**).

Diante da abusividade da cláusula que instituía a elevação do prêmio pela idade, de rigor a compensação, como requerida, com as parcelas a vencer, do

Acesso ao Sumário

quanto pago a maior, de forma simples, tudo conforme a apurar em liquidação, devidamente corrigida, pela Tabela Prática, com juros de 1% ao mês, devidos desde a citação.

Por fim, atentando-se às circunstâncias do caso, entende-se bem arbitrada pelo MM. Juiz *a quo* a verba honorária, desprovido o recurso da ré também neste aspecto.

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso da ré e **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso da autora.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0126281-17.2008.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes LIU LIH HUAH e CHANG LEE HONG, são apelados DENISE TEIXEIRA DE SALLES OLIVEIRA MALTA, TERCEIROS INTERESSADOS, RÉUS INCERTOS E DESCONHECIDOS e STERILAIR INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE APARELHOS ELÉTRICOS LTDA.

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 33347)**

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

São Paulo, 1 de setembro de 2015.

RUI CASCALDI, Relator

Ementa: USUCAPIÃO ORDINÁRIA - Autores que firmaram com a empresa ré compromisso de compra e venda, por meio do qual adquiriram o imóvel objeto da lide - Ajuizada, primeiramente, ação de adjudicação compulsória, chegaram as partes a acordo, no qual reconheceu a promitente vendedora a quitação - Não lograram êxito os autores, contudo, na lavratura da escritura de compra e venda e registro perante o cartório imobiliário, em razão da impossibilidade de obtenção de documentos da vendedora, em especial de certidões negativas de débitos perante o INSS e a Receita Federal - Vendedora que, desde então, tem se

Acesso ao Sumário

quedado silente e inerte - Transação obtida em sede de demanda de adjudicação que se revelou inócua - Celebração de compromisso de compra e venda que enseja a possibilidade de ajuizamento tanto de ação de adjudicação compulsória quanto de usucapião - Precedentes - Usucapião ordinária - Requisitos legais do art. 1242 preenchidos - Ausência de resistência à pretensão autoral - Ação procedente - Recurso provido.

VOTO

Trata-se de apelação de sentença, cujo relatório se adota, que julgou improcedente ação de usucapião. Foram os autores vencidos condenados a arcar com as custas processuais, sem fixação de honorários advocatícios sucumbenciais.

Recorrem os autores, sustentando, em síntese, que exercem a posse mansa e pacífica do imóvel objeto da lide há mais de dez anos, posse esta fundada em justo título. Aduzem que, inicialmente, tendo eles pago a integralidade do preço avençado em compromisso de compra e venda firmado com a ré Sterilair, tentaram obter a outorga da escritura de compra e venda mediante aforamento de ação de adjudicação compulsória, cujo resultado acabou frustrado ante a impossibilidade de obtenção da certidão negativa de débitos junto ao INSS e à Receita Federal em nome da ré promitente vendedora. Alegam que, diante disso, ajuizaram a presente ação de usucapião, estando presentes todos os requisitos legais para reconhecimento da prescrição aquisitiva. Pugnam pela reforma da sentença, para que seja julgada procedente a demanda.

Recurso processado sem resposta, decorrido *in albis* o prazo legal para oferecimento de contrarrazões.

É o relatório.

Sabe-se que em 26.05.1997, os autores LIU e CHANG celebraram com a ré STERILAIR compromisso de compra e venda, por meio do qual adquiriram os primeiros o imóvel objeto da lide, consistente em terreno urbano localizado à Av. Armando Ferrentini esquina com a Rua Castro Alves, 37º Subdistrito da Capital (Aclimação), matriculado sob o nº 100.594, do 16º Registro de Imóveis desta Comarca.

Alegando terem pagado a integralidade do preço pactuado, ingressaram os demandantes, à partida, com ação de adjudicação compulsória contra a STERILAIR (processo nº 583.00.2003.133499-9, que tramitou perante a 22ª Vara Cível da Capital). Em tal ação, as partem compuseram-se: a ré aceitou os valores depositados pelos autores e deu por quitado o contrato. Foi prolatada

Acesso ao Sumário

sentença homologatória, nos termos do art. 269, III, do CPC (fl. 107).

Contudo, não teriam os autores conseguido obter para si a escritura nem ultimar o registro do título aquisitivo, apesar da quitação do contrato de compromisso de compra e venda reconhecida no acordo homologado, por impossibilidade de apresentação de documentação necessária ao registro (certidões negativas da promitente vendedora junto ao INSS e à Receita Federal). Afirmam que a empresa ré simplesmente "sumiu" depois do entabulado acordo.

Ingressaram, assim, com a presente ação de usucapião, como forma de contornar o impedimento que obstava a plena satisfação da pretensão postulada na anterior ação de adjudicação compulsória.

Inobstante citada pessoalmente (por carta precatória, fl. 249 vº), a ré promitente vendedora quedou-se inerte.

Portanto, atento aos efeitos preconizados pelo art. 319 do CPC, tem-se o seguinte panorama: os autores pagaram a integralidade do preço de compromisso de compra e venda firmado com a empresa ré e até obtiveram sentença de mérito (homologatória de acordo) em sede de ação de adjudicação compulsória. Todavia, tal sentença revelou-se inócua, pois impossibilitados estão os autores de proceder ao registro do título de domínio, em razão do não fornecimento das certidões negativas de débitos perante o INSS e a Receita Federal por parte da vendedora, com a qual não mais se conseguiu contato.

Pois bem, à partida, frise-se que ante a existência de compromisso de compra e venda quitado, em tese, não estariam os autores, compromissários compradores, obrigados a ajuizar ação de adjudicação compulsória em face dos proprietários que não lhe outorgaram a escritura definitiva do imóvel adquirido, sendo possível a aquisição do domínio mediante aforamento de ação de usucapião.

Logo, aos adquirentes, a princípio, há a possibilidade de propositura de ação de usucapião ou de adjudicação compulsória.

Neste sentido já entendeu esta Câmara, em acórdão de mesma relatoria que o presente: Apel. 0302233-82.2009.8.26.0000, j. em 09.04.2013.

Ora, havendo tal possibilidade, e restando impedida a aquisição da propriedade pelo meio derivado da adjudicação compulsória (que demanda registro do título aquisitivo de domínio perante o cartório imobiliário, ato tal condicionado à apresentação de documentos relativos à antiga proprietária, tais como certidões negativas de débitos tributários), há sim interesse dos autores no manejo da presente ação de usucapião ordinária.

Verifica-se que no mesmo sentido, em caso parecido, já se posicionou este Tribunal:

"USUCAPIÃO ORDINÁRIA - Compromisso de compra e venda - Extinção do processo sem julgamento do mérito - Petição inicial indeferida (art.

Acesso ao Sumário

295, III, CPC) ante a ausência de interesse processual no manejo do procedimento eleito - Inconformismo - Adjudicação Compulsória - Procedimento inócuo - A proprietária, pessoa jurídica foi extinta e nova empresa constituída - Impossibilidade na apresentação de documentação hábil ao registro do título de domínio, tampouco expedição de certidão negativa de tributos - Interesse processual configurado no ajuizamento da demanda - Julgamento - Aplicação do artigo 515, § 3º, CPC - Usucapião - Ordinária - Requisitos legais preenchidos (posse contínua, justo título, boa-fé, decurso do prazo de 10 anos) - Inteligência do artigo 1.238, CC - Procedência do pedido - Sem sucumbência - Recurso provido." (Apel. 0009060-32.2008.8.26.0320, 2ª Câmara de Direito Privado, rel. Marcia Tessitore, j. em 03.03.2015).

Assim sendo, constata-se estarem presentes os requisitos legais para o reconhecimento da usucapião ordinária, de acordo com o disposto no art. 1.242 do Código Civil, segundo o qual "*Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos*".

Saliente-se que não houve resistência à pretensão autoral por parte da União, da Fazenda Estadual, nem do Município, tampouco dos confrontantes, tendo a promitente vendedora ré, como já dito, quedado silente.

Indubitável, nessa esteira, que os autores, com espeque em justo título (compromisso de compra e venda quitado, celebrado com a antiga proprietária), exerceram, de boa-fé e sem oposição, durante o prazo exigido por lei, a posse *ad usucapionem*, não havendo motivo para que não se reconheça, em favor dos demandantes, a prescrição aquisitiva sobre o imóvel.

Diante do exposto, **DÁ-SE PROVIMENTO** ao recurso, para JULGAR PROCEDENTE a presente ação de usucapião ordinária e assim declarar os autores proprietários do bem imóvel objeto da lide e ordenar a expedição do respectivo mandado para o Cartório de Registro Imobiliário. Em razão da sucumbência e do princípio da causalidade, deverá a ré STERILAIR INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. arcar com as custas e despesas processuais, bem como com os honorários advocatícios da parte vencedora, estes fixados equitativamente em mil reais.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1042837-59.2014.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ROBERTO PEREIRA DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado LUCAS CORRÊA OLIVEIRA.

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 26.986)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RUI CASCALDI (Presidente sem voto), CHRISTINE SANTINI e CLAUDIO GODOY.

São Paulo, 8 de setembro de 2015.

FRANCISCO LOUREIRO, Relator

Ementa: DIREITO AUTORAL - Alegação de plágio - Refrão da música do demandante foi também utilizado como refrão em canção do réu, posterior àquela - Violação ao direito autoral do requerente configurada - Irrelevante o fato de que os versos contêm palavras comuns e rimas pobres - Junção das palavras na forma estabelecida pelo autor decorreu de sua atividade criativa - Reprodução integral do refrão, em sua exata composição e ordem, que não pode ser considerada simples coincidência - Qualidade duvidosa do refrão e das rimas que também não afasta a proteção do direito autoral - Reprodução, ainda que parcial, da letra da música configura violação a direito do autor - Ilícito que prescinde também da perquirição sobre a intenção do agente - Dever do réu de indenizar os danos materiais e morais causados ao demandante - Rejeição apenas do pedido do requerente para que seja considerado coautor da canção do requerido - Recurso parcialmente provido.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 91/93 dos autos, que julgou improcedente a ação indenizatória ajuizada por ROBERTO PEREIRA DA SILVA em face de LUCAS CORRÊA OLIVEIRA.

Fê-lo a r. sentença, basicamente sob o argumento de que a simples repetição pelo réu da frase "*Vamos fazer assim, eu cuido de você e você cuida de mim*", existente em música anterior do autor, não configura plágio, pois é bastante comum, e sequer constitui inovação protegida pelo direito autoral. Ressaltou ainda o *decisum* que as letras completas das músicas das partes não são idênticas.

O demandante alega, preliminarmente, cerceamento de defesa em virtude

da não realização de prova técnica.

No mérito, aduz, em síntese, que restou configurado plágio por parte do réu, pois o refrão de sua música também constitui o refrão da música do requerido, tornando imperioso o dever de indenizar os danos materiais e morais causados.

Em razão do exposto e pelo que mais argumenta às fls. 96/101, pede o provimento do seu recurso.

O apelo foi contrariado (fls. 105/116).

É o relatório.

1. A preliminar arguida deve ser rejeitada.

Não há que se falar em nulidade da sentença por cerceamento de defesa, em razão da alegada necessidade de produção de prova pericial para constatar violação a direito autoral.

Contrariamente ao afirmado pelo recorrente, a prova pericial não era essencial ao deslinde da causa, uma vez que a documentação trazida aos autos se mostra apta a proporcionar boa cognição ao magistrado, possibilitando a aferição da alegada violação ao direito de titularidade do autor.

Na lição de **José Marcelo Menezes Vigliar**, "*o perito, obviamente, é auxiliar eventual da Justiça, pois nem todos os eventos, para que sejam conhecidos e solucionados, demandam conhecimentos técnicos especializados*" **(VIGLIAR, José Marcelo Menezes *in* MARCATO, Antônio Carlos (coord.). Código de Processo Civil Interpretado. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005. p. 433).**

A ocorrência de plágio, consistente em reprodução parcial de letra de música, pode e deve ser aferida e sopesada desde logo pelo juiz, sem necessidade de socorrer-se de parecer técnico que ateste o óbvio e constatável *icto oculi*.

Não faria sentido a produção de prova pericial para qualificar a conduta do réu como violadora, ou não, das regras de propriedade intelectual.

Parece claro que os fatos submetidos à apreciação judicial estão suficientemente demonstrados, sendo que sua qualificação jurídica é tarefa cometida ao juiz, sem necessidade ou utilidade de o perito enquadrá-los.

A matéria demanda prova eminentemente documental e, quando da prolação da sentença, encontravam-se os autos devidamente instruídos para o regular julgamento do feito.

De acordo com a segunda parte do art. 330, I, do Código de Processo Civil, a lide será julgada antecipadamente quando não houver necessidade de prova em audiência. Por essa razão, em nome da economia processual e da instrumentalidade das formas, não vejo como anular a sentença de Primeiro Grau para que os autos voltem à Primeira Instância.

Acesso ao Sumário

Rejeito, pois, a preliminar arguida.

2. No mérito, o recurso comporta parcial provimento.

Alega o autor, cujo nome artístico é "*Gabriel Banderas*", ter composto em 2008 a música "*Eu cuido de você, e você cuida de mim*", cujo refrão é "*Vamos fazer assim, eu cuido de você e você cuida de mim*".

Afirma que em 2014 o cantor requerido, popularmente conhecido como "*Lucas Lucco*", lançou o single "*Mozão*", com o seguinte refrão: "*Momôzin, vamos fazer assim, eu cuido de você, você cuida de mim, não desisto de você, e nem você de mim, vamos até o fim*".

Sustenta o demandante que o refrão de sua música foi reproduzido pelo réu sem qualquer autorização e com intuito lucrativo, de modo que a violação de seu direito autoral gera o dever de indenizar.

Em contestação, o requerido não nega que a música do autor é anterior à sua, limitando-se a afirmar a inocorrência de plágio, considerando que as letras das músicas, em sua integralidade, são bastante diversas, bem como sua melodia, ritmo e harmonia.

Assiste razão ao autor em sua argumentação.

3. Inicialmente, cumpre salientar que a música composta pelo demandante (cf. fls. 18/19) é passível de proteção pelo direito do autor.

O artigo 7º da Lei n. 9.610/98, que disciplina os direitos autorais em nosso País, estabelece que "*são obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro*", arrolando expressamente em seu rol exemplificativo de obras protegidas as composições musicais (inciso V do art. 7º do diploma).

Pois bem. Considerando que a canção do autor precede à música do réu, e que uma das estrofes da primeira foi integralmente repetida pela segunda, sem autorização do requerente para tanto, forçoso reconhecer a ocorrência de reprodução parcial indevida, a configurar violação de direito autoral do demandante, nos termos do art. 29, I, e 102 da Lei de Direitos Autorais.

4. Neste ponto, cumpre salientar que o fato de a estrofe reproduzida pelo réu não ser um primor de técnica ou de rima não retira da música do demandante a proteção do direito do autor.

Respeitado o entendimento da MMª Juíza de primeiro grau, ainda que as palavras utilizadas pelo requerente sejam comuns e banais, não se pode negar que sua junção na forma estabelecida pelo demandante é resultado de sua atividade inventiva, e por isso mesmo passível de proteção pelo direito autoral.

Ou seja, em que pese a discutível qualidade da composição musical do autor, com vocábulos repetitivos, rimas pobres e raso conteúdo, é indubitável

Acesso ao Sumário

que houve criação artística, resultante da disposição das palavras em versos que compuseram a estrofe acima referida, de maneira que a letra da canção goza de proteção legal.

Na lição de **Carlos Alberto Bittar**, "*a obra protegida em seu contexto é aquela que constitui exteriorização de uma determinada expressão intelectual, inserida no mundo fático em forma ideada e materializada pelo autor. A criatividade é, pois, elemento ínsito nessa qualificação: a obra deve resultar de esforço intelectual, ou seja, de atividade criadora do autor, com a qual introduz na realidade fática manifestação intelectual estética não existente (o plus que acresce ao acervo comum)*" **(Direito de Autor, 4ª edição, p. 23)**.

5. Também é irrelevante a argumentação do requerido de que as letras de suas músicas não são integralmente idênticas, e de que as melodias, ritmos e harmonias são diversos.

Observe-se que, no caso em tela, discute-se apenas a reprodução parcial da letra da música. Em momento algum o demandante asseverou que a melodia da canção foi plagiada, ou que esta foi copiada em sua totalidade.

Apenas uma estrofe da música do autor foi repetida pelo réu, e de forma não integral. E, nos termos do art. 29, I, da Lei n. 9.610/98, também para a reprodução parcial da obra é necessário autorização prévia e expressa do autor.

Na lição de **Eliane Y. Abrão**, "*a violação clássica aos direitos autorais é a que ocorre por meio de reproduções (cópias idênticas) integrais ou parciais feitas sem o consentimento dos titulares*" **(cf. Direitos de autor e direitos conexos, 2ª ed., São Paulo, Ed. Migalhas, 2014, p. 377).**

Acrescente-se que o fato de o requerido ter feito acréscimos na estrofe do demandante, depois da repetição de seus versos, não afasta o plágio, pois houve reprodução parcial, além do que justamente o refrão da canção do requerente foi copiado na estrofe que constitui também o refrão da música do réu.

6. Aliás, mais do que pela comparação visual entre as letras das composições, a violação do direito autoral do demandante é constatável pela sua audição.

Acesso ao Sumário

As canções em comento são facilmente encontradas na Internet, e basta ouvi-las uma única vez para constatar que a estrofe "*Vamos fazer assim, eu cuido de você, você cuida de mim*" é repetida à exaustão tanto na música do autor como na do réu, constituindo o refrão de ambas.

Vou além. Após ouvir as duas canções, se pode afirmar que o refrão - dada a sua simplicidade e sonoridade - talvez consista no maior atrativo das composições, pois cativa e marca o ouvinte. Tanto isso é verdade que, como acima dito, o refrão é repetido de modo incessante nas duas obras.

Considerando, pois, que a composição do demandante é anterior à do requerido - fato não controvertido entre as partes - imperioso reconhecer a

violação do direito autoral do primeiro.

7. Saliente-se ainda que não apresenta maior importância para fins de configuração do ilícito a ausência de intenção do requerido de copiar fraudulentamente uma estrofe da canção do demandante.

Para a violação de direito autoral, basta o fato objetivo da reprodução da obra, total ou parcial; não é necessário perquirir sobre o intuito do agente ao fazê-lo.

Ao tratar dos requisitos necessários à caracterização de ilícito nessa seara, ressalta **Eliane Y. Abrão** justamente que "*não importa a intenção do violador, ou a finalidade da violação*", bastando que se trate de um direito autoral exercido sobre uma obra protegida, que a obra esteja dentro dos prazos de proteção, e que o ilícito tenha sido praticado por quem não seja seu legítimo titular, ou sem o consentimento deste **(op. cit., p. 369)**.

8. Caracterizada, assim, a violação do direito autoral do apelante, em virtude da reprodução parcial não autorizada de composição musical de sua titularidade - especificamente a estrofe "*Vamos fazer assim, eu cuido de você, você cuida de mim*" -, resta apurar a existência de danos materiais e morais decorrentes do ilícito.

Segundo ensina **Pontes de Miranda**, citado por Dirceu de Oliveira e Silva **(O *direito de autor*, ed. Nacional de Direito, Rio de Janeiro, 1956, p. 15)**, "*direito autoral é o que tem o autor de obra literária, científica ou artística, de ligar o seu nome às produções de seu espírito e de reproduzi-las ou transmiti-las. Na primeira relação, é manifestação da personalidade do autor; na segunda, é de natureza real, econômica*".

A lesão ao direito pessoal do autor da obra, que é manifestação de sua personalidade, de seu espírito e de sua técnica, é ofensa de natureza eminentemente extrapatrimonial.

A nossa lei optou por presumir o dano moral ao titular de direitos autorais violados. Há entendimento de que, "*desrespeitado esse direito moral, pela lei protegido, visto que está diretamente vinculado à pessoa do autor, a indenização é devida. Impõe-se a obrigação de indenizar*" **(Apelação Cível nº 70011400330, 10ª C. Cível T.J.R.S., julgada em 29.09.2005).**

E é sabido que a fixação do valor do dano moral deve levar em conta as funções ressarcitória e punitiva da indenização. Na função ressarcitória, olha-se para a vítima, para a gravidade objetiva do dano que ela padeceu **(Antônio Jeová dos Santos, Dano Moral Indenizável, Lejus Editora, 1.997, p. 62)**. Na função punitiva, ou de desestímulo do dano moral, olha-se para o lesante, de tal modo que a indenização represente advertência, sinal de que a sociedade não aceita seu comportamento **(Carlos Alberto Bittar, Reparação Civil por Danos Morais, os. 220/222; Sérgio Severo, Os Danos Extrapatrimoniais, os.**

Acesso ao Sumário

186/190).

Da congruência entre as duas funções é que se extrai o valor da reparação. No caso concreto, embora o autor faça jus à adequada reparação dos prejuízos de ordem extrapatrimonial sofridos, não se pode desconsiderar que o réu aparentemente não reproduziu com intuito fraudulento o refrão da música daquele.

Tendo em vista tais considerações, a indenização por danos morais deve ser fixada em R$ 25.000,00, quantia esta que atende de modo suficiente as funções da indenização acima mencionadas.

O montante deve ser corrigido a contar de sua fixação, e sofrer a incidência de juros moratórios a partir do evento danoso, ou seja, da data em que foi lançada a música do réu que reproduziu parcialmente a canção do demandante.

9. No que diz respeito à indenização por danos materiais, seu valor deve corresponder ao prejuízo de ordem patrimonial efetivamente sofrido pelo requerente.

No caso em tela, a meu ver, a melhor solução é fixar a reparação em montante equivalente àquele que o demandante receberia caso tivesse cedido regularmente os direitos autorais sobre sua composição.

Logo, para cálculo do montante devido a título de danos materiais deve ser utilizada como parâmetro a remuneração estabelecida no contrato de cessão de direitos autorais firmado entre autor e terceiros, juntado às fls. 18/19 dos autos.

A quantia deverá ser apurada em sede de liquidação, com correção monetária e juros de mora contados do evento danoso, por se tratar de ilícito aquiliano, nos termos da Súmula n. 54 do STJ.

10. Por fim, deve ser rejeitado o pedido para que o demandante seja considerado coautor da canção do réu. Afinal, como visto, houve mera reprodução parcial do refrão da música do requerente por parte do requerido, não cópia integral da letra, muito menos imitação da melodia e do ritmo.

Acesso ao Sumário

Não se afigura justo nem razoável que o apelante seja reputado coautor da música do recorrido, aproveitando-se do sucesso da última para receber direitos autorais sobre sua execução.

Dito de outro modo, embora reconhecido o plágio parcial do refrão, o reconhecimento de coautoria de uma canção inteira conferiria ao autor direito superior, em quantidade e em qualidade, ao que realmente faz jus.

Os prejuízos patrimoniais e extrapatrimoniais causados ao recorrente em virtude do plágio parcial havido já foram reconhecidos alhures, e suas respectivas indenizações fixadas em valores adequados à reparação integral dos danos sofridos, não comportando acréscimos.

11. Em suma, o recurso do autor deve ser parcialmente provido, para o fim de reconhecer a alegada violação de direito autoral, com a consequente condenação do réu ao pagamento de indenização por danos materiais e morais, nos termos acima explicitados.

O decaimento de parte mínima do pedido impõe a atribuição do ônus da sucumbência exclusivamente ao réu, que deverá arcar com as custas processuais e honorários advocatícios da parte contrária, os quais fixo em 10% do valor da condenação, nos termos dos artigos 20, § 3º e 21, parágrafo único, do CPC.

Diante o exposto, pelo meu voto, dou parcial provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1015139-74.2014.8.26.0554, da Comarca de Santo André, em que é apelante EVANDRO CESAR MIGLIORIM (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado CARREFOUR COMÉRCIO E INDÚSTRIA 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 19.990)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PERCIVAL NOGUEIRA (Presidente sem voto), JOSÉ ROBERTO FURQUIM CABELLA e VITO GUGLIELMI.

São Paulo, 8 de outubro de 2015.

EDUARDO SÁ PINTO SANDEVILLE, Relator

Ementa: Responsabilidade Civil - Furto de automóvel no estacionamento da ré - Controle de entrada de veículos feito pela emissão de um "ticket" para cada veículo - Não apresentação do único comprovante de que teria ingressado no estabelecimento com o veículo - Ausência de responsabilidade da requerida - Indenizações afastadas - Decisão mantida - Aplicação do art. 252 do RITJSP - Recurso improvido.

VOTO

Ação de indenização por perdas e danos cumulada com danos morais julgada improcedente pela r. sentença de fls. 104/107, de relatório adotado.

Recorre o autor, forte na alegação de que a dificuldade de produzir prova cabal de que o furto tenha ocorrido nas dependências do estabelecimento comercial da ré autoriza seja o pedido julgado procedente com base na verossimilhança das alegações. Requer, outrossim, a inversão do ônus da prova. O dano moral também decorre da responsabilidade objetiva da empresa.

Recurso isento de preparo e respondido (fls. 133/139).

É o relatório, em acréscimo ao da sentença.

Alega o autor que no dia 29 de julho de 2014 teve seu veículo furtado no estacionamento do estabelecimento, enquanto fazia compras com sua família no supermercado da requerida.

O MM. Juiz de primeiro grau julgou improcedente o pedido, pois não restou comprovado que o furto ocorreu, efetivamente, dentro do estacionamento da ré.

A propósito, de acordo com a Súmula 130 do Superior Tribunal de Justiça: "*A empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorridos em seu estacionamento.*"

O fornecimento de estacionamento visa atrair novos clientes oferecendo comodidade ao consumidor, portanto, por trazer retorno financeiro indireto ao estabelecimento comercial, deve o fornecedor garantir a segurança e integridade física dos clientes que utilizam o serviço.

Na hipótese dos autos, porém, não há sequer indícios que o furto tenha ocorrido nas dependências do estabelecimento.

Isto porque limitou-se o requerente a trazer aos autos cupom fiscal de compras efetuadas no supermercado e boletim de ocorrência, ambos com a mesma data.

O primeiro, apenas comprova a presença do apelante no estabelecimento àquela hora, sem qualquer evidência de que o tenha feito com o veículo.

O boletim de ocorrência, porque prova unilateral, não pode ser considerado isoladamente e, em consonância com o fraco conjunto probatório apresentado, igualmente não evidencia que o ilícito tenha ocorrido dentro do estacionamento.

E é incontroverso que o ingresso no estacionamento da apelada é controlado com a emissão de um "*ticket*" para cada veículo.

Este cartão, porém, não foi apresentado pelo apelante, sob o pretexto de que o deixou dentro do automóvel furtado.

Desse modo, não zelou pelo único documento que comprovaria o ingresso do carro no estabelecimento comercial.

Ademais, intimado a especificar quais provas pretendia produzir (fl. 100), quedou-se inerte.

E, ausente a verossimilhança das alegações, a inversão do ônus da prova

Acesso ao Sumário

não se opera automaticamente.

Nesse sentido o entendimento do C. STJ:

"*A chamada inversão do ônus da prova, no Código de Defesa do Consumidor, está no contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor, ficando subordinada ao 'critério do juiz, quando for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências' (art. 6º, VIII). Isso quer dizer que não é automática inversão do ônus da prova. Ela depende de circunstâncias concretas que serão apuradas pelo juiz no contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor. E essas circunstâncias concretas, nesse caso, não foram consideradas presentes pelas instâncias ordinárias*" Resp 171988-R, Min. Waldemar Zveiter, DJ 28.06.1999 p. 104, JBCC vol. 194 p. 74, JSTJ vol. 8 p. 294, RT vol. 770 p. 210.

Assim, não há falar em responsabilidade da requerida, afastada qualquer indenização, material ou moral.

Fica, por isso, mantida a sentença por seus próprios fundamentos, nos termos do art. 252 do Regimento Interno deste E. Tribunal.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1006845-14.2014.8.26.0625, da Comarca de Taubaté, em que são apelantes URBPLAN DESENVOLVIMENTO S.A. (ATUAL DENOMINAÇÃO DE SCOPEL DESENVOLVIMENTO URBANO S.A.) e ANTARES AGROPECUÁRIA E PARTICIPAÇÕES LTDA., é apelado RODRIGO SOLDI MONTESI.

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 7614)**

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

São Paulo, 12 de outubro de 2015.

CARLOS ALBERTO DE SALLES, Relator

Ementa: RESCISÃO CONTRATUAL. LEGITIMIDAE PASSIVA. APARTAMENTO ADQUIRIDO "NA PLANTA". ATRASO NA

Acesso ao Sumário

ENTREGA. FORÇA MAIOR. NÃO VERIFICAÇÃO. CORRETAGEM. DEVOLUÇÃO DEVIDA. Insurgência das demandadas contra sentença que julgou parcialmente procedente a ação. Não acolhimento.

1. Preliminar. Ilegitimidade Passiva. Não acolhimento. Cessão de obrigações que não exime a apelante de responder pelo atraso. Ausência de notificação do comprador quanto à cessão da posição contratual. Ineficaz quanto a ele. Sentença mantida neste capítulo por seus próprios fundamentos.

2. Atraso na entrega e validade da cláusula de tolerância. Enunciado 38.2 desta Câmara. Mora da ré na entrega do imóvel reconhecida. Exclusão da responsabilidade apenas se demonstrada a ocorrência de caso fortuito externo a justificar o atraso. Inexistência de comprovação. Responsabilidade das apelantes pela deficiência na prestação dos serviços.

3. Comissão de corretagem. Legitimidade passiva das rés. Aquisição após comparecimento em stand de vendas. Enunciado 38-3 desta Câmara. Ausência, inclusive, de informação adequada e de prestação dos serviços. Manutenção da sentença nesse capítulo. Pagamento de comissão de corretagem pelos compradores. Abusividade da conduta. Comparecimento de consumidor ao estande de vendas. Contratação acessória de responsabilidade das vendedoras. Imputação ao comprador que importa em venda casada, vedada pelo ordenamento (art. 39, inciso I, CDC). Cobrança indevida.

Sentença Mantida. Nega-se provimento ao recurso.

VOTO

A r. sentença de ps. 215/220, cujo relatório se adota, julgou parcialmente procedentes os pedidos da ação de rescisão contratual cumulada com indenização e restituição de quantias pagas, ajuizada por Rodrigo Soldi Montesi em face de Urbplan Desenvolvimento S.A. e Antares Agropecuária e Participações Ltda., para declarar rescindido o contrato de compra e venda e alienação fiduciária, e condenar as rés a restituir as parcelas pagas pelo autor, com correção monetária desde o desembolso e juros desde a citação, bem como restituir o valor pago a

Acesso ao Sumário

título de corretagem, no mesmo critério de correção e juros, fixando honorários em 10% (dez por cento) do valor da condenação.

Apelam as rés (ps. 228/251) alegando, em síntese, preliminarmente, que não devem as apelantes figurar no polo passivo, pois houve cessão de direitos à empresa SP 60 Empreendimentos Imobiliários; que o atraso na obra se deu por fatores alheios à vontade e controle das empresas apelantes, pois foi por fato de terceiro (SABESP) que o atraso ocorreu (fato imprevisível), além do que a Lei de Loteamento prevê um prazo máximo de 4 anos para a conclusão das obras; que as obras estão prestes a serem entregues, razão pela qual teria havido a perda de objeto da demanda; que havendo exclusão da culpa pelo inadimplemento, ou seja, pela ocorrência de caso fortuito, não há que se falar em perdas e danos; que, de acordo com a mencionada Lei de Loteamento, a obra pode ter um prazo máximo de 4 anos para a conclusão das obras, e, portanto, se há indenização devida, o termo inicial deve ser o de dezembro de 2013 e não de 2011. Quanto à corretagem, sustenta que não é parte legítima para devolução do valor pago, pois não formou qualquer contrato de corretagem com o apelado, e, no mais, entende ser devido o valor, pois o autor consentiu para tanto.

Contrarrazões a fls. 261/274.

Houve tentativa de acordo (ps. 287/288), sem sucesso, no entanto.

Não houve oposição ao julgamento virtual (p. 293).

Encontram-se os autos em termos de julgamento.

É o relatório.

O apelo não merece provimento, como se verá.

A r. sentença deve ser mantida por seus próprios fundamentos, conforme artigo 252 do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Preliminar

A apelante sustenta ilegitimidade passiva, pois houve cessão de direitos e obrigações a outra empresa, conforme documento de ps. 180/181.

Sustenta, portanto, que não deve figurar no polo passivo, pois não é mais parte na obrigação ora pleiteada.

A sentença não merece reparos e bem fundamentou a manutenção das rés no polo passivo, e, nesse capítulo, deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

Saliente-se, ainda, que o comprador da unidade autônoma do empreendimento sequer foi notificado da referida cessão de direitos, razão pela qual, para ele, tornou-se ineficaz até a propositura da ação. Assim, tendo em vista a estabilização do processo após a formação da reação jurídica processual, não se admite o pleito de ilegitimidade levantado pelas apelantes.

Acesso ao Sumário

Atraso pela entrega

O prazo para entrega do empreendimento se deu no dia 18/12/2011, conforme documento de ps. 48, e cláusula 2.1.3, alínea 'E', do contrato (ps. 86/87).

Isto significa que já se passou mais de três anos além do prazo previsto.

Saliente-se que inicialmente o contrato não previa prazo para entrega, razão pela qual sequer previu o prazo de tolerância que comumente consta nos contratos.

Inicialmente, constate-se que a disposição da Lei de Loteamento, segundo a qual o prazo para o término das obras deve ser de no máximo quatro anos não influencia em nada no que foi particularmente estipulado para o empreendimento em questão.

Com efeito, a norma prevê uma diretriz, um limite de prazo, mas não exime o vendedor de mora, caso tenha sido contratualmente estipulado um prazo menor para a entrega.

Ademais, afasta-se desde já a alegação de que haveria perda do objeto da ação, porque o empreendimento estaria prestes a ser entregue. Além de não comprovar que o empreendimento já está pronto - o que, em verdade, é irrelevante à presente demanda - não há perda de objeto, pois a parte autora expressamente demanda pela rescisão do contrato porque não suportou esperar por tantos anos a entrega do imóvel, razão pela qual não deseja manter a relação contratual. Pouco importa se, em algum momento após a ação o imóvel ficou pronto.

Ademais, em contrarrazões recursais, os apelados confirmam que desejam manter os termos da sentença, sendo que nem mesmo a tentativa de acordo restou frutífera.

Feitas as ressalvas, é certo que, da análise dos autos, conclui-se estar configurada a demora na entrega do imóvel adquirida, por mora das rés.

Mesmo depois de mais de três anos, não foi ainda entregue o empreendimento - a ré apenas menciona que está em vias de entregar o empreendimento.

A mora é, portanto, evidente.

As apelantes alegam que o atraso se deu por conta de força maior, fatos imprevistos e fora de seu alcance.

Ainda que não haja prazo de tolerância previsto, verifica- se que é aplicável o **Enunciado 38-2** editado por esta Câmara neste sentido. *In verbis*:

> "*É valido o prazo de tolerância para entrega do imóvel estabelecido no compromisso de venda e compra. A prorrogação do prazo inicial, entretanto, está sujeita à efetiva comprovação, pela vendedora, de*

Acesso ao Sumário

fortuito externo ocorrido dentro do prazo inicial previsto para a entrega da unidade."

Há de se diferenciar o caso **fortuito interno**, isto é, a imprevisibilidade ocorrida no momento da fabricação do produto ou da prestação do serviço, do **fortuito externo**, decorrente de fato que não guarda qualquer relação com a atividade do fornecedor. Apenas o caso fortuito externo é excludente de responsabilidade.

No presente caso, sequer fora comprovada a ocorrência de caso fortuito ou força maior que tenha motivado o atraso na entrega da obra. Houve apenas alegação em contestação de que houve ausência de mão- de-obra, condições climáticas e inadimplemento dos compradores, o que não configura fortuito externo.

Nesse sentido o **Enunciado nº 38.1 desta Câmara**: "*Não constitui hipótese de caso fortuito ou de força maior, a ocorrência de chuvas em excesso, falta de mão-de-obra, aquecimento do mercado, embargo do empreendimento ou, ainda, entraves administrativos. Essas justificativas encerram 'res inter alios acta' em relação ao compromissário adquirente.*"

Portanto, a **mora da ré** existe, sendo desnecessária a fixação do **termo inicial**, pois não há indenização prevista em sentença, mas apenas a devolução dos valores pagos, com correção do desembolso e juros desde a citação.

Taxa de intermediação - corretagem

Legitimidade passiva e restituição do valor pago a título de corretagem

As rés são partes legítimas a figurar no polo passivo do processo. Figuraram no contrato objeto da lide, tendo legitimidade para responder por eventuais danos dele decorrentes.

A construtora, como vendedora, e na qualidade de fornecedora, responde independentemente de culpa pelos danos decorrentes de defeitos de apresentação do produto e pelas informações insuficientes ou inadequadas veiculadas para a concretização da venda (art. 12, CDC).

Considere-se, ainda, que a atuação de corretores imobiliários no estande de vendas se dá como mero acessório do contrato de promessa de compra e venda que veio a se concretizar.

Assim, é evidente que o consumidor pode demandar à vendedora o ressarcimento dessas despesas.

A propósito, é o Enunciado 38-3 desta 3ª Câmara:

"*O adquirente que se dirige ao estande de vendas para a aquisição do imóvel não responde pelo pagamento das verbas de assessoria imobiliária (corretagem e taxa sati). Nesse caso, é da responsabilidade da vendedora o custeio das referidas verbas, exibindo legitimidade para eventual pedido de restituição*"

Acesso ao Sumário

Portanto, acertadamente a sentença condenou as rés à restituição do valor desembolsado pelo autor a esse título (p. 51), com correção monetária desde o desembolso e juros de mora, a partir da citação.

No caso, é incontroverso que o contrato de compra e venda foi firmado no *stand* de vendas da requerida, não havendo comprovação da efetiva prestação de serviços de intermediação imobiliária no interesse do cliente, tampouco de que os custos por eventuais serviços dessa natureza tenham sido devidamente transferidos.

Como é sabido, de acordo com os usos (art. 724, CC), os valores devidos a título de corretagem são custeados pelo vendedor e não pelo comprador. É possível depreender-se que o pagamento feito pelo autor diretamente ao corretor atende à simples conveniência tributária da incorporadora e não pode servir de pretexto para imputar ao consumidor o pagamento daquilo que é de sua responsabilidade, já que os profissionais agem como prepostos da ré, como intermediadores, em local por ela montado e na defesa exclusiva de seus interesses.

A responsabilidade pelo pagamento de serviços de corretagem somente é do comprador quando fica provado que, independentemente do contrato de compra e venda, ele contratou os serviços de uma corretora para que lhe ofertasse um imóvel conforme solicitado, sem que haja vínculo contratual com a vendedora, o que não é o caso nos autos.

Outrossim, a ré, a quem incumbiria o respectivo ônus da prova (art. 6º, VIII, CDC), não logrou demonstrar que o serviço foi requerido pelo apelante, o que a torna indevida.

A r. sentença, portanto, deve ser confirmada.

Por isso, por este voto, **nega-se provimento** ao recurso de apelação.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0199173-79.2012.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante IGOR ANTONIO GOMES MOREIRA, é apelada EDITORA ÁTICA S/A.

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 10484)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores WILLIAM MARINHO (Presidente sem voto), CARLOS ALBERTO LOPES E

ROQUE ANTONIO MESQUITA DE OLIVEIRA.

São Paulo, 1 de julho de 2015.

HELIO FARIA, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL - Contratos de edição - Resilição antecipada - Danos morais e materiais - Obra reprovada em plano governamental - Vendagem insatisfatória - Perda de interesse comercial - Possibilidade de rescisão unilateral do contrato - Sentença que apesar de não analisar todos os fundamentos não é *infra petita* - Prova pericial desnecessária - Inexistência de dano moral ou material - Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de ação ordinária declaratória de nulidade de cláusula contratual c.c ação condenatória por danos materiais e morais interposta por Igor Antonio Gomes Moreira em face da Editora Ática S/A.

Narram os autos que o autor, professor e escritor de livros didáticos, firmou com a ré dois contratos de edição, referentes às obras "Construindo o Espaço" e "Geografia em Construção". No mercado editorial de livros didáticos, a parcela mais significativa dos lucros corresponderia às vendas por meio dos Planos Governamentais, no caso, o Plano Nacional do Livro Didático, onde as obras, após aprovadas por órgãos governamentais, são selecionadas por professores e adquiridas pela administração pública.

O primeiro contrato, de 1998 e datado com término para 2021, referente à obra "Construindo Espaço", após o livro ser reprovado no PNLD de 2011, é resilido unilateralmente, de forma que o autor requer indenização por danos morais no montante de 1500 salários mínimos.

O outro contrato, firmado em 2005, refere-se à obra "Geografia em Construção", que apesar de aprovada no PNLD de 2012, teve uma vendagem baixa, de forma que a editora decidiu não inscrever o livro no PNLD de 2015 e pediu rescisão antecipada do contrato. O autor afirma que o insucesso das vendas ocorreu porque a requerida não investiu na divulgação do livro, pois sua obra antecessora, "O Espaço Geográfico", na qual houve investimento em divulgação e publicidade, foi reeditada 48 vezes e vendeu 5 milhões de cópias. Requer que a cláusula 4ª do Aditamento (fls. 46/48), que traz que a inscrição do livro em planos governamentais é facultativa, seja declarada nula, devendo ser indenizado por danos materiais decorrentes da má divulgação da obra e por perda de chance referente ao PNLD de 2015, pois a obra não foi inscrita, e 2018,

Acesso ao Sumário

pois não haveria tempo de inscrevê-la por meio de outra editora.

Em contestação, a ré aduz que a obra "Construindo o Espaço" foi reprovada no PNLD devido ao seu conteúdo insatisfatório, que o autor deveria manter atualizado. Como uma reprovação impede a comercialização da obra por três anos, houve perda do interesse econômico. Em agosto de 2011 a editora informou ao autor da resilição do contrato.

Sobre "Geografia em Construção", insiste que a baixa vendagem estaria ligada ao conteúdo da obra. Alega que as medidas cabíveis para alavancar as vendas foram tomadas, visto que a editora tem interesse no sucesso da obra.

E no tocante à cláusula 4ª, aponta que o autor concordou com a sua inserção. Não haveria dolo, erro ou lesão que justifique a nulidade.

Sobre a rescisão do contrato, além do autor a ter requerido, a cláusula 20ª do contrato prevê a possibilidade fundada em baixa vendagem.

O autor estava com os originais, portanto, livre para procurar outra editora desde agosto de 2011.

Na réplica, o autor clama que a reprovação em planos governamentais é inerente ao risco do negócio. Ressalta que a editora não finalizou o contrato logo após a reprovação, que ocorreu em abril de 2010, informando o autor somente em agosto de 2011.

Aponta que a ré exigiu, para a liberação da obra, quitação geral e irrestrita, o que acarretaria prejuízo ao autor. Ressalta que entrega de originais não é maneira de extinção do contrato, de modo que não era possível procurar outra editora.

A cláusula 20ª não se aplicaria porque trata de "baixos níveis de venda comparativamente ao que houver em estoque" e venda governamental não produz estoque.

A tentativa de conciliação resultou infrutífera (fl. 199).

A sentença de fls. 200/204 julga o pedido improcedente, afirmando que o autor não fez prova de que manteve suas obras atualizadas, descumprindo o contrato. O insucesso das vendas e reprovação do PNLD prendia-se à desatualização conceitual dos livros.

Não considera a cláusula de inscrição facultativa nos planos governamentais como nula, pois a editora tem conhecimento e instrução para conseguir a aprovação. Ademais, a cláusula foi mantida em diversos aditamentos ao contrato original, nunca contestada, de forma que o adimplemento substancial e o silêncio demonstrariam a aceitação da regra.

Sobre os danos materiais e morais, afirma que o autor não justificou quaisquer ocorrências.

Em recurso de apelação (fls. 224/259), o autor requer que a sentença

Acesso ao Sumário

seja declarada nula, uma vez que é *infra petita*, pois parte de uma premissa supostamente falsa, qual seja, a não atualização das obras e consequente desequilíbrio contratual, e desconsidera as particularidades de cada pedido. O magistrado apenas citaria uma das obras, e o argumento não poderia ser aplicado a "Geografia em Construção", aprovada no PNLD e portanto devidamente atualizada.

Ademais, os documentos acostados aos autos mostram que não só houve a inclusão de uma coautora, responsável pela atualização da obra, como também que a editora deve requerer a atualização ou ao menos indicar a necessidade de alteração (cláusulas 10ª e 6ª do contrato da obra "Geografia em Construção").

Alega que a referida sentença é contraditória em relação a nulidade do parágrafo 4º do aditamento, pois se reconhecido que o interesse das editoras é no sucesso da inscrição em planos governamentais, a facultatividade de inscrição nos planos é contrária ao objeto do contrato.

Também aponta contradição no julgamento antecipado, pois considera os documentos suficientes para a resolução da controvérsia, mas afirma que o autor "documentalmente não comprovou a ocorrência de dano material nem se quer moral". Tal fato não ocorreu porque era necessária dilação probatória, havendo cerceamento de defesa.

Subsidiariamente ao pedido de nulidade, pede a reforma, para julgar procedentes os pedidos da inicial.

Contrarrazões às fls. 268/294.

É o relatório.

A sentença não merece reforma.

Preliminarmente, a sentença proferida pelo juízo de origem, apesar de sucinta, não é *infra petita*. Neste sentido, já se pronunciou o Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

> "É entendimento assente de nossa jurisprudência que o órgão judicial, para expressar 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 a composição do litígio." (STJ; 1ª Turma; AgRg-AI 169.073/SP-AgRg; rel. Min. José Delgado; j. 4/6/1998) (Grifo nosso).

Ademais, o art. 515, § 1º, do Código de Processo Civil traz que são objeto de apreciação do tribunal todas as questões suscitadas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgada por inteiro. Logo, não há fundamento no pedido de anulação da sentença.

Também não se verifica pertinência na preliminar de cerceamento de defesa. A prova pericial requerida pelo autor é "para a verificação dos valores recebidos pelo AUTOR em razão da venda de sua obra antecessora, intitulada

Acesso ao Sumário

'O Espaço Geográfico', que recebia os devidos investimentos de divulgação". Ou seja, tinha por intuito provar dano material por equiparação ou presunção de direito. Nada obstante sua insistência, para ensejar reparação, o dano deve ser demonstrado pelo autor de maneira concreta.

Sobre o mérito, a ação versa sobre dois contratos distintos, ambos rescindidos antes da data de término. No caso da obra "Construindo o Espaço", o pedido de indenização por dano moral se baseia nas alegações de resilição antecipada, recusa de inscrição no PNLD de 2014 e manutenção da comercialização da obra no mercado privado. E em relação ao livro "Geografia em Construção", o autor alega má divulgação e ausência de investimentos em publicidade e divulgação, recusa de inscrição no PNLD de 2014 e nulidade da cláusula do aditamento que torna facultativa a inscrição da obra em planos governamentais, para pedir reparação por danos morais e materiais.

Os pedidos são improcedentes. A resilição antecipada do contrato é autorizada pelo art. 473 do Código Civil, exigindo-se apenas a notificação à outra parte. Retira-se dos autos que o autor foi regularmente notificado e enviou contra notificação à ré, de sorte que não há razão para falar em ilícito contratual.

O distrato referente ao fim da relação contratual foi enviado ao autor em agosto, que se recusou a assiná-lo, sendo este o motivo da não liberação da obra e continuidade da venda no mercado privado. Qualquer dano que eventualmente tenha sofrido, por perda de inscrição em plano governamental ou dificuldade de encontrar outra editora, tudo devido a sua irresignação em aceitar a quitação do contrato.

Além disto, não há indícios de que seja correta a premissa de que a baixa vendagem da obra "Geografia em Construção" ocorrera devido à falta de investimentos em divulgação. Não bastara o fato evidente de ser interessante para a editora o sucesso comercial da obra, o autor não prova tenha ocorrido negligência, na divulgação, por parte da ré. Os documentos de fls. 139/140 mostram que a editora enviou exemplares ao autor, para que fosse providenciada sua distribuição, e à fl. 141, há um anúncio referente aos livros publicados pela ré e aprovados no PNLD, incluindo a referida obra.

A cláusula que prevê a faculdade da editora na inscrição em planos governamentais não é nula. Além de haver concordância por parte do autor, visto que esta esteve reiteradamente presente no contrato, por não se tratar de um contrato de adesão, havia a possibilidade de discussão sobre sua inserção. Não há vício, erro ou dolo que justifique sua nulidade.

Por fim, em caso análogo, já decidiu este Tribunal de Justiça:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MATERIAIS - DANOS MORAIS - CONTRATO DE EDIÇÃO - CERCEAMENTO DE DEFESA - Inocorrência - Dilação probatória - Desnecessidade - Julgamento antecipado da lide

Acesso ao Sumário

- Cabimento - Controvérsia que versa sobre questão de direito, sendo certo que a matéria de fato já havia sido demonstrada por meio de prova documental - Cabível o julgamento antecipado da lide, que tinha amparo no artigo 330, inciso I, do Código de Processo Civil, sendo desnecessária a produção de outras provas - Preliminar rejeitada.

DANOS MATERIAIS - CONTRATO DE EDIÇÃO - A editora ré comunicou os autores acerca da não aprovação dos originais e da não edição da obra amparada nas cláusulas contratuais - Inocorrência de danos materiais - A vendagem do livro seria apenas mera expectativa de ganho, não havendo que se falar em lucros cessantes - Sentença de parcial procedência da ação reformada - Ação improcedente - Recurso da ré provido.

DANOS MORAIS - CONTRATO DE EDIÇÃO - A pretensão indenizatória dos autores funda-se na alegação de que a assinatura do contrato significou o reconhecimento de seus esforços e que a inexecução contratual da ré provocou-lhes sofrimento moral, atingindo sua auto estima, dignidade pessoal e profissional - **Possibilidade de resilição unilateral amparada contratualmente** - **Os autores poderiam ter negociado sua obra livremente com outras editoras** - **Inexiste dano moral passível de reparação** - **Recurso dos autores improvido**.

SUCUMBÊNCIA - Ação improcedente - Os autores arcam com as custas processuais e honorários advocatícios, fixados em R$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais), com base no artigo 20, § 4º, do CPC, levando em conta as normas das alíneas "a", "b" e "c" do parágrafo 3º do referido artigo, valor este corrigido a partir deste acórdão, observada a gratuidade da Justiça concedida aos autores. RECURSO DA RÉ PROVIDO E RECURSO DOS AUTORES IMPROVIDO (Ap. 9101259-70.2009.8.26.0000, 24ª Câmara de Direito Privado, rel. Plinio Novaes de Andrade Júnior, j. 26.02.2015) (Grifo nosso).

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1103462-93.2013.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante VAHRCAV PARTICIPAÇÕES LTDA., é apelado COMÉRCIO DIGITAL BF LTDA.

ACORDAM, em 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este

acórdão. **(Voto nº 34.628)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente sem voto), TEIXEIRA LEITE e FORTES BARBOSA.

São Paulo, 29 de julho de 2015.

MAIA DA CUNHA, Relator

Ementa: Obrigação de não fazer c.c. reparação de dano. Uso do nome empresarial da autora como palavra-chave de link patrocinado contratado pela ré. O consumidor que faz uma busca na internet pelo nome da autora é direcionado para o site da ré. Concorrência desleal caracterizada. Determinação para que a ré se abstenha da conduta, sob pena de multa diária de R$ 1.000,00.

Danos materiais devidos e oriundos da ilicitude que advém da violação da marca e da concorrência desleal, não ficando o prejuízo adstrito à sua efetiva comprovação na fase de conhecimento e podendo ser apurado, em conformidade com a lei, na execução da sentença. Imperiosidade de pagamento do que pagaria se tivesse adquirido o licenciamento para uso da marca da autora. *Quantum* que se apurará em execução nos termos do art. 210, I a III, da Lei nº 9279/96.

Dano moral que, tanto quanto o material pelo uso parasitário da marca, é presumido. Lesão à honra, reputação e imagem da autora que, ao lado do uso parasitário do nome da sociedade empresária, deve ser indenizado para prestígio da marca e do nome e em benefício do consumidor. Teoria do "ilícito lucrativo" mencionada em embargos infringentes em que prevaleceu a tese sustentada. Arbitramento em R$ 50.000,00 que se ajusta aos parâmetros da jurisprudência.

Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença, cujo relatório se adota, que julgou improcedente a ação de abstenção de uso de marca c.c. reparação

de dano. Apela a requerida insistindo nas teses de violação de seu direito de marca, com flagrante prática de concorrência desleal e desrespeito ao direito do consumidor. Pugna pelo arbitramento de indenização por danos materiais e morais decorrentes da conduta lesiva.

Este é o relatório.

Anoto minha prevenção diante do julgamento do Agravo de Instrumento nº 2028326-48.2014.8.26.0000 (VT 31652, j. 20.03.2014).

A autora ajuizou ação de abstenção de uso de marca e indenização por danos materiais e morais decorrentes alegando, em suma, que a requerida, por meio de links patrocinados em sites de busca na internet vem se utilizando indevidamente da marca de sua titularidade, WORLD TENNIS.

A r. sentença julgou improcedente o pedido ao fundamento de que não está comprovada divulgação pela ré da marca da autora como sua, mas simplesmente publicidade em sites de busca da internet que atrelam o nome da requerida às palavras-chave buscadas: "WORLD" e "TENNIS".

O recurso, com a devida vênia, merece provimento.

A Constituição Federal, no capítulo dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, incisos XXVII e XXIX), protege a propriedade das marcas e outros signos distintivos, dando ao titular o direito de exclusividade de utilização, reprodução e publicação de suas obras. É por isso que a Lei de Propriedade Industrial (Lei nº 9.279/96), em seu artigo 129, assenta que "*a propriedade da marca adquire-se pelo registro validamente expedido, sendo assegurado ao titular seu uso exclusivo em todo o território nacional*". E, no artigo 130, assegura ao titular da marca ou ao depositante, o direito de zelar pela sua integridade material ou reputação.

E é entendimento deste E. Tribunal de Justiça de que o uso ilícito e desautorizado de nome ou marca alheios nos denominados *links patrocinados* configura ferimento ao direito de marca, caracterizando ato de concorrência desleal, pois é capaz de confundir o mercado consumidor, caracterizando desvio de clientela.

Neste sentido, jurisprudência deste Egrégio Tribunal de Justiça:

"*Danos morais. Concorrência desleal. Ré que vinculou indevidamente a marca da autora, registrada no INPI, ao anúncio do seu negócio na internet. Link patrocinado. Desvio de clientela, já que as duas sociedades operam no mesmo ramo de atividade. Dever de indenizar caracterizado. Danos morais. Arbitramento que deve ser equilibrado e observar o binômio reparação/sanção. Valor arbitrado em R$10.000,00. Recurso provido.*" (Apelação 9065804-44.2009.8.26.0000, 10ª Câmara de Direito Privado, Relator Des. Araldo Telles, j. 12.08.2014).

"*OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER C.C. REPARAÇÃO DE DANOS. MARCA.*

Acesso ao Sumário

Legitimidade da Apelada "Employer" para proteger a expressão "BNE", que compõe marca mista de sua titularidade. Indexação indevida da marca "BNE" em publicidade na web. Vinculação indevida da marca a "link patrocinado" da Apelante, sempre que pesquisado pelo usuário palavra-chave correspondente à referida expressão. Concorrência desleal configurada. Confusão mercadológica e desvio de clientela. Dever de indenizar caracterizado. Sucumbência mínima das Apeladas. Fixação dos honorários advocatícios em 10% do valor da causa. Sentença que deve ser reformada em parte, apenas para alterar a base de cálculo dos honorários advocatícios, que deve corresponder ao valor da condenação. Exegese do art. 20, § 3º, do CPC. Recurso provido em parte." (Apelação 1009036-89.2013.8.26.0100, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Relator Des. Tasso Duarte de Melo, j. 01.07.2014).

"*Propriedade industrial. Ação de preceito cominatório cumulada com indenização por danos morais. Marca. Comprovação da titularidade do registro da marca pela autora. Propriedade da marca conferida pelo efetivo registro junto ao INPI. Vinculação indevida de marca em "link patrocinado", serviço de publicidade contratado para divulgação de produtos em site de buscas na internet. Concorrência desleal. Configuração. Desvio de clientela. Empresas que exercem atividades no mesmo segmento empresarial. Impossibilidade de coexistência. Inteligência dos artigos 124, XIX e 129 da Lei nº 9.279/96. Dever de indenizar caracterizado. Artigo 209 da Lei nº 9.279/96. Danos morais. Valor. Arbitramento. Observância do princípio da razoabilidade e da finalidade desestimuladora de condutas como as da espécie, sem causar o enriquecimento ilícito do lesado. Reconvenção. Ausência de prova do registro da marca pela reconvinte. Artigo 333, I do Código de Processo Civil. Ação principal procedente e improcedente a reconvenção. Apelação da autora-reconvinda provida e desprovida a da requerida-reconvinte.*" (Apelação 0000856-38.2012.8.26.0003, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Relator Des. José Reynaldo, j. 05.05.2014).

Pois bem.

Incontroverso que a autora é detentora do direito sobre a expressão "WORLD TENNIS", representativa de sua marca (fls. 91/107), atuando no segmento varejista, mediante a venda de calçados esportivos em lojas físicas caracterizadas pelo nome "WORLD TENNIS", bem como através do comércio eletrônico através dos sites (endereço eletrônico constante no texto original) e (endereço eletrônico constante no texto original).

E, com a devida vênia do digno Magistrado sentenciante, o conjunto probatório é suficiente para demonstrar que a requerida utilizou-se indevidamente da expressão de titularidade da autora para a divulgação de seu site na internet.

Tal se afirma porque quando da elaboração da ata notarial de fls. 112/140, o resultados das buscas pela expressão "WORLD TENNIS" traz como primeiro link aquele que, acessado, direciona o usuário ao site da requerida,

Acesso ao Sumário

no qual é possível adquirir calçados esportivos, roupas, entre outros produtos. Demonstrado está, portanto, que o ramo de atuação da ré é mesmo igual ao da autora, e o direcionamento do link patrocinado favorece o desvio de clientes, em ferimento à marca e concorrência desleal.

Notório, portanto, o parasitismo, valendo repetir que a utilização de marca idêntica, seja em produtos ou em endereço eletrônico, com atuação no mesmo mercado consumidor, pode acarretar confusão nos consumidores em razão da associação de uma sociedade empresária a outra, o que revela, sem dúvida, a necessidade de coibir a ré de continuar a prática de concorrência desleal caracterizada pela utilização da marca da autora como direcionadora ao seu próprio site de comércio eletrônico quando da busca por palavras chaves através de links patrocinados, sob pena de multa diária no valor de R$ 1.000,00.

Devidos os danos materiais.

O uso do prestígio da marca alheia para benefício de suas vendas enseja a indenização por danos materiais.

O entendimento é que, uma vez confirmada a violação à marca da autora é devida a indenização que decorre da própria ilicitude e que se faz nos termos dos artigos 208 a 210 da Lei nº 9279/96. Se assim não for se permitirá que fique impune o violador em detrimento do direito de exclusividade do titular da patente de modelo de utilidade. Por isso que, comprovada a violação da propriedade industrial, devem ser ressarcidos os prejuízos materiais.

Confira-se deste Egrégio Tribunal de Justiça:

"*Propriedade industrial. - Ação de abstenção de ato cumulada com indenização por perdas e danos precedida de medida cautelar de busca e apreensão por violação de desenho industrial. - Desenho industrial. - Alegação de atos de contrafação e de concorrência desleal consistentes na reprodução/imitação de produtos com características similares a dos produtos de titularidade da autora. - Propriedade do desenho industrial conferida pelo efetivo registro junto ao INPI. - Inteligência dos artigos 94 e 109 da Lei nº 9.279/96. - Laudo pericial que se afasta do objeto da perícia determinado pelo magistrado. - Aplicação do disposto no artigo 436 do Código de Processo Civil. - Violação ao direito de propriedade. - Incontrovérsia. - Ausência de prova da anterioridade da utilização e comercialização dos produtos, anteriormente à data da concessão dos registros ou que os produtos objeto dos desenhos industriais já se encontravam em domínio público. - Ônus do qual as requeridas não se desincumbiram, nos termos dos artigos 110 da Lei nº 9.279/96 e artigo 333, II do Código de Processo Civil. - Concorrência desleal. - Configuração. - Dever de indenizar caracterizado. - Danos patrimoniais. - Apuração em regular liquidação de sentença. - Possibilidade. - Precedentes do C. Superior Tribunal de Justiça. Danos morais. - Valor. - Arbitramento. - Observância do princípio da razoabilidade e da finalidade desestimuladora de condutas como as da espécie, sem causar o enriquecimento ilícito do lesado. - Ação procedente. - Apelação*

Acesso ao Sumário

provida" (Apelação n. 0021596-82.2006.8.26.0114 - Campinas - 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial - Relator Des. José Reynaldo - 08/10/2014 - Unânime). O grifo é deste relator.

Da Apelação nº 0032580-76.2009.8.26.0161, relatada pelo eminente Desembargador Roberto Mac Cracken, colhe-se o seguinte trecho: "*Ademais, a condenação fixada com fulcro no artigo 210 da Lei n° 9.279/96, cujo arbitramento foi remetido para ulterior fase de liquidação de sentença, mostra-se pertinente e razoável, pois, constatada a contrafação, aquele que se beneficiou de produto já protegido e de titularidade de terceiro tem insofismável dever de indenizar os prejuízos causados pelo seu uso*" (2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, em 29.05.2012, Unânime).

O Colendo Superior Tribunal de Justiça já assentou que "*o reconhecimento da contrafação dá ensejo à indenização por perdas e danos, apurada em liquidação de sentença*" (REsp 646.911/SP, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 02/06/2005, DJ 22/08/2005, p. 266). Em outro precedente ficou decidido que "*como o Tribunal de origem reconhece a existência de violação do direito de uso da marca, em observância ao artigo 209 da Lei 9.279/96, independentemente de ter sido demonstrada a exata extensão dos prejuízos experimentados pela autora, descabe o julgamento de improcedência dos pedidos exordiais, pois a apuração pode ser realizada em liquidação de sentença*" (REsp 1207952/AM, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 23/08/2011, DJe 01/02/2012).

Se de modo diverso se entender, com a devida vênia, restará, de um lado, uma situação injusta para o titular da marca, que ficará sem reparação pelos prejuízos sofridos, os quais são sempre de difícil ou impossível apuração prática, e, de outro lado, a permissão para o enriquecimento sem causa pelos benefícios havidos com a contratação e com a concorrência desleal. Em alguns casos, é bom lembrar, quando não é concedida a antecipação de tutela de abstenção, a contrafação e a concorrência desleal se torna sem risco e passa a valer a pena, servindo como estímulo a quem, sem licenciamento da titular, desejar melhorar as suas vendas.

Acesso ao Sumário

O valor da indenização, no caso, se fará com base no art. 210, III, da Lei nº 9279/96, por arbitramento, mediante o pagamento "*da remuneração que o autor da violação, teria pago ao titular do direito violado pela concessão de uma licença que lhe permitisse legalmente explorar o bem*".

Devidos, igualmente, os danos morais. Igualmente não há necessidade de perquirir objetivamente se a prática da conduta reputada ilícita e parasitária do nome da autora teve aptidão para causar o dano moral, que é presumido e se soma à ilicitude que conduz ao caráter punitivo e dissuasório também presente no dano moral. A presunção do dano moral decorre da insatisfação do titular da marca, cujo prestígio se constrói ao longo de muitos anos de dedicação e

investimento, e que se vê desprotegido pela usurpação por outrem.

A jurisprudência evoluiu na verificação do dano moral, presumindo-o quando for flagrante o uso do nome e da marca alheias, de modo a evitar a desvalorização irreparável do investimento e do zelo dos seus titulares, antes raramente indenizados pelas dificuldades probatórias da lesão extrapatrimonial, em severo detrimento da força moral que deve ter um nome ou uma marca. E, em última análise, coíbe-se o prejuízo grave ao consumidor que, como no caso, procura na internet pelo nome da autora e é direcionado para o site da ré.

Em recente julgamento de Embargos Infringentes, nesta 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, em que prevaleceu a tese da indenização por dano moral independente de comprovação objetiva do prejuízo extrapatrimonial, o DESEMBARGADOR PEREIRA CALÇAS, relator, ponderou o seguinte:

"*Impende realçar, ao se cuidar do dano moral, a ótica doutrinária que vem se construindo a respeito da repressão do 'ilícito lucrativo'. Neste ponto, vem a calhar a manifestação de DANIEL LEVY que, com base na doutrina de RODOLPHE MÉSA, preleciona: 'no contexto dos comportamentos antijurídicos, a teoria do ilícito lucrativo leva o agente a estimar as perdas inerentes à sua condenação, confrontando-as com os benefícios previsíveis que a concretização da atividade ilícita pode gerar; é somente se a receita ilícita for maior do que o montante da sanção que o sujeito agirá, decidindo, em total conhecimento de causa e no âmbito de uma preocupação de racionalidade econômica, transgredir a regra de direito' (Responsabilidade Civil. De um direito dos danos a um direito das condutas lesivas. Ed. Atlas, 2012, fl. 108)*. (Embargos Infringentes nº 0158873-75.2012.8.26.0100/50001, Grupo de Câmaras Empresariais, Rel. Des. Pereira Calças, em 06.05.2015).

Ainda no mesmo voto, sobre a tese da repressão do "ilícito lucrativo, o eminente relator Desembargador Pereira Calças, transcreve trecho da obra do autor francês, que vale a pena repetir: '*Prossegue o autor francês: 'A teoria do ilícito lucrativo tem como objetivo atuar no desequilíbrio dessa fórmula malévola. A desproporção entre uma condenação tradicional da 'restitutio in integrum' e os lucros hoje auferidos com alguns ilícitos exige uma revisão de conceitos. Tanto que, no esforço europeu de luta contra a pirataria, recorrentemente aparece o problema da contingencialização desses ilícitos' (mesma obra, fl. 109)*'" (precedente acima mencionado).

No que tange ao valor, a indenização pelo dano moral deve obedecer aos parâmetros criados pela jurisprudência, no sentido de não enriquecer ou empobrecer os envolvidos, mas com força suficiente para dissuadir o ofensor de novas infrações decorrentes do uso parasitário da marca e do nome comercial de quem neles investiu para benefício do consumidor, sob pena de compensar para quem age ilicitamente em relação à marca e ao nome alheios. Nesse contexto, fixa-se o dano moral em R$ 30.000,00, que será corrigido e acrescido de juros de mora a partir da publicação desta decisão.

Acesso ao Sumário

De rigor, portanto, o provimento do recurso, para condenar a requerida a se abster de se valer de links patrocinados que, em busca pela marca da autora, direcionem o consumidor ao seu próprio site, sob pena de multa de R$ 1.000,00 diários, bem como para condená-la ao pagamento de dano material, na forma acima mencionada, e dano moral no importe de R$ 50.000,00.

Arcará a ré com as custas e despesas do processo, corrigidas dos respectivos desembolsos, e honorários advocatícios que se arbitra em 20% do valor total da condenação.

Pelo exposto, e para o fim determinado, é que se dá provimento ao recurso da autora.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1007751-26.2014.8.26.0068, da Comarca de Barueri, em que é apelante HERBERT GOMES JÚNIOR, é apelado TAM LINHAS AÉREAS 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 da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.859)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CARLOS ABRÃO (Presidente) e MAURÍCIO PESSOA.

São Paulo, 12 de agosto de 2015.

LÍGIA ARAÚJO BISOGNI, Relatora

Ementa: AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C.C. RESSARCIMENTO E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - Responsabilidade civil - Danos morais - Empresa de transporte aéreo que emitiu passagem com erro material - Cancelamento da passagem efetuado pela ré - Inconformismo do autor - Restabelecimento da situação *a quo* em tempo razoável - Dano moral não caracterizado - Aplicação do art. 252 do RIETJSP - Recurso improvido.

VOTO

Trata-se de ação de obrigação de fazer c.c. ressarcimento e indenização por danos morais ajuizada por Herbert Gomes Júnior contra TAM Linhas Aéreas

S.A. cuja r. sentença de primeiro grau de págs. 66/69, de lavra do Magistrado BRUNO PAES STRAFORINI, **julgou improcedente** a ação, condenando o autor no pagamento de custas, despesas processuais e verba honorária arbitrada em 10% sobre o valor da causa atualizado.

Irresignado, apelou o autor buscando reforma, alegando, em síntese, que diante da falha na prestação de serviços da ré e da sua negativa inicial em resolver o problema causado, que perdurou cerca de 11 dias, extrapolando o tempo razoável, a situação por ele vivenciada não merece ser tratada como algo corriqueiro, fato do cotidiano. Desse modo, requer a reforma total da r. sentença proferida, a fim de que a ré seja condenada ao pagamento de danos morais, custas processuais e honorários advocatícios.

Recurso regularmente processado, com resposta (págs. 90/97), subiram os autos.

É o relatório.

A r. sentença merece preservação, por seus jurídicos fundamentos, os quais ficam inteiramente adotados, como razão de decidir pelo não provimento do recurso, nos termos do art. 252 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça.

Extrai dos autos que no dia 03.06.2014, a esposa do autor reservou 02 passagens aéreas para o casal, por meio do serviço da ré de *call center*, para o dia 23.09.2014, no trecho Guarulhos - Miami - Bogotá - Guarulhos, ao custo de 50.000 pontos ida e volta. Mas, em razão de problemas com o cartão de crédito do autor, ele foi orientado a comparecer na loja TAM para efetuar o pagamento, o que foi feito no dia 04.06, conforme afirmado na inicial.

Entretanto, decorridas algumas horas após o referido pagamento, o autor veio a saber, por meio de contato telefônico da ré, que a sua passagem fora cancelada em razão de ter sido emitida com o seu nome incorreto, vindo a lhe causar diversos aborrecimentos, pois ele pretendia viajar em companhia da sua esposa, que possui problemas de saúde, porém, a ré informava a inexistência de passagem disponível para o mesmo voo, resultando, assim, na aquisição de uma nova passagem para ele, por um custo superior (75.000 pontos) e em outro voo.

Já na emenda à inicial, o autor informa que a ré reconheceu o erro e emitiu novas passagens tanto para ele quanto para sua esposa no mesmo voo e na mesma data - 23.09.2014 - voo 8091 - e lhe reembolsou 50.000 pontos, motivo pelo qual houve o pedido de prosseguimento ao feito tão somente quanto aos danos morais.

Com efeito, conforme corretamente asseverou a ilustre julgadora, em irretorquível análise dos elementos dos autos:

"*(...) A ré não nega que ocorreu o equívoco na emissão da passagem do autor, e que o bilhete emitido com dados incorretos teve de ser cancelado,*

Acesso ao Sumário

entretanto, a justificativa expendida merece acolhimento, eis que os fatos narrados pela ré, quanto à realização de seus procedimentos internos, estão revestidas de verossimilhança.

Para o que interessa à presente lide, temos que o cancelamento efetivado pela ré não foi infundado, pois pautados na regulamentação das atividades desempenhadas, e dentro das normas de aviação.

Após a constatação de sua falha interna, a ré emitiu outro bilhete para que o autor conseguisse viajar no mesmo voo que sua acompanhante, e pelo mesmo preço inicialmente contratado (fls. 26/27). Note-se que entre a data da primeira compra realizada pelo autor e a emissão do segundo bilhete pela ré, com os dados corretos, passaram-se apenas onze dias, ou seja, dentro de prazo razoável para que a ré organizasse seus sistemas internos para atender ao apelo do autor.

Portanto, sanado o problema pela ré, extrajudicialmente, em tempo razoável, não vejo como atribuir dano moral por esse evento.

Na hipótese dos autos, o autor não produziu provas acerca do alegado dano moral, ônus que lhe incumbia. Cabia ao demandante demonstrar que houve abalo à sua honra objetiva ou subjetiva, ou violação ao seu direito de personalidade. Entretanto, analisando-se o escasso conteúdo probatório, não se visualiza tal situação.

A falha na prestação de serviço, por si só, não gera danos morais, mormente quando o equívoco é sanado dentro de prazo razoável que se espera. Não basta falar em dano moral puro, porque esta não é daquelas hipóteses in re ipsa, onde o prejuízo se presume, bastando a prova do fato.

Alega o demandante que o sofrimento em função da preocupação, deslocamentos à sede da ré, telefonemas e outras consequências, produziram o desequilíbrio psíquico indenizável, perturbação, pela dor injustamente causada. Entretanto, pelo que consta dos autos, é situação de mero aborrecimento ou incômodo, suportáveis e de risco normal nos dias atuais, sem que seja possível, à luz dos fatos alegados e provados, reconhecer abalo moral que autorize a reparação pretendida.

Acesso ao Sumário

Não se reconhece o dano moral quando os fatos indicam meros aborrecimentos suportáveis, que devem ser absorvidos pelo homem médio, dentro do natural risco da vida em sociedade. Alguma preocupação ou incômodo existiu, mas nada que possa autorizar o acolhimento da pretensão, ante a ausência de prova efetiva do prejuízo.

O demandante não demonstrou que tenha sofrido efetivos danos morais em decorrência da atuação da demandada. Nesse momento, convém ressaltar que os meros aborrecimentos e desconfortos, como no caso presente, não justificam a imposição de sanção indenizatória, visto que, segundo melhor jurisprudência,

o dano moral indenizável é apenas aquele que foge à normalidade cotidiana, sob pena de enriquecimento sem causa e banalização do instituto jurídico." (págs. 67/69)

Assim, facultada pelo comando do art. 252 do sobredito Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça, ratifico integralmente a r. sentença tal como prolatada.

Por conseguinte, desnecessário qualquer outro argumento, realçando que o artigo 252 supramencionado tem sido invocado em vários julgamentos desta E. Corte (Apelação 991.01.044668-1, 16ª Câmara, j. 03.08.2010 - Rel. COUTINHO ARRUDA; Apelação 992.09.066262-7, 28ª Câmara - Rel. Des. CESAR LACERDA, 27.07.2010; Apelação 994.07.100219-0, 1ª Câmara, j. 27.07.2010, Rel. Des. RUI CASCALDI), como um meio prático que não só atende aos princípios fundamentais do processo como, também, permite maior agilidade na prestação de justiça, finalidade precípua do Poder Judiciário.

Sobre esse mecanismo, isto é, adoção e ratificação dos fundamentos da decisão guerreada, já se pronunciou o E. STJ, no julgamento do Resp n° 662.272-RS, da Relatoria do Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA - "PROCESSUAL CIVIL - ACÓRDÃO PROFERIDO EM EMBARGOS DECLARATÓRIOS - RATIFICAÇÃO DA SENTENÇA - VIABILIDADE - OMISSÃO INEXISTENTE. ART. 535, inciso II, DO CPC - AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO (j, 04.09.2007)".

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0004342-03.2012.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante COMPAÑIA SUD AMERICANA DE VAPORES S/A, é apelado TECMATIZ QUÍMICA INDUSTRIAL LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V."U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41753t)**

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

São Paulo, 13 de agosto de 2015.

MELO COLOMBI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: CONTRATO. TRANSPORTE MARÍTIMO. "DEMURRAGE". PRESCRIÇÃO.

1. O prazo prescricional da sobreestadia ou "demurrage" é de cinco ou dez anos, conforme haja ou não previsão contratual. Entendimento recentemente modificado, nos termos de uniformização de jurisprudência processada nesta Corte, lastreada em precedentes do STJ. Entendimento modificado. Decreto de prescrição cassado.

2. Tendo em vista a revelia, cabe condenar a ré ao pagamento das sobreestadias exigidas.

3. Recurso provido.

VOTO

A r. sentença de fls. 235/239, cujo relatório ora se adota, julgou improcedente ação de cobrança ajuizada por Compañia Sud Americana de Vapores S/A contra Tacmatiz Química Industrial Ltda., reconhecendo a prescrição do direito de cobrança de *demurrage*.

Inconformada, apelou a vencida, sustentando não caracterizada a prescrição, que não teria prazo de um ano, mas de três.

Tendo em vista que este Relator mantinha entendimento de que a prescrição para cobrança de *demurrages* era ânua, o recurso foi rejeitado.

O Superior Tribunal de Justiça, contudo, conhecendo agravo de instrumento em recurso especial (nº 576.480 - fls. 387/388), cassou o acórdão, porquanto em confronto com sua jurisprudência.

Recurso bem processado.

É o relatório.

Quando do julgamento do apelo, este Relator entendia caber aplicação do prazo ânuo. Posteriormente, houve uniformização de jurisprudência, lastreada em julgamento do Superior Tribunal de Justiça, também posterior ao acórdão vergastado.

Ocorre que este Relator, tendo em vista a uniformização de jurisprudência julgada por esta Corte sobre o assunto, curvou-se a seus fundamentos, passando a adotar prazo de cinco ou dez anos, conforme haja ou não previsão contratual.

A matéria demandava mesmo um padrão, haja vista a diversidade de teses existentes. Nesta Corte paulista, havia entendimentos dos mais diversos: prazo ânuo, trienal, decenal.

Em que pesem os convencimentos pessoais de cada qual, lastreados em

Acesso ao Sumário

estudos teóricos da melhor escola, a adoção de um só entendimento permite maior segurança jurídica, mais celeridade no julgamento, menos irresignação por parte dos jurisdicionados. Afinal, é certo que, em diversos processos, a mesma empresa transportadora demandava a cobrança da sobreestadia. Em alguns casos, sua pretensão era considerada prescrita; em outros, o prazo era mais que suficiente, sobejando em anos.

Diante da sedimentação, ainda que em apertado escore, do prazo quinquenal e decenal (conforme haja ou não previsão contratual), submeto-me ao que foi decidido naquele feito:

INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA - Ação de cobrança de sobre-estadia de containers - Prescrição - Suscitação do incidente pelo eminente Desembargador José Araldo da Costa Telles - Existência de quatro teses acerca do prazo prescricional aplicável à espécie - Jurisprudência não pacificada - Prescrição ânua - Art. 22 da Lei nº 9.611/98 ou Decreto-Lei nº 116/67 - Inaplicabilidade - Matéria que era regulada pelo art. 449, 3, do revogado Código Comercial, que coexistia com os referidos diplomas e que não eram aplicados - Impossibilidade de aplicação analógica da Lei nº 9.611/98 que regula o transporte multimodal e não unimodal - Aplicação do Código Civil, inclusive porque foi o diploma que revogou o dispositivo antes aplicável Art. 206, § 3º, do CC - Inaplicabilidade - Dispositivo incidente apenas nas hipóteses de reparação civil decorrente de ato ilícito - Caracterização da cobrança de sobre-estadia como mero descumprimento contratual - Necessidade de interpretação estrita das regras de prescrição - Valores líquidos previstos em contrato - Adoção da regra prevista no art. 206, § 5º, I, do Código Civil, a estabelecer o prazo prescricional de cinco anos - Na hipótese de ausente previsão contratual aplica-se o prazo decenal previsto no art. 205 do Código Civil - Ausência de disciplina específica sobre o tema - Precedente do STJ - Jurisprudência uniformizada para fixar a aplicação do prazo quinquenal (art. 206, § 5º, I, do CC) à pretensão de cobrança de sobre-estadia de containers, desde que previstos os valores devidos a esse título em contrato; não havendo tal previsão, o prazo passa a ser o decenal (art. 205 do CC). (TJSP-Turma Especial - Privado 2, incidente de uniformização de jurisprudência nº 0127698-38.2013, rel. Des. Manoel Mattos, j. 24.4.2014).

A conclusão alcançada na uniformização de jurisprudência citada, lastreou-se em julgado do Superior Tribunal de Justiça[1], permitindo coesão entre os entendimentos dessa Corte e da paulista.

Na Corte Superior adotou-se o entendimento segundo o qual, "*a taxa de sobreestadia, quando oriunda de disposição contratual - que estabelece os dados e critérios necessários ao cálculo dos valores devidos, os quais deverão ser aferidos após a devolução do contêiner, pela multiplicação dos dias de*

1 STJ-4ª T., REsp 1.355.173, rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 15.10.2013, DJe 17.2.2014).

Acesso ao Sumário

atraso em relação aos valores das diárias -, gera dívida líquida e certa, fazendo incidir o prazo prescricional quinquenal previsto no art. 206, § 5º, I, do Código Civil." (STJ-4ª T., REsp 1.355.173, rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 15.10.2013, DJe 17.2.2014).

Nesse mesmo julgado do STJ, anotou-se outra possibilidade:

"*Urge, não obstante, registrar uma importante diferenciação, pois, caso não conste no contrato de afretamento nenhuma previsão acerca da devolução serôdia da unidade de carga, eventual demanda que vise à cobrança dos valores de sobreestadia obedecerá ao prazo prescricional decenal, haja vista a ausência de disposição legal prevendo prazo menor (art. 205 do Código Civil, ante o seu caráter eminentemente residual)*."

Diante, então, dos fundamentos que ora adoto, modifico entendimento anterior, passando a contabilizar o prazo prescricional da *demurrage* como sendo de cinco anos (caso haja previsão contratual que permita cálculo simples do valor devido: multiplicação dos dias de atraso pelo valor das diárias); ou de dez anos (ausência de previsão acerca da devolução serôdia dos contêineres).

Como os contêineres foram devolvidos em maio de 2010, o ajuizamento do feito em fevereiro de 2012 não permite o reconhecimento da prescrição.

Nesse passo, o decreto de prescrição é ora cassado.

A ré foi citada e não contestou (fls. 233/234 vº).

Diante disso, há de se reconhecer a revelia e aplicar seus efeitos.

Julga-se, portanto, procedente a presente ação de cobrança para condenar a ré ao pagamento requerido na inicial, corrigido desde o ajuizamento do feito e acrescido de juros de mora a partir da citação.

Com o resultado ora preconizado, condena-se a ré ao pagamento da sucumbência. Honorários são arbitrados em 15% sobre o valor atualizado da condenação (CPC 20, § 3º).

Posto isso, dá-se provimento ao recurso para afastar o decreto de prescrição e julgar procedente a ação de cobrança, tendo em vista a revelia.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0014623-61.2010.8.26.0344, da Comarca de Marília, em que é apelante/apelada TELEFÔNICA BRASIL S/A, é apelado/apelante SIMPLES HOUSE EXPORTADORA E IMPORTADORA LTDA.

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

de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso principal e deram provimento parcial ao adesivo. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.645)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores SÉRGIO RUI (Presidente), HÉLIO NOGUEIRA e MATHEUS FONTES.

São Paulo, 13 de agosto de 2015.

SÉRGIO RUI, Relator

Ementa: Indenizatória. Danos morais e materiais. Interrupção no fornecimento de banda larga e linha telefônica. Prejuízo. Autora empresa no ramo de vendas pela internet. Danos materiais. Falha na prestação de serviços. Reflexo no faturamento devidamente comprovado. Danos morais. Arena do ilícito indenizável. R$ 5.450,00. Majoração. Necessidade. R$ 10.000,00. Interrupção dos serviços sem qualquer aviso, demora na religação, mesmo após determinação judicial, necessidade da autora em se socorrer de outra empresa de telefonia para normalização de suas atividades. Episódios que causam dissabores. Cifra apta a remunerar os males sofridos na hercúlea tarefa didática sem descurar da imperfeição da evolução patrimonial imérita. Compensam-se os dissabores sofridos e desestimula-se o causador do dano na faina de induzi-lo ao aprimoramento de suas atividades. Correção monetária a partir da publicação do V. Acórdão - Súmula 362 do STJ. Sucumbência delineada a contento. Sentença parcialmente reformada. Recurso principal improvido. Adesivo parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de ação de indenização por danos morais - julgada procedente pela r. sentença de fls. 110/114 - ajuizada por Simples House Exportadora e Importadora Ltda. em face da Telefônica Brasil S/A.

Reivindica a empresa-ré - em síntese - reforma da r. sentença para julgamento da improcedência da ação, com implicação nos consectários de estilo, ou - em caráter alternativo - a mitigação da cifra indenizatória.

Acesso ao Sumário

A autora, por sua vez, via adesivo, pleiteia a majoração dos danos morais.

Recebidos os recursos - em duplo efeito - e preparados, vieram as contrarrazões (fls. 171/181).

É o relatório.

Cuida-se de pleito por danos morais e materiais hauridos da interrupção de serviços de telefonia e de banda larga - **speedy** - sem prévia comunicação.

Alega a autora que contratou serviços de telefonia e banda larga da empresa-ré e que, em 31 de maio de 2010, teve os serviços desligados, sem prévia comunicação, o que lhe ocasionou inúmeros prejuízos tendo em vista que sua atividade comercial se baseia na venda de produtos em sítio eletrônico e com suporte por telefone.

Pois bem.

Incontestável é a fatídica e enigmática interrupção dos serviços ofertados, fato arguido pela autora e não contestado pela ré, que se limitou a ilações genéricas.

A vertente documental apresentada pela empresa-autora (fls. 45/51) comprova - a contento - os danos materiais sofridos ante a sensível queda no faturamento, justamente no período subjugado, consoante bem sopesou o douto Magistrado **a quo**:

"*Os documentos acostados à inicial comprovam o ramo exercido pela requerente e demonstram que os serviços cancelados são de fundamental importância para que mantenha sua qualificação no sítio de vendas por ela utilizado (fls. 35).*

A requerida não impugnou especificamente os valores trazidos pela requerente com relação aos lucros cessantes, limitando-se a apresentar contestação genérica sobre de quem é o ônus de provar que sofreu o dano.

Os documentos de fls. 45/51 trazem o faturamento da requerente entre os meses de dezembro de 2009 e maio de 2010, com uma média mensal de R$ 27.981,43. Já o documento de fls. 52 informa o volume de vendas da requerente entre os dias 1º ao dia 14º de junho de 2010, com um faturamento de R$ 2.240,55 no período em que perdurou os serviços indisponibilizados. Segundo a requerente, quase a totalidade deste valor é oriundo de ligações feitas pela representante da requerente de sua residência (fls. 55), o que também não foi impugnado pela requerida.

Diante das planilhas apresentadas (fls. 45/51), e da falta de impugnação específica da requerida, presumem-se verdadeiros os fatos alegados (art. 302 do CPC) e o pedido para condenação ao pagamento de lucros cessantes comporta acolhida." (fls. 111/112).

Neste diapasão, verifica-se que o comportamento da prestadora de serviços foi deficiente, bastaria um mínimo de cuidado para evitar situação tão calamitosa e que causou dissabores.

Acesso ao Sumário

Patente o dever de indenizar.

De outra sorte, o pleito pela majoração do **quantum** arbitrado colhe abono parcial.

Não se pode perder de vista a proporcionalidade e a razoabilidade, conforme nos ensina o Colendo Superior Tribunal de Justiça "**a indenização por dano moral deve atender a uma relação de proporcionalidade, não podendo ser insignificante a ponto de não cumprir com sua função penalizante, nem ser excessiva a ponto de desbordar da razão compensatória para a qual foi predisposta**". (STJ, REsp. nº 318379-MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 20/09/01).

Desta forma, considerando os episódios ocorridos, notadamente, a interrupção dos serviços sem qualquer aviso, a demora na religação, mesmo após determinação judicial e a necessidade da autora em se socorrer de outra empresa de telefonia para normalização de suas atividades, reputa-se desproporcional o valor estipulado em R$ 5.450,00; deste modo, majora-se-o para R$ 10.000,00.

Cifra apta a remunerar a autora pelos males padecidos sem descurar da imperfeição da evolução patrimonial imérita e na faina de se evitar que novas situações desastrosas sobrevenham.

Correção monetária dos danos morais, a partir da publicação do V. Acórdão - Súmula 362 do STJ.

Sucumbência delineada a contento e ora prestigiada, consoante dicção da Súmula 326 do STJ.

Por tais razões, pelo meu voto, nega- se provimento ao recurso principal e dá-se provimento parcial ao adesivo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000244-78.2015.8.26.0003, da Comarca de São Paulo, em que é apelante OPERADORA E AGÊNCIA DE VIAGENS TUR LTDA., 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: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17615)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores AFONSO BRÁZ (Presidente), PAULO PASTORE FILHO e SOUZA LOPES.

São Paulo, 17 de agosto de 2015.

Acesso ao Sumário

AFONSO BRÁZ, Relator

Ementa: AÇÃO REGRESSIVA. TRANSPORTE AÉREO. Impossibilidade de se imputar exclusivamente à companhia aérea a responsabilidade pelos danos causados aos consumidores. Evidenciada a falha na prestação dos serviços da apelante, a quem incumbia selecionar os prestadores de serviços de transporte e hospedagem, incluídos no pacote de viagem por ela disponibilizado. Caracterizada a responsabilidade solidária da agência de viagem. Sentença mantida. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

A r. sentença de fls. 207/209, de relatório adotado, julgou improcedente a ação regressiva ajuizada por OPERADORA E AGÊNCIA DE VIAGENS CVC TUR LTDA. em face de TAM LINHAS AÉREAS S/A. A autora foi condenada a arcar com as custas e despesas do processo, bem como com os honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da condenação.

Apela a autora às fls. 217/228, onde, preliminarmente, alega nulidade em razão de inépcia da contestação. No mérito, sustenta que os danos causados aos consumidores decorreram exclusivamente do extravio de suas bagagens, havendo responsabilidade exclusiva da companhia aérea. Requer a reforma da r. sentença.

É o relatório.

Inicialmente verifica-se que inexiste o vício alegado pela apelante, eis que, na contestação de fls. 153/169, a ré manifestou-se acerca das alegações expendidas pela autora, fundamentando sua pretensão de que a presente demanda seja julgada improcedente. Afasto, assim, a preliminar arguida.

No mérito, o recurso não comporta provimento.

Autora e ré da presente ação foram condenadas ao pagamento de indenizações por danos material e moral em ação diversa, movida por consumidores de seus serviços (fls. 128/139). Pretende agora a autora que seja reconhecida a responsabilidade exclusiva da ré, de modo que esta arque integralmente com a condenação imposta naquela demanda. Sem razão, contudo.

Verifica-se que os danos experimentados pelos consumidores decorreram do extravio de bagagem e do fato de o hotel que selecionaram para sua viagem não possuir vaga para eles no momento em que chegaram a seu destino. Em razão disso, não puderam usufruir o pacote de viagem que adquiriram da apelante e

Acesso ao Sumário

tiveram frustrada sua "lua-de- mel".

Conforme bem destacado pelo D. magistrado sentenciante:

"*Ora, se de um lado houve extravio temporário de bagagem, de outro houve a má prestação de serviços na cidade destino, já que quando os autores dos autos da condenação solidária chegaram a seu destino, foram informados que não havia a vaga reservada para passarem a lua-de-mel, somente após muita insistência conseguiram um quarto, conforme se verifica no v. acórdão, fls. 128/139.*"

Assim, evidente a responsabilidade solidária da agência de viagem pelos danos causados aos consumidores, eis que incumbia a ela selecionar as empresas prestadoras dos serviços de transporte e hospedagem, devendo, ainda, prestar a assistência necessária aos consumidores durante a viagem, o que deixou de fazer adequadamente. Destaque-se que, no caso, a responsabilidade da apelante pelos danos causados é objetiva, conforme previsto no art. 14 do Código de Defesa do Consumidor.

Desse modo, é de rigor a improcedência da presente ação, devendo ser integralmente mantida a r. sentença recorrida.

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

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0042672-77.2011.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante RITA FLORÊNCIO PASSOS (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado ASSOCIAÇÃO DE ENSINO DE RIBEIRÃO PRETO.

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 17545)**

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

Acesso ao Sumário

São Paulo, 17 de agosto de 2015.
RENATO RANGEL DESINANO, Relator

Ementa: CERCEAMENTO DE DEFESA - Julgamento antecipado da lide - Hipótese em que a causa já se encontrava madura para a apreciação de seu mérito, não se admitindo a produção de provas inúteis ou meramente protelatórias - Cerceamento inocorrente - INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL - Descabimento - Hipótese em que a inicial atende aos requisitos previstos nos artigos 282, 283 e 1.102-a, do CPC - PRELIMINARES AFASTADAS.

MONITÓRIA - Prestação de serviços educacionais - Ausência de pedido formal de rescisão do contrato - O simples não comparecimento às aulas não implica ausência de débito - Regularidade da cobrança das mensalidades em atraso - Sentença mantida - RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto em face de sentença, cujo relatório se adota, que, em ação monitória proposta por ASSOCIAÇÃO DE ENSINO DE RIBEIRÃO PRETO contra RITA FLORÊNCIO PASSOS, rejeitou os embargos e julgou procedente o pedido monitório para constituir o título executivo judicial, no valor das mensalidades apontadas na petição inicial, com correção monetária desde o vencimento das obrigações e juros de mora desde a citação. Condenou a ré ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em R$ 1.500,00, observado o art. 12 da Lei nº 1.060/1950 (fls. 153/156).

Recorre a ré. Sustenta preliminar de cerceamento de defesa e inépcia da petição inicial. No mérito, insiste na ausência de relação obrigacional entre as partes, na medida em que foi requerido o cancelamento do curso. Portanto, não tendo ocorrido a prestação dos serviços, não há que se falar em mensalidades devidas. Alega que, ademais, a cobrança vem embasada em documentos unilaterais, sem qualquer valor probatório (fls. 160/168).

Acesso ao Sumário

Recurso recebido e contrariado (fls. 173/177).

É o relatório.

PASSO A VOTAR.

Primeiramente, anote-se que o anunciado cerceamento de defesa suscitado

pela apelante é inexistente, pois os documentos coligidos aos autos permitiam o julgamento do feito, conforme prevê o art. 330 do Código de Processo Civil, não se admitindo, na hipótese, a produção de provas *inúteis* ou *meramente protelatórias*.

Nesse sentido é a jurisprudência do Pretório Excelso:

> "*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 da causa estão suficientemente líquidos para embasar o convencimento do magistrado*" (RE 101171 / SP, Relator: Min. Francisco Rezek, j. 05.10.1984, Segunda Turma, DJ 07-12-1984 PP-20990).

No mais, a produção da prova se destina à formação do livre convencimento do juiz, a quem compete avaliar a pertinência de sua realização. Nesse sentido, posiciona-se o Superior Tribunal de Justiça:

> "*O destinatário das provas é o juiz da causa. Cabe somente a ele o cotejo da sua prescindibilidade na solução da lide*" (AgRg no Ag 190420 / SP. Min. Waldemar Zveiter. DJ 28.06.1999. p. 107).

No presente caso, verifica-se que, diante da prova documental produzida, a oitiva de testemunhas pretendida pela apelante seria incapaz de alterar o resultado da demanda.

Também não merece acolhimento a alegação de inépcia da petição inicial.

Como bem disposto pelo ilustre Juiz de primeiro grau, "*... a inicial contém todos os requisitos dos artigos 282, 283 e 1.102-a do Código de Processo Civil, estando o feito devidamente instruído com a prova escrita sem eficácia de título executivo (documentos de fls. 132/146), possibilitando, com isso, o exame da questão de fundo submetida à apreciação.*" (fls. 154).

Importante ressaltar que, ainda que a petição inicial tenha sido instruída com os documentos de fls. 37/45, nos quais não consta assinatura da apelante, o vício foi sanado às fls. 133/146, com a juntada dos documentos devidamente assinados.

Portanto, não há motivo para reconhecimento de inépcia da petição inicial.

No mérito, o recurso não merece provimento.

Afirma a apelante não haver relação jurídica com a apelada, capaz de justificar a cobrança das mensalidades dos meses de outubro, novembro e dezembro de 2010, uma vez que solicitou o cancelamento de sua matrícula no mês de agosto do mesmo ano. Todavia, não apresentou prova alguma de suas alegações.

Importante salientar que o simples não comparecimento nas aulas não implica ausência de débito, visto que a rescisão contratual deve ser feita de

Acesso ao Sumário

modo expresso (cláusula 10, fls. 139).

No caso, diante da documentação juntada aos autos, deveria a apelante ter apresentado documento capaz de comprovar o desfazimento do negócio, não se desincumbindo, portanto, do ônus de provar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da apelada.

Nesse sentido, julgado desta 11ª Câmara de Direito Privado:

"*PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. Ensino universitário. Ação monitória. Cobrança de mensalidades e créditos educacionais. Aluna regularmente matriculada e que simplesmente deixou de frequentar o curso, sem trancamento da matrícula ou rescisão do contrato. Obrigação de remunerar os serviços colocados a sua disposição e que se consideram prestados. Ação procedente. Recurso não provido.*" (Apelação nº 0027943-51.2010.8.26.0451, Relator: Gilberto dos Santos, j. 10/11/2011).

Portanto, diante da ausência de documento que comprove o pedido de rescisão do contrato, é devido o pagamento de mensalidades vencidas como contraprestação pelos serviços educacionais postos à disposição da apelante.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0169287-35.2012.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MARCELO RODRIGUES DE CARVALHO, é apelado COMPANHIA PAULISTA DE TRENS METROPOLITANOS CPTM.

ACORDAM, em 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.370)**

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

São Paulo, 24 de agosto de 2015.

RICARDO NEGRÃO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: CERCEAMENTO DE DEFESA - Julgamento antecipado da lide - Matéria exclusiva de direito - Prova pretendida que não afastaria a responsabilidade da prestadora de serviços nem modificaria a solução

dada pela r. sentença - Inocorrência - Nulidade que para acarretar o cerceamento de defesa reclama a supressão da prova indispensável, útil, que no caso não ocorreu - Preliminar afastada.

INDENIZATÓRIA - Transporte de passageiros - Acidente na plataforma de embarque da CPTM - Dano moral reflexo ou indireto - Hipótese em que o autor pretende receber indenização decorrente de acidente sofrido por sua companheira - Dano moral inexistente - Mero dissabor decorrente de cuidados extraordinários - Dever de cuidado inerente à relação familiar - Sentença mantida - Apelo improvido.

Dispositivo: negaram provimento ao recurso.

VOTO

Recurso de apelação interposto pelo Sr. Marcelo Rodrigues de Carvalho, dirigido à r. decisão proferida pela Dra. Laura de Mattos Almeida, MMª. Juíza de Direito da E. 29ª Vara Cível da Capital - São Paulo (fl. 174-178), que julgou improcedente a denominada "ação de indenização por danos morais pelo procedimento sumário c.c. tutela antecipada" proposta em face de Companhia Paulista de Trens Metropolitanos - CPTM (fl. 2-19).

Bem processado o feito, conforme relatório, ora adotado (fl. 174-175).

Apela o autor, sustentando em razões recursais, em apertada síntese: em preliminar, (a) cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide sem a produção de provas; no mérito, (b) ocorrência de dano moral em razão das lesões sofridas pela esposa que ficou afastada por 8 dias, além do abalo e violação a intimidade e à vida privada; (c) culpa da apelada; (d) afastamento da condenação no ônus da sucumbência; (e) Condenação da apelada em 20% de honorários advocatícios sobre o valor da condenação com incidência de juros moratórios a partir do evento danosos (fl. 184-205).

Preparo e porte de remessa e retorno em fl. 206-207 complementado em fl. 212.

Contrarrazões em fl. 220-230.

Consigne-se que inicialmente estes autos foram distribuídos a Desª. Cláudia Grieco Tabosa Pessoa, integrante da E. 24ª Câmara de Direito Privado, aos 10 de setembro de 2014 (fl. 244), tendo sido redistribuído a esta 19ª Câmara de Direito Privado e a este Relator em 28 de janeiro de 2015 (fl. 250) em razão de prevenção prevista no artigo 105 do Regimento Interno deste Tribunal, tendo em vista anterior julgamento de agravo de instrumento pelo Juiz Substituto Dr. Mauro Conti Machado que foi promovido a Desembargador, sem deixar acervo

Acesso ao Sumário

e não foi designado outro magistrado em seu lugar.

Tempestividade anotada. A r. sentença foi disponibilizada no Diário de Justiça Eletrônica no dia 19 de fevereiro de 2014 (fl. 180) e o recurso foi interposto no dia 7 de março de 2014 (fl. 184) dentro do quindênio legal.

É o relatório do essencial.

I. DO ALEGADO CERCEAMENTO DE DEFESA

Sustenta o autor, em preliminar, ocorrência de cerceamento do direito de defesa em razão do julgamento antecipado da lide sem a apelante produção de provas.

Aduz que pretendia produzir provas oral e pericial, no sentido de comprovar a extensão do dano moral sofrido.

A matéria controvertida é exclusivamente de direito e à época do julgamento, a causa estava suficientemente instruída para delimitar a lide e permitir o julgamento antecipado do processo, nos termos do art. 330, inciso I, do Código de Processo Civil.

Neste aspecto cabe aqui transcrever as razões justificadoras utilizadas pelo ilustre Julgador (fl. 176):

[..]

"É fato incontroverso que no dia 07 de março de 2012, por volta das 7 horas, o autor e a esposa ingressaram na Estação Brás da requerida. Quando estavam dentro do trem, passageiros se revoltaram com a paralisação da linha e passaram a quebrar o vagão. Temerosos, desembarcaram e, ao caminharem sobre a plataforma, um objeto de metal atingiu diretamente o pé da esposa do requerente, que sofreu entorse no tornozelo, com necessidade de afastamento do trabalho pelo período de oito dias (cf. atestado médico de fls. 30)."

Desnecessária, também, prova pericial para análise da dinâmica dos fatos, já esclarecidos pela farta prova documental existente, bem como pelos fundamentos a seguir expostos. Por igual razão, também desnecessária prova oral no caso. Com efeito, da análise da inicial, bem como da contestação da ré, restou incontroverso (art.334, III, do CPC) nos autos o fato de o acidente descrito na inicial ter ocorrido no interior das dependências da ré, quando da prestação do serviço de transporte, o que já é suficiente para reconhecimento de sua responsabilidade objetiva, sendo que a requerida inclusive ajudou a socorrer a vítima como expressamente confessou o autor (fl. 3, último parágrafo). Em outras palavras, incontroverso que a esposa do autor sofreu lesões quando da prestação do serviço de transporte.

Acesso ao Sumário

A dinâmica do acidente, já está esclarecida pelas provas documentais acostadas aos autos, no qual se busca a responsabilização do requerido por acidente ocorrido no interior de suas dependências. A produção de outras provas

no caso, se mostra inútil e desnecessária, devendo ser indeferida nos termos do art.130 do CPC.

Aplicam-se ao caso os seguintes precedentes:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. INDEFERIMENTO. PROVA TESTEMUNHAL. 1. No sistema de persuasão racional adotado pelo Código de Processo Civil nos arts. 130 e 131, em regra, não cabe compelir o magistrado a autorizar a produção desta ou daquela prova, se por outros meios estiver convencido da verdade dos fatos, tendo em vista que o juiz é o destinatário final da prova, a quem cabe a análise da conveniência e necessidade da sua produção. Desse modo, não há incompatibilidade entre o art. 400 do CPC, que estabelece ser, via de regra, admissível a prova testemunhal, e o art. 131 do CPC, que garante ao juiz o poder de indeferir as diligências inúteis ou meramente protelatórias. 2. Agravo regimental desprovido". (STJ, AgRg no Ag 987.507/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 14/12/2010, DJe 17/12/2010)"

"PROCESSO CIVIL. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. CERCEAMENTO DE DEFESA. IMPRESCINDIBILIDADE DA PROVA POSTULADA. REEXAME. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 7/STJ. RECURSO NÃO PROVIDO. 1- Sendo o magistrado destinatário final das provas produzidas, cumpre-lhe avaliar quanto à sua suficiência e necessidade, indeferindo as diligências consideradas inúteis ou meramente protelatórias (CPC, art. 130, parte final). 2- A mera alegação de haver o juízo sentenciante julgado antecipadamente a lide, com prejuízo da produção das provas anteriormente requeridas, não implica, por si só, em cerceamento de defesa. 3- Indagação acerca da imprescindibilidade da prova postulada que suscita reexame de elementos fático-probatórios da causa (Súmula n° 7). Precedentes do STJ. 4- Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ, AgRg no Ag 1351403/PE, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 21/06/2011, DJe 29/06/2011)"

"Presentes as condições que ensejam o julgamento antecipado da causa, é dever do juiz, e não mera faculdade, assim proceder". (STJ, 4ª T., REsp n° 2.832-RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j . 14.8.1990) No mesmo sentido: RSTJ 102/500 e RT 782/302.

A nulidade para acarretar o cerceamento de defesa reclama a supressão da prova indispensável, útil, que no caso não ocorreu.

Destarte a preliminar arguida é afastada, não havendo qualquer vício a ser corrigido na r. sentença.

II. DO MÉRITO E DAS PROVAS

A condição de passageiro, do autor e de sua esposa, encontra-se suficientemente demonstrada pelos elementos probatórios, em especial pelo

Acesso ao Sumário

relato inicial não negado pela requerida.

Por outro lado, a contestação não nega a qualidade de passageiro, suscita exclusão de culpa por fato de terceiro equiparando-o ao caso fortuito, sugerindo, entretanto, que o autor contribuiu para o acidente, violando o Decreto n. 2.681/1912 que estabelece normas de conduta do passageiro (fl. 111-112).

Observa-se ainda, que o próprio apelante reconhece a prestação do socorro à passageira, em sua exordial (fl. 3, último parágrafo).

Contudo, no caso em exame o apelante não tem razão.

Como se vê, o autor postula direito a indenização por dano moral indireto ou por reflexo (Reflexschaden ou Préjudice d'affection).

Razoável não se mostra a pretensão do autor, fundada na alegação de ter sido obrigado a prestar cuidados extraordinários à sua companheira. Sua pretensão é imponderável, pois é seu dever o cuidado à companheira, conduta inerente à relação conjugal.

Não se vislumbra, como bem delimitado pela r. sentença, qualquer lesividade à pessoa do autor que mereça reparação, visto que tais cuidados, ainda que alterem, por curto espaço de tempo (oito dias), são cuidados que se esperam dos integrantes do núcleo familiar próximo.

Eventuais dissabores ou sensações desagradáveis dispensadas em razão dos cuidados com sua esposa não ensejam reparação, como pretendido pelo apelante, pois não trazem lesividade a direito algum.

Não se nega a possibilidade de que, no caso concreto, tenha o apelante passado por desconforto, angústia e preocupações, geradas pelo acidente, todavia, tais fatos, não se caracterizam como agressão à dignidade da pessoa humana a ponto de gerar uma indenização, pois se assim entendido, restaria configurado excesso e dificuldade de se viver em sociedade.

Não estamos diante de um caso do evento morte, pois se assim fosse, o sofrimento, a dor e o trauma provocados pela morte de um ente querido geraria o dever de indenizar, como já se posicionou o C. Superior Tribunal de Justiça ao julgar pedidos de reparação feitos por parentes ou pessoas que mantenham fortes vínculos afetivos com a vítima, em casos em que se postulou indenização por dano moral reflexo ou indireto, também denominado dano moral por ricochete.

Destarte, não se verifica no caso concreto qualquer violação ou dano por reflexo passível de indenização por dano moral.

III. DOS HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA

Não se constata, no caso concreto, qualquer excesso ou violação de lei, no tocante ao arbitramento dos honorários advocatícios de sucumbência, que mereça reforma, devendo permanecer a r. sentença nos exatos termos prolatados.

IV. DISPOSITIVO

Acesso ao Sumário

Em razão do exposto, negam provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1005026-48.2013.8.26.0020, da Comarca de São Paulo, em que é apelante SIDNEY DE OLIVEIRA REIS (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado SÃO PAULO TRANSPORTES S/A - SPTRANS.

ACORDAM, em 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento à apelação, por maioria de votos, vencido o Revisor, que daria provimento ao recurso e que declarará seu voto.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.082)**

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

São Paulo, 8 de junho de 2015.

RICARDO PESSOA DE MELLO BELLI, Relator

Ementa: Apelação - Transporte de pessoas - Ação indenizatória - Acidente fatal verificado no ano de 1988 - Autor contando com um ano de idade, na época - Prazo prescricional, então vintenário, que só teve efetivo início quando o demandante completou dezesseis anos de idade, por aplicação do art. 169, I, do CC de 1916 - Quadro impondo a conclusão inequívoca de que bem menos da metade daquele prazo houvera transcorrido em janeiro de 2003, quando do início da vigência do novo código - Consequente incidência ao caso do prazo prescricional do art. 206, § 3º, V, do Código de 2002, conforme a regra do art. 2028 do mesmo estatuto - Triênio prescricional, contado a partir de janeiro de 2003, vistosamente transcorrido quando do ajuizamento da demanda Prescrição bem pronunciada. Apelação a que se nega provimento.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de ação de indenização proposta por SIDNEY DE OLIVEIRA

REIS em face de SÃO PAULO TRANSPORTES S/A - SPTRANS.

Objetiva o autor indenização pelos danos oriundos da morte de seu pai, em virtude do acidente automobilístico, quando era conduzido por veículo pertencente à transportadora ré, evento verificado no ano de 1988.

A r. sentença pronunciou a prescrição, de plano, por vistosamente transcorrido o prazo do art. 206, § 3º, V, do CC, aplicado em conjugação com o art. 2.028 do mesmo estatuto (fls. 100/102).

Apela o vencido. Em síntese, argumenta que, iniciado o prazo prescricional à época do acidente, em 1988, então vintenário, mais da metade desse prazo já havia transcorrido quando do advento do Código Civil de 2002, pelo que a regra do art. 2.028 daquele estatuto não permite a aplicação do prazo trienal do art. 206, § 3º, V, da lei nova. Sustenta, ainda, que tal prazo só teve efetivo início em 21.12.07, quando ele, apelante, completou vinte e um anos de idade (fls. 122/126).

Recurso regularmente processado.

Não há preparo, por ser o apelante beneficiário da gratuidade da justiça (fl. 140).

É o relatório do essencial.

2. A r. sentença merece ser mantida por seus próprios fundamentos, nos termos do art. 252 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal.

Efetivamente, verificado o suposto ilícito no ano de 1988, quando o ora apelante contava com pouco mais de um ano de idade, o prazo prescricional, então vintenário, só iniciou seu curso em 21.12.02, ocasião em que completou ele dezesseis anos de idade.

Isso por aplicação do art. 169, I, do CC de 1916, que não permitia o cômputo da prescrição em desfavor dos "menores de 16 (dezesseis) anos" (art. 5º, I).

Diversamente ainda do que argumenta o apelante, não há nem havia disposição legal vedando o curso da prescrição contra os relativamente capazes.

Assim, é manifesto que, segundo a dicção do art. 2.028 do CC de 2002, aplicável é o prazo prescricional da lei nova, isto é, o do art. 206, § 3º, V, daquele diploma, triênio vistosamente transcorrido desde a data da entrada em vigor do novo código até a data da propositura da ação, o que se deu em 19.4.13.

Posto isso, meu voto **nega provimento** à apelação.

Acesso ao Sumário

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 28.484)

Voto divergente:

Divirjo do r. entendimento da douta Maioria e o faço para dar provimento ao recurso.

Entendo que o prazo ainda é vintenário, apenas não fluiu para o menor durante o período de sua menoridade. Esse prazo começou a fluir para ele a partir da data em que completou 16 anos, mas já transcorrido, desde a data do fato, mais da metade do prazo previsto (1988 a 2002, dezesseis anos).

Em "direito civil a prescrição é contada da data da 'violação do direito'", conforme se lê na ementa do REsp 1318825/SE. A expressão 'transcorrido' refere-se ao período estabelecido pelo legislador, tempo do fato e não à circunstância pessoal que impede seu curso (no caso, a data em que o menor completaria idade púbere).

Em outras palavras: a menoridade é causa pessoal de impedimento ao curso da prescrição e o art. 2.028 trata apenas de prazo de direito material, sem indagar sobre a ocorrência desse impedimento.

Ao menor cujo prazo não correu durante o período que antecede a idade púbere não apenas se impede a fluência do prazo vintenário como se conta para ele o prazo de direito material vigente à data do acidente, se transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.

No caso concreto, a prescrição somente ocorrerá em dezembro de 2022. Se assim não fosse, o irmão maior desse autor seria beneficiado em detrimento de seu direito: o seu irmão, com 16 anos, na data do acidente, em 1988, teria até 2008 e ele somente poderia ingressar com o pedido até 2006, invertendo-se o sentido benefício da contagem do prazo a seu favor!

Tenho para mim que o "prazo fixado em artigo de lei" sobre o qual incide o art. 2028 do Código Civil em nada se altera na ocorrência de "impedimento de curso de prazo prescricional".

O impedimento só modifica a data de início da fluência. Para contagem do prazo à reparação civil o transcurso a que alude o art. 2.028 deve levar em conta o prazo da lei antiga e a data do fato e jamais as situações pessoais de impedimento porque elas não reduzem ou aumentam esses prazos, mas apenas impedem seu curso a favor de quem a lei contempla.

Pelo meu voto, portanto, dou provimento ao recurso para afastar a prescrição.

RICARDO NEGRÃO, Desembargador, Revisor vencido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1093419-

Acesso ao Sumário

63.2014.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MARIA ELIZABETH CRUZ RABELLO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto n° 33754)**

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

São Paulo, 17 de setembro de 2015.

ENIO ZULIANI, Relator

Ementa: Apelação - Embargos de terceiro - Improcedência - Bloqueio de contas bancárias mantidas em conjunto com o marido, ex-diretor de banco em liquidação extrajudicial e corréu em ação de responsabilidade - Casamento regido sob a comunhão universal de bens - Ausência de prova de que os valores sejam resultado de esforços exclusivos da mulher - Presunção de que os valores tenham se destinado ao benefício comum do casal - Não provimento.

VOTO

Vistos.

MARIA ELIZABETH CRUZ RABELLO opôs embargos de terceiro contra o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, alegando que é esposa de Renato Alves Rabello, corréu na ação de responsabilidade civil nº 031335-77.2013.8.26.0100, movida pelo ora embargado em face dos ex-controladores e ex-administradores do Banco Cruzeiro do Sul, no qual o Sr. Renato ocupou o cargo de Diretor Estatutário; e que em razão do disposto no art. 36 da Lei 6.024/74, que determina a indisponibilidade de todos os bens dos administradores das instituições financeiras sob o regime de intervenção, os bens de seu cônjuge foram arrestados até apuração e liquidação final de suas eventuais responsabilidades. Ocorre que, em sendo casada sob o regime da comunhão universal de bens com o Sr. Renato, a metade ideal que lhe caberia, por direito, também foi indevidamente arrestada. Por isso, requereu a procedência dos embargos para o cancelamento do arresto sobre os 50% do saldo das contas bancárias e de metade das quotas sociais de Marena Comercial Ltda.

Recebida a petição de fls. 72/73 como aditamento à inicial, foi indeferida

Acesso ao Sumário

a liminar (fl. 100).

O MINISTÉRIO PÚBLICO contestou, alegando, em síntese, que no regime da comunhão universal, se as dívidas foram contraídas após o início da relação conjugal, responderão por elas os bens comuns do casal, primeiro os particulares daquele que assumiu a dívida e, finalmente, os particulares do outro cônjuge, na medida de seu proveito, defendendo a presunção *iuris tantum* de que as obrigações foram contraídas em benefício da família, cabendo à embargante o ônus de provar o contrário. Aduziu que a embargante não demonstrou sua independência do marido, ao contrário, tudo leva a crer que o patrimônio do casal foi adquirido unicamente pelos rendimentos auferidos pelo cônjuge varão, tanto que a conta corrente é conjunta assim como a Marena Comercial Ltda., sociedade constituída na vigência do casamento (28.11.1980) e da qual ambos são sócios. Por fim, argumenta que sem prova de que o patrimônio foi amealhado em igualdade de condições, deve ser imposta o arresto sobre todos os bens de forma a garantir o pagamento dos prejuízos apurados pugnando pela rejeição dos embargos (fls. 103/109). Réplica às fls. 134/138.

A sentença de fls. 166/169 julgou parcialmente procedentes os embargos, liberando do arresto as quotas sociais de titularidade da embargante, no capital social de Marena Comercial Ltda. e, diante da sucumbência recíproca, condenou a embargante a responder pelas despesas processuais que arcou e os honorários de seu advogado, sem condenação do embargado.

Recorre a embargante às fls. 172/178, afirmando, em suma, que não há que se falar em ausência de comprovação de que parte dos valores bloqueados era fruto da atividade remunerada que exercia, aduzindo que a mera comprovação deste fato, e que o saldo advém de depósitos anteriores à própria atuação do marido, é que basta para, no mínimo, presumir que possuía renda própria, o que foi desconsiderado na sentença. Defende que todo o patrimônio foi administrado pelo casal, o que dificulta a demonstração de que a metade ideal dos valores nas contas era exclusivamente seu, e que não pode ser inteiramente bloqueado, mencionando a existência de precedentes do Tribunal pela impossibilidade de a existência de cotitularidade na conta ser suficiente para impor a responsabilidade a um dos titulares pelas dívidas assumidas pelo outro (Apelação nº 990.10.117061-2 e nº 0166542-87.2009.8.26.0100), esperando, ao final, pela liberação de metade do saldo bancário mantido nas contas conjuntas. Não há notícias da apresentação de contrarrazões, não obstante o embargado tenha sido intimado para tanto (fl. 190).

É o relatório.

Não obstante os esforços da apelante, o recurso não merece provimento.

Em se tratando de casamento celebrado sob o regime da comunhão universal de bens, existe a presunção de que a dívida assumida pelo cônjuge

Acesso ao Sumário

foi revertida em benefício do casal. Assim, era da embargante o ônus da prova para elidir tal presunção, o que não aconteceu, não comprovando que os valores encontrados nas contas bancárias mantida em conjunto com o marido, ex-diretor do Banco Cruzeiro do Sul, eram resultado de esforços exclusivos seu ou mesmo da remuneração recebida da pessoa jurídica.

A propósito, já decidiu o C. STJ:

"*A mulher casada responde com sua meação, pela dívida contraída exclusivamente pelo marido, desde que em benefício da família. Compete ao cônjuge do executado, para excluir da penhora a meação, provar que a dívida não foi contraída em benefício da família.*" (AgRg no AgRg no Al n° 594.642/MG, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU 08.5.2006).

"*DIREITO CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL - MEAÇÃO - DÍVIDA CONTRAÍDA PELO CÔNJUGE VARÃO - BENEFÍCIO DA FAMÍLIA - ÔNUS DA PROVA. 1 Tratando-se de dívida contraída por um dos cônjuges, a regra geral é a de que cabe ao meeiro o ônus da prova de que a dívida não beneficiou a família, haja vista a solidariedade entre o casal. Precedentes. 2 Agravo regimental não provido.*" (AgRg no AREsp 427.980/PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 25.2.2014).

Neste conjunto de ideias, a presunção ligada ao fato de o casamento ser regido pela comunhão universal é de que a família do executado, incluindo o cônjuge, beneficia-se de todos os valores recebidos, presunção esta que somente é repelida mediante prova em contrário nos autos.

De fato, a teor do disposto no artigo 1.664, do CC: "*Os bens da comunhão respondem pelas obrigações contraídas pelo marido ou pela mulher para atender aos encargos da família, à despesas de administração e às decorrentes de imposição legal*".

Nesse sentido, THEOTONIO NEGRÃO e JOSÉ ROBERTO F. GOUVÊA (*in* CPC Comentado, 40ª Ed., nota 17 ao artigo 1.046) esclarecem:

"*Em princípio, nos embargos oferecidos para a defesa da meação do cônjuge do devedor, compete ao embargante o ônus da prova de que a dívida contraída pelo executado não beneficiou a família. Assim: 'A meação da mulher casada não responde pela dívida contraída exclusivamente pelo marido, exceto quanto em benefício da família. É da mulher o ônus de provar que a dívida contraída pelo marido não veio em benefício do casal, não se tratando, na espécie, de aval' (STJ-4ªT., Resp. 335.031-SP, Rel. Min Sálvio de Figueiredo, j. 16.10.01, deram provimento, v.u. DJU 4.2.02, p. 398).*"

Assim, cabia à embargante demonstrar que nunca se beneficiou dos rendimentos obtidos pelo marido quando geria a instituição financeira em liquidação extrajudicial. Ou, em outras palavras, cabia à embargante provar que os bens que integram sua meação foram adquiridos exclusivamente com sua contribuição.

Acesso ao Sumário

E, ao contrário do alegado, a sentença considerou a percebimento de remuneração pela apelante da sociedade empresária constituída em 1980, tanto que autorizou a liberação das quotas de titularidade da embargante, que, como agente de viagens, certamente atuava na sociedade.

Ocorre que a recorrente não demonstrou a origem dos valores depositados nas contas bancárias, não existindo prova em qual das contas a sociedade empresária em que ela atuava profissionalmente realizava o depósito do "pro labore" ou os lucros devidos.

Em que pesem os precedentes citados, o entendimento majoritário desta Corte é o da presunção de que a família foi beneficiada pelas dívidas contraídas (Apelação 1003471-76.2015.8.26.0100, Des. Roque Antonio Mesquita de Oliveira, j. 22.7.2015; AgIn. 2069735-67.2015.8.26.0000, Des. Francisco Giaquinto, j. 20.7.2015; Apelação 0006582-62.2012.8.26.0368, Des. Plinio Novaes de Andrade Júnior, j. 25.6.2015; Apelação 0209833-45.2006.8.26.0100, Des. Mario de Oliveira, j. 8.6.2015; Apelação 0078968-24.2012.8.26.0002, Des. Moreira Viegas, j. 27.5.2015; Apelação 0000741-83.2012.8.26.0563, Des. Thiago de Siqueira, j. 23.10.2013) e, ausente prova em sentido contrário, cabe ser respeitada esta posição.

Deste modo, não comprovado pela recorrente que a metade dos saldos em conta bancária proveio exclusivamente de sua atividade profissional, prevalece a presunção de que os recursos arrestados têm origem exclusivamente nos rendimentos de seu marido, Renato Alves Rabello, alto executivo de instituição financeira em liquidação extrajudicial e cujas responsabilidades são objeto de apuração. E, como ponderado pelo d. julgador, "*Respeitado entendimento em contrário, não se pode aceitar que alguém, ao longo do casamento sob o regime da comunhão universal de bens, tenha usufruído de todas as vantagens proporcionadas pelas rendas do marido, incluindo os salários de alto executivo de instituição financeira, e depois não queira submeter sua meação proveniente desses rendimentos à responsabilidade pelos prejuízos decorrentes dos atos atribuídos ao marido durante a gestão da mesma instituição financeira, sem ao menos demonstrar que os saldos bancários resultaram de sua efetiva contribuição.*" (fls. 168/169).

Isto posto, nega-se provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001133-64.2012.8.26.0129, da Comarca de Casa Branca, em que são apelantes FABIANA DELLA TORRE PRADO, CARLOS RICARDO DESSIMONI,

Acesso ao Sumário

DIEDE ANTONIALLI, VIVALDO DA SILVA, REJANE SOMERA, CAMILA SOMERA VIZIOLI, JOÃO BATISTA PASCHOAL, ADRIANA PICCOLO BASTOS, ANDRÉIA PICCOLO LAVESTEIN, ARIANE PICCOLO e MÁRCIO MARANGONI ROSSI, são apelados TARCISO ANTONIO FACCHINI, MARCO ANTONIO FACCHINI, SUELI ZAMPAR DA SILVA, MICHELLE ZAMPAR SILVA e MILLENE ZAMPAR SILVA.

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 17797)**

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

São Paulo, 15 de setembro de 2015.

MARINO NETO, Relator

Ementa: AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE - SERVIDÃO DE PASSAGEM - ESCADA DEMOLIDA QUE EMERGIA DE IMÓVEL COMUM ENTRE AS PARTES DANDO ACESSO AO IMÓVEL DE PROPRIEDADE DOS AUTORES - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA - APELAÇÃO DOS RÉUS - AGRAVO RETIDO REITERADO - O acesso ao pavimento superior do imóvel que pertence aos autores somente é possível por intermédio da escada que foi demolida, conforme termo de constatação de fls. 162 - A servidão da escada tornava útil o pavimento superior do prédio dominante, permitindo que se cumprisse de maneira mais completa sua função social - Sentença mantida - Recurso não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença de fls. 236 que julgou procedente a ação de reintegração de posse[1] proposta por Tarciso Antonio Facchini e outros em face de Fabiana Della Torre Prado e outros para "determinar a reintegração de posse da servidão de passagem consubstanciada na escada construída no terreno cuja copropriedade pertence aos réus e que serve ao prédio que pertence aos autores, tornando finitiva a antecipação de fls. 67". Os réus ainda foram condenados a indenizar os autores pelos prejuízos suportados

1 10.100,00, em fevereiro de 2012.

com a demolição da escada, mediante o pagamento do valor de R$ 6.200,00 devidamente corrigidos pela tabela prática do TJSP, desde o desembolso e com juros legais de 1% ao mês dessa mesma data. Sucumbentes, arcam os réus com as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa.

Os réus apelaram repisando anteriores argumentos. Suscitaram a ocorrência de cerceamento de defesa. No mérito, alegam que os autores pretendem vantagem indevida, pois não possuem direito ao espaço em discussão (a escada), pois não o adquiriram e nem pagaram. Requerem seja julgada provida a apelação para reformar a sentença a fim de que seja retirada a escada construída na propriedade dos réus ora apelantes, restituindo-se as chaves e controle remoto, condenando-os por litigância de má-fé ao alterarem a verdade dos fatos. Reiteram os termos do agravo retido interposto contra a liminar que autorizou a reconstrução da escada e autorizou o depósito de materiais de construção no terreno dos réus.

Recurso respondido.

É o relatório.

A matéria do agravo retido confunde-se com o mérito e também não merece provimento, nos termos do que restou decidido pela r. sentença, a qual deve ser confirmada pelos seus próprios e bem deduzidos fundamentos, os quais ficam inteiramente adotados como razão de decidir, nos termos do art. 252 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça: "*nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la*".

Primeiramente, não ocorreu o alegado cerceamento de defesa, pois os documentos acostados aos autos são suficientes para o deslinde da controvérsia e o julgamento antecipado, sem a realização de prova pericial, não implicou qualquer lesão ao contraditório e à ampla defesa. Além disso, mostrando-se suficientes os elementos trazidos aos autos pelas partes para embasar o convencimento do magistrado, com possibilidade de solução do litígio, nada impede que o juiz julgue o feito no estado em que se encontra.

No caso em exame, observa-se que o Juízo *a quo* analisou detidamente os elementos constantes dos autos, corretamente concluindo pela existência da servidão, bem como que os réus foram os responsáveis pelos danos ocasionados aos autores.

Sem retoques segue abaixo a transcrição parcial da r. sentença:

"*(...) A despeito do que alegam os requeridos, a escritura pública juntada a fls. 35/37, a embora não tenha sido objeto de transcrição junto ao registro imobiliário, possui validade jurídica e seus termos, que confirmaram as cláusulas constantes do instrumento de venda e compra entabulado entre as partes, devem ser respeitados.*

Acesso ao Sumário

Não bastasse, evidente que o acesso ao pavimento superior do imóvel que pertence aos autores somente é possível por intermédio da escada que foi demolida (constatação de fls. 162).

Finalmente, conforme mencionado na decisão que saneou o feito, a existência, o período em que permaneceu no local e quem providenciou a demolição da escada demolida não foram pontos especificamente impugnados pelos requeridos (item 01 de fls. 126), somente as consequências jurídicas da existência da escada é matéria controvertida controvertidas nos autos.

Friso que o fato de serem os autores coproprietários do prédio serviente não impede o reconhecimento da servidão, visto que referido direito real sobre coisa alheia vincula, precipuamente, os bens imóveis envolvidos.

De todo evidente que a escada era aparente, visível por qualquer um dos proprietários dos apartamentos construídos no terreno lindeiro e ali permaneceu durante toda a construção de tais imóveis.

E, força convir, que embora o compromisso de compra e venda juntado aos autos não tenha sido assinado pelos réus estes ratificaram seus termos quando da lavratura da escritura de alienação do imóvel. Há na escritura uma única ressalva aos termos do compromisso e tal não se refere à escada demolida.

E a servidão consubstanciada na escada tornava útil o pavimento superior do prédio dominante, permitia que cumprisse de maneira mais completa sua função social. (...) Desta forma, considerando a existência da servidão afirmada na inicial, de rigor a procedência da pretensão para tornar definitiva a liminar de fls. 67.

Resolvida a questão da servidão, passo à análise dos danos a serem ressarcidos.

Neste passo, verifico que também a existência e extensão dos danos materiais que alegam os autores terem sofrido não foram especificamente impugnados pelos réus, tornando tal matéria, também incontroversa. Não bastasse a inércia dos réus e o ônus legal dela decorrente que devem suportar, a pretensão dos autores encontra respaldo nas provas que trouxeram aos autos. Conforme já mencionado, o único acesso ao pavimento superior do imóvel comercial dos autores é a escada que foi pelos réus demolida. Forçoso concluir, assim, que a conduta dos réus em destruir a escada foi levada a efeito em desconformidade com o ordenamento jurídico e, portanto, comprovados os danos que aludido ato ensejou aos autores, devem indenizar os prejuízos por estes suportados e que estão estampados nos documentos de fls. 184. Creio que, mais, desnecessário aduzir."

Acesso ao Sumário

E mais não é preciso dizer para que seja mantida, por seus próprios fundamentos, a r. sentença recorrida.

Posto isso, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001204-62.2011.8.26.0659, da Comarca de Vinhedo, em que são apelantes LUIS GUSTAVO BORSOI e PRISCILA SEGURA BORSOI, são apelados JOHN KOITIRO HATORI e EVA EUGENIO MALVA HATORI.

ACORDAM, em 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.767)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO PESSOA DE MELLO BELLI (Presidente) e SEBASTIÃO JUNQUEIRA.

São Paulo, 14 de setembro de 2015.

MARIO DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: OBRIGAÇÃO DE FAZER - DIREITO DE VIZINHANÇA - REMOÇÃO DE TALUDE – Uso anormal da propriedade, com a construção de talude em prejuízo do imóvel vizinho - Alegação de que a obra foi autorizada pela proprietária do imóvel prejudicado - Ausência de prova - Acervo fático-jurídico que sinaliza que a autorização jamais foi emitida - Necessidade de desfazimento da intervenção - Inocorrência de prescrição - Decurso de prazo inferior ao trienal, previsto no art. 206, § 3º, inciso V, do Código Civil - Danos morais configurados - Sentença mantida - Recurso improvido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelação interposta em face da r. sentença de fls. 161/167, que julgou procedente, em parte, ação de obrigação de fazer movida por JOHN KOITIRO HATORI e EVA EUGÊNIA MALVA HATORI para condenar os réus LUIZ GUSTAVO BORSOI e PRISCILA SEGURA BORSOI à remoção do talude e construção de muro de arrimo, ambos às suas expensas, no prazo de 60 dias, e ao pagamento de R$ 6.780,00, à título de danos morais. Em razão da sucumbência, os réus foram condenados nas custas e despesas processuais e

honorários advocatícios de 10% sobre o valor da condenação.

Apelam os corréus sustentando, em síntese, que houve distorção das declarações prestadas pelas testemunhas, cujo teor deve ser reavaliado. Entendem comprovada a boa-fé, porquanto a autora não promoveu qualquer interpelação antes de ajuizar a demanda. Consignam que receberam autorização dos apelados para colação de terra para sustentação do muro. Defendem não ser crível supor que, em loteamento de alto luxo, os apelados pretendessem erigir edificação para moradia abaixo do nível da rua, em terreno íngreme. Reputam ter operado a prescrição da pretensão, porquanto decorreu o prazo de 03 anos previsto no art. 206, § 3º, inciso V, do Código Civil. Destacam que a simples colocação de terra no imóvel vizinho é incapaz de causar abalo moral ou profundo dissabor que justifique a indenização. Argumentam que "a colocação da terra no imóvel lindeiro teve custo significativo e sua retirada implicará no refazimento do muro, impondo severo prejuízo aos apelantes" (fl. 176). Consignam que "no caso dos autos, torna-se verdadeiro o brocardo jurídico 'quem cala consente', ainda mais porque os apelados consentiram expressamente com a colocação da terra em seu imóvel, conforme torna certo a prova testemunhal". Pedem provimento (fls. 172/177).

Preparado (fls. 178/180), o recurso foi recebido no efeito devolutivo (fl. 193), havendo contrarrazões (fls. 215/230).

Foi noticiado o descumprimento da tutela antecipada pelos apelantes (fls. 195/204), ensejando a interposição de agravo de instrumento que não foi conhecido por esta Egrégia Câmara Recursal, ante a ausência dos requisitos de admissibilidade (fls. 240/242).

É o relatório.

JOHN KOITIRO HATORI e EVA EUGÊNCIA MALVA HATORI ajuizaram ação de obrigação de fazer em face de LUIZ GUSTAVO BORSOI e PRISCILA SEGURA BORSOI objetivando a retirada do talude do terreno de sua propriedade, sob o fundamento de que a providência limita sua construção e desvaloriza o imóvel, pugnando, ao final, pelo recebimento de indenização por danos morais decorrentes do óbice à venda do bem.

Afirmam que os réus realizaram obra no local, alterando substancialmente a topografia do terreno, incutindo prejuízo à sua propriedade situada em imóvel vizinho. Pugnam pelo restabelecimento do "status quo ante".

A tutela antecipada foi indeferida (fl. 40).

Citados, os corréus contestaram o feito, rechaçando as alegações da inicial (fls. 45/61).

Sobreveio a r. sentença que julgou a ação procedente, em parte, para condenar os réus à remoção do talude e construção de muro de arrimo, ambos às suas expensas, no prazo de 60 dias, podendo ser arbitrada multa, em caso

Acesso ao Sumário

de descumprimento, e ao pagamento, em favor dos autores, do valor de R$ 6.780,00, à título de dano moral, dando margem ao apelo em questão.

As razões recursais não convencem quanto ao desacerto da r. sentença, que deve ser mantida.

É inconteste o fato de que os apelantes, ao promoverem alterações no seu terreno, ensejaram também a edificação de talude no terreno vizinho, de propriedade dos apelados.

Mote da controvérsia, nesta sede, é a alegada autorização recebida dos autores quanto à realização da referida intervenção do terreno vizinho, além das questões envolvendo a prescrição da pretensão deduzida e indenização por danos morais.

Logo de início já pode ser observado que não restou produzida qualquer prova, ainda que indiciária, de que os apelados teriam consentido com a inclinação do plano de terreno, oriundo da propriedade vizinha.

Na verdade, tudo leva a crer que, de fato, os apelados dissentiram da edificação da obra, que apenas teve o condão de impor prejuízo à sua propriedade.

Particular relevância assume, sob este enfoque, a harmonia entre os depoimentos colhidos pelo I. Juízo singular.

Inicie-se pelo depoimento pessoal prestado pela autora (fl. 123), que se revelou seguro e coeso quanto à negativa de autorização para a constituição do talude, sem que houvesse a confissão de qualquer fato que infirmasse a tese defendida na inicial.

De outro lado, com relação ao depoimento prestado pelo réu (fl. 124), desponta que a alegação de que a autorização teria sido obtida "por telefone" para a obra realizada, fatalmente, está isolada nos autos, sem nenhum respaldo no contexto probatório.

Sob tal perspectiva, considerando o vulto da obra e capacidade de alteração do plano no terreno vizinho, é de se observar que a autorização formal dos proprietários do imóvel vizinho não se revelava apenas conveniente, mas imprescindível para a efetivação da mudança.

Não se pode perder de vista que, antes da realização do talude, o imóvel da autora se encontrava no mesmo nível do terreno vizinho. No entanto, após a nivelação levada a efeito pelos apelantes, o imóvel passou a ficar recuado isoladamente, tanto em relação ao imóvel contíguo, quanto no que tange à rua, circunstância que enseja evidente prejuízo em seu aproveitamento e valor.

Bem por isso é que não apresenta consistência ou tampouco verossimilhança a tese defendida pelos apelantes, no sentido de que a própria apelada teria "**entrado em contato com o requerido, Sr. Luís Gustavo Borsoi, no início da construção da residência do requerido, e sugeriu que fosse feita**

Acesso ao Sumário

a colocação de terra no lote A39, que resultou no talude" (fl. 47).

Aliás, o contingente probatório recolhido sob as luzes de holofote do contraditório entra em inegável rota de colisão com tal suposição.

Nesse sentido é o depoimento de Denival José do Nascimento, contratado pelo réu para construir o talude, que reconheceu ter sido repreendido pela autora sobre a colocação de determinado material no terreno desta, corroborando a conclusão de que não houve aquiescência para a intervenção realizada.

Como bem salientou a I. Magistrada sentenciante, "**os próprios réus, em contestação, admitem que o talude foi construído no lote dos autores, e não no próprio terreno, ao alegarem que 'jamais teriam feito qualquer obra em terreno vizinho se a mesma não tivesse sido autorizada, ainda mais um talude**'" (fl. 164).

Em suma, os apelantes não produziram qualquer prova que desse suporte à alegada autorização para implantar o desnivelamento, impondo concluir que a manobra foi ultimada à revelia dos autores, configurando ato nitidamente ilícito.

No mais, fica afastado o pleito de reconhecimento da prescrição, haja vista que, à toda evidência, não decorreu o prazo trienal estabelecido no art. 206, § 3º, do Código Civil, entre o término da obra dos apelantes e o ajuizamento da ação pelos apelados.

Aliás, os próprios recorrentes invocam o instituto da prescrição partindo da premissa de que "**a obra dos apelantes teve início em novembro de 2008 e término em julho de 2009**" (fl. 175), olvidando que tal marco temporal é incapaz de subsidiar o reconhecimento de prescrição da ação, proposta em fevereiro de 2011 (fl. 02).

Diante disso, não há arrimo fático ou jurídico para a pretendida observância ao brocardo "quem cala consente", suscitada pelos apelantes, especialmente em se tratando de uso anormal e lesivo do direito de propriedade, que somente poderia ser admitido por concordância expressa e inequívoca da parte prejudicada.

Acesso ao Sumário

Finalmente, a pretensão de afastamento da indenização por danos morais, sob o fundamento de que a simples colocação de terra no imóvel vizinho seria incapaz de causar abalo moral, fatalmente, foi deduzida sem apego às circunstâncias dos autos, a teor das pertinentes ponderações feitas pela Douta Julgadora singular:

> **"Os autores viram a topografia de seu terreno ser alterada, por ato dos réus, que resolveram se desonerar dos custos da construção dispendiosa de um muro de arrimo, impondo aos autores alto gravame, em proveito próprio, com a construção de um talude que lhes ocupa parte significativa do terreno, limitando a construção; viram o imóvel se desvalorizar por conta disto, o que repercute nas chances**

de venda do bem, independentemente da concreta perda ou não de negócio. Os réus, por sua vez, mostram-se renitentes, não somente querendo a manutenção do talude, como sua averbação na matrícula do bem, e ainda cobram a terra colocada no terreno dos autores para construção do talude que lhes favorece, e metade do custo do muro, que foi construído integralmente em seu terreno, pertencendo-lhes, portanto. Assim, o desgaste emocional trazido aos autores é certo, havendo nexo causal entre o dano produzido e a construção do talude por parte dos réus, ilícita, uma vez que não provada a permissão dos autores. Qualquer intervenção alheia no patrimônio causa desassossego ao indivíduo e reflete em seu ânimo, tanto mais quando lhe acarreta decréscimo do valor desse patrimônio" (fls. 165/166).

De tudo, seja qual for o ângulo de enfoque, deve subsistir o decreto de improcedência, bem lançado pela culta Magistrada Euzy Lopes Feijo Liberatti.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000750-55.2013.8.26.0516, da Comarca de Aparecida, em que é apelante MARIA HELENA DOS SANTOS, é apelado MINERAIS ROMA LTDA.

ACORDAM, em 24ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25307)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SALLES VIEIRA (Presidente), PLINIO NOVAES DE ANDRADE JÚNIOR e CLÁUDIA GRIECO TABOSA PESSOA.

São Paulo, 10 de setembro de 2015.

SALLES VIEIRA, Relator

Ementa: EMBARGOS DE TERCEIRO – PENHORA - SUCUMBÊNCIA - Embargos de terceiro julgados procedentes - Tratando-se de embargos de terceiro, imprescindível que se averigue, na fixação dos honorários, quem deu causa à constrição indevida - Aplicação do princípio da causalidade - Comprovado que o veículo penhorado não se encontrava registrado

Acesso ao Sumário

em nome da embargante, em data anterior a sua constrição - Desídia da embargante, em não promover a transferência do documento do veículo perante o Detran, que implicou na indevida constrição e no ajuizamento dos embargos de terceiro - Incabível a condenação exclusiva da embargada nos ônus da sucumbência, em razão do princípio da causalidade, que não se contrapõe ao princípio da sucumbência - Inteligência da Súmula nº 303 do STJ - Sentença mantida - Apelo improvido.

VOTO

Apelo da embargante em face da r. sentença de procedência, proferida nos autos de embargos de terceiro.

Pleiteia, unicamente, a condenação da embargada a arcar com os ônus sucumbenciais (fls. 84/90).

Ausente contrarrazões.

É o relatório.

Trata-se de embargos de terceiro, opostos por Maria Helena dos Santos em face de Minerais Roma Ltda., objetivando a desconstituição da penhora levada a efeito na ação de execução, movida pela embargada em face de Luiz dos Santos Cruz, incidente sobre o veículo VW/Gol, placa GYW-6372.

Em primeira instância, os embargos de terceiro foram julgados procedentes, para o fim de liberar definitivamente da constrição judicial o veículo descrito na inicial. Não foi fixada verba decorrente da sucumbência, sendo determinado que cada parte arque com as custas e despesas desembolsadas, além dos honorários de seus respectivos patronos.

Contra esta decisão insurge-se a embargante, pugnando, apenas, pela condenação da embargada a arcar exclusivamente com os ônus da sucumbência.

Acesso ao Sumário

Como constou da r. sentença *a quo*, a compra do veículo pela embargante ocorreu em 24/02/2012 (fls. 09/14 e 18), isto é, antes da determinação judicial de seu bloqueio, este realizado somente em 03/08/2012 (fls. 08 e 68).

Ocorre que, conforme elucidado pelo magistrado de primeiro grau, embora a aquisição do veículo pela embargante, ora apelante, tenha se dado em data anterior ao registro da penhora, verifica-se que, quando o requerimento foi formulado ao juízo, o bem ainda estava registrado em nome do devedor.

Tal fato implicou na indevida penhora do veículo.

Entende-se, portanto, que a embargante, por desídia, ao não providenciar, no prazo legal, a transferência do documento do veículo perante o Detran, foi

quem deu causa à constrição e ao ajuizamento dos embargos de terceiro.

Por esta razão, deve ser aplicado ao presente caso o que disciplina o princípio da causalidade, pois a apelada não deu causa à indisponibilidade de bem de terceiro, já que não tinha ciência disso, a qual ocorreu por culpa exclusiva da apelante, que não transferiu o bem para a sua propriedade.

Nesta esteira, confira-se entendimento esposado por Theotônio Negrão, em sua obra "*Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*", ao comentar o art. 20:

"***A regra da sucumbência expressa neste art. 20 não comporta aplicação indiscriminada na determinação da parte responsável pelo pagamento de honorários e reembolso de despesas. Em matéria de honorários e de despesas, fala mais alto o princípio da causalidade, ou seja, responde por eles a parte que deu causa à instauração do processo. É certo que, na maioria das vezes, causalidade e sucumbência levam a soluções coincidentes; esta é o mais eloquente sinal daquela. Todavia, quando as soluções forem destoantes, prevalece aquela atrelada ao princípio da causalidade.***"

Correta, portanto, a decisão do juízo *a quo*, vez que a penhora ocorreu em razão da omissão da embargante em não promover a transferência do documento do veículo perante o Detran.

Tivesse a apelante promovido a transferência, certamente o veículo não teria sido objeto de penhora, tornando desnecessária a propositura destes embargos.

Por analogia, veja-se a jurisprudência:

"Recurso especial. Processual civil. Imóvel. Contrato de compra e venda não-registrado. Penhora. Embargos de terceiro. Consectários da sucumbência. Princípio da causalidade. **O princípio da causalidade não se contrapõe ao princípio da sucumbência. Antes, é este um dos elementos norteadores daquele, pois, de ordinário, o sucumbente é considerado responsável pela instauração do processo e, assim, condenado nas despesas processuais. O princípio da sucumbência, contudo, cede lugar quando, embora vencedora, a parte deu causa à instauração da lide. Se o credor indicou à penhora imóvel objeto de contrato de compra e venda não registrado, é iniludível que a necessidade do ajuizamento dos embargos de terceiro pelo adquirente é resultado da desídia deste em não promover o registro, providência que a par da publicidade do ato poderia evitar a indesejada constrição patrimonial, haja vista a eficácia erga omnes dos atos submetidos a registro**. Assim, face ao princípio da causalidade, cabe aos terceiro-embargante, adquirente do imóvel, arcar com os consectários da sucumbência." (STJ; 3ª Turma; REsp nº 303597/SP; Rel. Ministra Nancy Andrighi; julgado em 17/04/2001).

"PROCESSO CIVIL. **EMBARGOS DE TERCEIRO.**

Acesso ao Sumário

SUCUMBÊNCIA. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. AUSÊNCIA DE CULPA DO CREDOR NA PENHORA. VERBA HONORÁRIA INDEVIDA. PRECEDENTES. DOUTRINA. RECURSO PROVIDO. I - **Sem embargo do princípio da sucumbência, adotado pelo Código de Processo Civil vigente, é de atentar-se para outro princípio, o da causalidade, segundo o qual aquele que deu causa à instauração do processo, ou ao incidente processual, deve arcar com os encargos daí decorrentes.** II - **Tratando-se de embargos de terceiro, imprescindível que se averigue, na fixação dos honorários, quem deu causa à constrição indevida.** III - **O credor não pode ser responsabilizado pelos ônus sucumbenciais por ter indicado à penhora imóvel registrado no Cartório de Imóveis em nome dos devedores, mas prometidos à venda aos terceiros-embargantes. A inércia dos embargantes- compradores, em não providenciar o registro do compromisso de compra e venda, deu causa à penhora indevida**." (STJ; 4ª Turma; REsp nº 264930/PR; Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira; julgado em 13/09/2000).

"PROCESSUAL CIVIL - RECURSO ESPECIAL - **PENHORA - EMBARGOS DE TERCEIRO - COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL NÃO-REGISTRADO - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. 1. Não deve sofrer condenação em honorários de sucumbência, o exequente que fez incidir penhora sobre imóvel transferido a terceiro mediante compromisso de venda não registrado. Em tal caso, o comprador foi desidioso em não providenciando o registro e, por isso, tornou necessária a oposição de embargos de terceiros. 2. O princípio da causalidade impõe interpretação equitativa, do preceito contido no Art. 20 do CPC.**" (STJ; 1ª Turma; REsp nº 439573/SC; Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros; julgado em 04/09/2003).

"Processual civil. Embargos de terceiro. Compromisso de compra e venda de imóvel. Falta de registro. Honorários advocatícios. I. **Não Pode ser responsabilizado pelos honorários advocatícios o credor que indica à penhora imóvel transferido a terceiro mediante compromisso de compra e venda não registrado no Cartório de Imóveis. Com a inércia do comprador em proceder ao registro não havia como o exequente tomar conhecimento de uma possível transmissão de domínio**. II.- Embargos de divergência conhecidos e recebidos." (STJ; Corte Especial; EREsp nº 4906057SC; Rel. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro; julgado em 04/08/2004).

"Primeiro Tribunal de Alçada Cível de São Paulo - PROCESSO: 0852849-6 - RECURSO: Apelação - ORIGEM: Birigüi - JULGADOR: 6ª Câmara - JULGAMENTO: 05/09/2000 - RELATOR: Marciano da Fonseca - REVISOR: Evaldo Veríssimo - DECISÃO: Deram Provimento, VU - SUCUMBÊNCIA - Honorários de advogado - **Embargos de terceiro** - Hipótese em que o embargante não deu causa de modo objetivamente injurídico aos embargos -

Acesso ao Sumário

Penhora realizada em bem imóvel, sem culpa do embargado, pois constante do registro imobiliário ainda em nome do executado - Aplicação do princípio da causalidade - Sucumbência descaracterizada - Recurso provido para esse fim. - DANIELA/CRIS/ods/01.11.01".

Por fim, confira-se o teor da **Súmula nº 303** do Colendo STJ: "***Em embargos de terceiro, quem deu causa à constrição indevida deve arcar com os honorários advocatícios***".

De rigor, portanto, a manutenção da r. sentença, que assim concluiu:

"*Em relação à verba da sucumbência, não pode a embargada ser responsabilizada, na medida em que esta está condicionada ao princípio da causalidade. É evidente que a embargada não teve culpa pela constrição que foi levada a efeito em relação ao veículo adquirido pela embargante, pois, quando o requerimento foi formulado ao juízo, o veículo ainda estava registrado em nome do devedor, circunstância que autorizava realmente o pedido de bloqueio, tanto é assim que acolhido pelo juízo. (...) Deixo de fixar a verba decorrente da sucumbência pelas razões já expostas, cada parte arcando com as custas e despesas desembolsadas, além dos honorários advocatícios de seus respectivos patronos.*" (fls. 80/81).

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 4001529-40.2013.8.26.0451, da Comarca de Piracicaba, em que são apelantes PEDRO FERNANDO FURLAN e MARIA DE LOURDES SANTIN FURLAN, é apelada ROSELI CIRINO FRANCO.

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 19472)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CAUDURO PADIN (Presidente sem voto), HERALDO DE OLIVEIRA e NELSON JORGE JÚNIOR.

São Paulo, 5 de outubro de 2015.

ANA DE LOURDES COUTINHO SILVA DA FONSECA, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO COMPEDIDO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE – Pretensão de reforma da r. sentença

que julgou improcedente pedido de reintegração de posse – Descabimento – Hipótese em que não se desincumbiram os autores do ônus a eles imputado de demonstrar os fatos constitutivos do direito por eles alegado, nos termos do artigo 927 do Código de Processo Civil – RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Irresignados com o teor da respeitável sentença de fls. 72-75, que julgou improcedente a reintegração de posse proposta por Pedro Fernando Furlan e Maria de Lourdes Santin Furlan em face de Roseli Cirino Franco, apelam os autores (fls. 79-75).

Sustentam, em apertada síntese, que as provas documentais não foram adequadamente consideradas no julgamento, pois a prova técnica trazida com a petição inicial demonstra que seu imóvel está menor do que a descrição da matrícula.

Alegam que, na contestação, a ré não impugnou os fatos por eles narrados na inicial.

Contrarrazões às fls. 89-92.

Recurso bem processado.

É o relatório.

É caso de negar provimento ao recurso.

Com efeito, constou da motivação da respeitável sentença (fls. 185):

"*Alegam os autores que a requerida teria invadido faixa de imóvel que lhes pertence.*

Esta, por sua vez, nega os fatos ventilados na inicial.

A preclusão das provas necessárias para o deslinde do feito deve ser declarada pois os autores, maiores interessados em produzi-las, não as especificaram (fls. 71).

(...)

Ora, concitados a esclarecer as provas que pretendiam produzir visando comprovar suas alegações marcaram-se inertes.

Desta forma, o ônus da prova, mais exatamente a obrigação de produzi-la, no teor dos julgados aqui colecionados, era dever dos autores e sua inexistência deve direcionar a demanda para a improcedência.

(...)

Acrescento que aquelas trazidas com a inicial são unilaterais, e não passaram pelo crivo do contraditório" (fls. 79-81).

Acesso ao Sumário

A conclusão a que se chega é exatamente a mesma, pois não há nos autos do processo provas cabais no sentido de que os autores, ou seus antecessores, tenham efetivamente exercido a posse sobre a área disputada, tampouco há demonstração da prática de esbulho possessório pela ré.

Tampouco pretenderam os autores produzir prova de suas alegações, tendo esclarecido às fls. 71 que não tinham outras prova a produzir.

Como bem salientou o d. magistrado de primeiro grau, a prova técnica trazida com a inicial foi produzida de forma unilateral (fls. 14-17).

Além disso, diferentemente do que afirmam os autores, ela não demonstra a ocorrência de esbulho, pois, quando muito, atesta que a área por eles ocupada é menor do que aquela descrita no registro de imóveis.

Isso, por si só, não demonstra que a ré tenha invadido a propriedade dos autores.

Tampouco se pode reconhecer que a ré tenha deixado de impugnar os fatos narrados pelos autores:

> "Jamais, em tempo algum, apossou-se a requerida da faixa de terras medindo 2.249,88 m², do imóvel mencionado na Matrícula nº 84.632, do 1º Registro de Imóveis de Piracicaba;" (fls. 54).

Assim, os apelantes não se desincumbiram do ônus que lhes cabia de comprovar os fatos constitutivos do seu direito, ou seja, a existência de esbulho, nos termos do artigo 333, inciso I e 927 do Código de Processo Civil, não sendo possível conceder a eles a tutela possessória pretendida.

Diante do exposto, **nega-se provimento ao recurso.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0005010-81.2011.8.26.0279, da Comarca de Itararé, em que é apelante HSBC BANK BRASIL S/A BANCO MÚLTIPLO, é apelada RENATA INCERTI BENINE FERREIRA ME.

ACORDAM, em 20ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23238)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CORREIA LIMA (Presidente sem voto), ALBERTO GOSSON e ÁLVARO TORRES JÚNIOR.

São Paulo, 5 de outubro de 2015.

Acesso ao Sumário

REBELLO PINHO, Relator

Ementa: ATO ILÍCITO – Reconhecida a existência de falha na prestação do serviço pelo banco, consistente na apresentação antecipada para compensação de cheques pós-datados, emitidos por clientes da autora, e entregues ao réu mediante o serviço por ele oferecido denominado de "custódia de cheques".

RESPONSABILIDADE CIVIL – Configurado o ato ilícito da parte ré, consistente na apresentação antecipada para compensação de cheques pós-datados, emitidos por clientes da autora, e entregues ao réu mediante o serviço por ele oferecido denominado de "custódia de cheques", e não caracterizada nenhuma excludente de responsabilidade, de rigor, o reconhecimento da responsabilidade e a condenação da parte ré na obrigação de indenizar a autora pelos danos decorrentes do ilícito em questão.

DANO MORAL – O ilícito do réu, consistente na apresentação antecipada para compensação de cheques pós-datados, emitidos por clientes da autora, e entregues ao réu mediante o serviço por ele oferecido denominado de "custódia de cheques", gerando diversas reclamações dos clientes, com notória repercussão negativa do nome da empresa, implicou ofensa à honra objetiva da autora, com violação à sua reputação, sendo fato gerador de dano moral – Indenização por danos morais mantida em R$ 10.000,00.

Recurso desprovido.

VOTO

Vistos.

Ao relatório da r. sentença de fls. 122/124, acrescenta-se que a ação foi julgada nos seguintes termos: "Pelo exposto, julgo, com fundamento no artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil, PARCIALMENTE PROCEDENTE A AÇÃO para condenar a ré ao pagamento de R$ 10.000,00 (dez mil reais) em favor da autora, valor este que deverá ser corrigido monetariamente pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, bem como ser acrescido

de juros legais de 1% ao mês, tudo à partir da citação. Diante da sucumbência mínima da autora, o réu arcará com as custas e despesas processuais, bem como com os honorários advocatícios, os quais, em conformidade com o artigo 20, parágrafo 4º, do CPC, fixo em R$ 1.000,00 (Mil reais)".

Apelação da parte ré (fls. 127/136), sustentando que: (a) "cheque é forma de pagamento a vista, ficando condicionado a critério de a apelada apresentá-los no dia combinado por meio de contrato com seus clientes para depósito"; (b) "não podendo então a apelada, por culpa exclusiva sua que efetuou o depósito de todos os cheques antes do combinado com seus clientes"; (c) "Nem mesmo se valer da argumentação que sofreu danos morais por ofensa auferidas por seus clientes, se acaso a mesma se sentir lesada deverá responsabilizá-la por tal dano"; (d) "se algum dano foi causado, este ocorreu por culpa exclusiva da vítima, que não agiu com cautela e prudência"; (e) "a pessoa jurídica não sofre dano moral"; (f) "nenhuma alteração houve no aspecto moral da apelada"; e (g) "o valor da indenização por dano moral deve ser reduzido."

O recurso foi recebido (fls. 139) e processado, com resposta da parte autora (fls. 142/149), pugnando pela manutenção da r. sentença.

É o relatório.

1. A pretensão recursal da parte apelante é que o recurso seja provido, e a r. sentença reformada, para que a ação seja julgada improcedente ou, ao menos, para que seja reduzido o valor da indenização por dano moral.

2. A apelação, nos termos em que oferecida, devolveu ao conhecimento deste Eg. Tribunal de Justiça, apenas e tão somente, as deliberações da r. sentença, efetivamente impugnadas, por força dos arts. 512, 514 e 515, do CPC, ou seja, no tocante à condenação ao pagamento de indenização por danos morais.

A r. sentença recorrida, na parte em que não acolheu o pedido de indenização por danos materiais, não foi impugnada.

Em sendo assim, essa deliberação da r. sentença recorrida, não atacada no recurso oferecido, não foi devolvida ao conhecimento deste Eg. Tribunal, e está revestida pela preclusão.

Nesse sentido, quanto à limitação do conhecimento e julgamento à matéria efetivamente impugnada no apelo, as notas de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery: (a) "**Extensão da substituição**. A substituição pode ser total ou parcial, conforme a impugnação for total ou parcial. O efeito substitutivo do recurso só atinge a parte do recurso que for conhecida pelo tribunal. No mais, remanesce íntegra a decisão (ou parte dela) que não sofreu impugnação ou cuja parte do recurso não foi conhecida pelo tribunal." ("Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante", 10ª edição, RT, 2007, p. 848, nota 3 ao art. 512); (b) "**Fundamentação**. O apelante deve dar as razões, de fato e de direito, pelas quais entende deva ser anulada ou reformada a sentença

Acesso ao Sumário

recorrida. Sem as razões do inconformismo, o recurso não pode ser conhecido" ("Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante", 10ª edição, RT, 2007, p. 853, nota 5 ao art. 512, II); e (c) "**Devolução**. O efeito devolutivo da apelação faz com que seja devolvido ao tribunal *ad quem* o conhecimento de toda a matéria efetivamente impugnada pelo apelante em suas razões de recurso. Recurso ordinário por excelência, a apelação tem o maior âmbito de devolutividade dentre os recursos processuais civis. A apelação presta-se tanto á correção dos *errores in iudicando* quanto aos *errores in procedendo*, com a finalidade de reformar (função rescisória) ou anular (função rescindente) a sentença, respectivamente. O apelo pode ser utilizado tanto para a correção de injustiças como para a revisão e reexame de provas. **A limitação do mérito do recurso, fixada pelo efeito devolutivo, tem como consequências: a) limitação do conhecimento do tribunal, que fica restrito à matéria efetivamente impugnada (*tantum devolutum quantum appellatum*); b) proibição de reformar para pior; c) proibição de inovar em sede de apelação (proibição de modificar a causa de pedir ou o pedido).**" ("Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante", 10ª edição, RT, 2007, p. 856, nota 1 ao art. 515, o destaque não consta do original).

3. Mantém-se a r. sentença recorrida.

3.1. Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor nas ações de reparação de danos por vítimas de acidente de consumo, como acontece no caso dos autos, por envolver responsabilidade civil de fornecedor de serviços, sendo, a propósito, desnecessário perquirir sobre a presença dos elementos objetivos e subjetivos da relação de consumo, conforme orientação que esse Relator passa a adotar.

Nesse sentido, a orientação: **(a)** do julgado, para caso análogo, mas com inteira aplicação à espécie, extraído do site do Eg. STJ: "RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE CONSUMO. EXPLOSÃO DE GARRAFA PERFURANDO O OLHO ESQUERDO DO CONSUMIDOR. NEXO CAUSAL. DEFEITO DO PRODUTO. ÔNUS DA PROVA. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. **1 – Comerciante atingido em seu olho esquerdo pelos estilhaços de uma garrafa de cerveja, que estourou em suas mãos quando a colocava em um freezer, causando graves lesões. 2 – Enquadramento do comerciante, que é vítima de um acidente de consumo, no conceito ampliado de consumidor estabelecido pela regra do art. 17 do CDC ("bystander")**. 3 – Reconhecimento do nexo causal entre as lesões sofridas pelo consumidor e o estouro da garrafa de cerveja. 4 – Ônus da prova da inexistência de defeito do produto atribuído pelo legislador ao fabricante. 5 – Caracterização da violação à regra do inciso II do § 3º do art. 12 do CDC. 6 – Recurso especial provido, julgando-se procedente

Acesso ao Sumário

a demanda nos termos da sentença de primeiro grau." (STJ – 3ª Turma, REsp 1288008/MG, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, v.u.,. j. 04/04/2013, DJe 11/04/2013, RSTJ vol. 230 p. 591, o destaque não consta do original); e **(b)** de Bruno Miragem: "**Note-se que, no caso da responsabilidade civil dos bancos, tem prevalência a aplicação do CDC, não sendo necessário investigar a presença dos elementos da relação de consumo, como se reclama na disciplina dos contratos bancários.** Explica-se: enquanto nos contratos bancários, reclama-se a existência da relação de consumo, invocando o disposto no art. 3º, § 2º, do CDC, quanto à quantificação da atividade bancária como espécie do serviço objeto da relação de consumo, bem como no entendimento jurisprudencial afirmado pela Súmula 297 do STJ, há de se fazer uma distinção. É preciso definir se, além de se tratar de relação contratual entre cliente e banco, o cliente ostenta qualidade que lhe permita ser identificado como consumidor, seja pela exegese do conceito de destinatário final (art. 2º), ou pela interpretação do art. 29, que autoriza a equiparação para fins de proteção contratual, atualmente interpretado segundo exigência de demonstração de vulnerabilidade *in concreto*, de subordinação entre o cliente e o banco. **Outra coisa é a relação jurídica que resulta da imputação de responsabilidade pelo dever de indenizar. Isso porque, aqui, a hipótese de equiparação a consumidor, seja de quem não é cliente do banco, ou sendo cliente, não se considera destinatário final ou vulnerável (uma grande sociedade empresária, por exemplo), decorre de mera constatação fática de que se trata de vítima de um dano cuja responsabilidade é do fornecedor. Em outros termos: enquanto em matéria contratual permite-se investigar a qualidade subjetiva do cliente bancário para efeito de promover sua equiparação a consumidor por força do art. 17 do CDC, sob o fundamento de que se trata de pessoa exposta aos riscos de mercado de consumo, e, em especial da atividade desenvolvida pelo banco. Assim, por exemplo, não se cogita de questionar a aplicação do CDC nos danos causados, seja a clientes pessoas físicas ou grandes sociedades empresárias, pelas informações levadas indevidamente a registro pela instituição financeira em bancos de dados restritivos de crédito, ou pelo protesto indevido de título. (...) Naquilo que diga respeito diretamente à prestação de serviços bancários, contudo, no âmbito da atividade título da instituição financeira (art. 17 da Lei 4.595/1964), a aplicação do CDC é impositiva, inclusive, pela equiparação das vítimas.**" ("Direito Bancário", RT, 2013, SP, p. 488/469, o destaque não consta do original).

3.2. O banco responde objetivamente pelos danos causados, em razão de defeitos no serviço prestado e de fatos com relação com os próprios riscos da atividade bancária, em razão do disposto no art. 14, do CDC.

"Como é sabido, para que se configure a obrigação de indenizar, indispensável que estejam presentes os três requisitos ensejadores da mesma,

Acesso ao Sumário

quais sejam: (i) o *ato ilícito*, (ii) o *dano* experimentado pela vítima e (iii) o *nexo de causalidade* entre o dano sofrido e a conduta ilícita. Nesse sentido, de se notar que o CDC aplica-se às instituições financeiras conforme a Súmula n.º 297 do STJ. Portanto, a responsabilidade dos bancos, pelos danos causados aos seus clientes, é objetiva, isto é, independentemente da existência de ato culposo, conforme dispõe o art. 14, *caput*, do CDC. Assim, a responsabilidade do recorrido prescinde de culpa sua, satisfazendo-se apenas com o dano e o nexo de causalidade. Em relação ao nexo de causalidade, o próprio CDC estabelece no inciso II, do § 3º, do art. 14, do CDC, determinadas situações aptas a excluir o nexo causal entre a conduta do fornecedor e o dano causado ao consumidor, quais sejam: a culpa exclusiva do consumidor ou a culpa de terceiro." (STJ – 3ª Turma, REsp 685662/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, v.u., j. 10/11/2005, DJ 05.12.2005 p. 323).

"O ônus da prova das excludentes da responsabilidade do fornecedor de serviços, previstas no art. 14, § 3º, do CDC, é do fornecedor, por força do art. 12, § 3º, também do CDC." (STJ – 3ª Turma, REsp 685662/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, v.u., j. 10/11/2005, DJ 05.12.2005 p. 323).

"A inversão do ônus da prova pode decorrer diretamente da própria lei (*ope legis*), quando a comprovação de um fato, que normalmente seria encargo de uma parte, é atribuída, pela própria lei, à outra parte. No caso da responsabilidade civil por acidentes de consumo, o legislador atribuiu expressamente ao fornecedor o ônus de comprovar todas as causas de exclusão da responsabilidade civil, que foram elencadas pelos arts. 12 e 14, em seus respectivos §§ 3º, do CDC. Nas hipóteses de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro ou de não-colocação do produto no mercado, essa distribuição do encargo probatório acompanhou o sistema tradicional estabelecido pelo art. 333, II, do Código de Processo Civil. O legislador, todavia, atribuiu também ao fornecedor o ônus de comprovar a inexistência de defeito do produto ou do serviço. Normalmente, o defeito, como fato constitutivo do direito do demandado, deveria ser demonstrado pelo consumidor lesado, como autor da ação indenizatória. O CDC, em seu art. 12, § 3º, II, e em seu art. 14, § 3º, I, deixa expresso que compete ao fornecedor o ônus de comprovar a inexistência de defeito no produto ou no serviço. Essa modificação na distribuição dos encargos probatórios pela própria lei é o que se denomina de inversão *ope legis* do ônus da prova". (Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, "Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor", 3ª ed., Saraiva, 2010, SP, p. 355/356).

Acesso ao Sumário

3.3. A presunção de veracidade dos fatos alegados pela autora, em razão da revelia do réu, é relativa, de sorte, que não acarreta, por si só, o julgamento de procedência da ação, que depende do exame de outros elementos de convicção e provas constantes dos autos, nem dispensa o enfrentamento de questões de direito deduzidas e a apreciação de documentos, pertinentes à questão debatida

no litígio e expressamente analisada pela sentença, constantes de apelo, tempestivo, oferecido pelo revel.

Neste sentido, a orientação dos julgados do Eg. STJ extraídos do respectivo site: **(a)** "PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA. ENERGIA ELÉTRICA. **REVELIA. EFEITOS. ARTIGO 319 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. 1. A presunção da veracidade dos fatos alegados pelo autor é relativa. O alcance do artigo 319 do Código de Processo Civil deve ser mitigado, porquanto a revelia não induz obrigatoriamente à procedência do pedido inicial, que dependerá do exame pelo magistrado de todas as evidências e provas dos autos. Precedentes**. 2. Recurso especial improvido." (STJ – 2ª Turma, REsp 689331/AL, rel. Min. Castro Meira, v.u., j. 21/02/2006, DJ 13/03/2006 p. 266, o destaque não consta do original); **(b)** "PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO DE VIDA EM GRUPO. **REVELIA. ALEGAÇÃO DE PRESCRIÇÃO FORMULADA PELO REVEL EM APELAÇÃO. POSSIBILIDADE. I – Declarada a revelia, o revel pode intervir no processo em qualquer fase, recebendo-o no estado em que se encontra (CPC, art. 322). Assim, tendo o réu assumido o processo a tempo de interpor o recurso de Apelação, pode ele alegar em suas razões toda a matéria de direito que deva ser apreciada pelo juiz, entre as quais, se inclui a prescrição. II – Embora a redação do art. 219, § 5º, do CPC – então vigente – não determinasse que, em se tratando de direitos patrimoniais, o juiz se pronunciasse de ofício sobre o tema da prescrição, em sendo a questão suscitada pelo revel nas razões da Apelação, não poderia o Tribunal estadual deixar de enfrentar e julgar a matéria, sob o argumento de o réu estar inovando na lide. III – Recurso Especial provido para, cassado o v. Acórdão, realizar-se novo julgamento das demais matérias da Apelação.**" (STJ – 3ª Turma, REsp 890311/SP, rel. Min. Sidnei Beneti, v.u., j. 12/08/2010, DJe 23/08/2010, o destaque não consta do original); **(c)** "**PROVA. REVELIA. DOCUMENTOS EXIBIDOS PELO REVEL NA FASE DE APELAÇÃO. ADMISSIBILIDADE DE SUA APRECIAÇÃO PELO TRIBUNAL. – À Corte Estadual é permitido levar em consideração os documentos exibidos pelo réu revel no recurso de apelação, uma vez pertinentes à questão debatida no litígio e expressamente analisada pela sentença.** – Aplicação ao caso da norma inserta no art. 21, parágrafo único, do CPC. Recurso especial conhecido, em parte, e provido." (STJ – 4ª Turma, REsp 235315/SP, rel. Min. Barros Monteiro, v.u., j. 02/08/2001, DJ 19/11/2001 p. 278 LEXJTACSP vol. 193 p. 710, o destaque não consta do original); e **(d)** "Ação de cobrança. Cheque especial. **Revelia. 1. Não pode o réu revel discutir em apelação questão própria da contestação, na dependência de prova de sua responsabilidade, que não mais pode produzir pelos efeitos da revelia, assim a demonstração de que inexatos os extratos e o respectivo**

Acesso ao Sumário

detalhamento juntados com a inicial. 2. Recurso especial não conhecido." (STJ – 3ª Turma, REsp 284929/MG, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, v.u., j. 21/06/2001, DJ 03/09/2001 p. 221 LEXSTJ vol. 148 p. 108, o destaque não consta do original).

3.4. Reconhece-se a existência de falha na prestação do serviço pelo banco, consistente na apresentação antecipada para compensação de cheques pós-datados, emitidos por clientes da autora, e entregues ao réu mediante o serviço por ele oferecido denominado de "custódia de cheques".

Diante das alegações das partes e da prova constante nos autos, verifica-se que: (a) em data de 31.10.2011, a autora entregou ao banco réu sete cheques pós-datados emitidos por seus clientes, no valor total de R$ 1.977,09, utilizando-se do serviço oferecido pelo réu denominado de "custódia de cheques", conforme se infere do documento de fls. 31; (b) referido serviço disponibilizado pelo réu consiste na "guarda física (cheques), lógica (arquivo) e a compensação dos cheques pré-datados, proporcionando aos clientes pessoa jurídica, o acompanhamento do processo, até a compensação dos cheques pré-datados e liberação do crédito na conta corrente de sua empresa. Vantagens: (...) Maior segurança no transporte, no controle e na guarda de cheques pré-datados; Proceder à liquidação dos cheques pré-datados nas datas preestabelecidas" (fls. 36); (c) conforme bem deliberado pelo MM Juiz sentenciante: "os cheques foram custodiados perante a instituição financeira a qual tinha a obrigação de apresentá-los para compensação somente na data aprazada"; e (d) o réu apresentou os cheques pós-datados para compensação antes da data aprazada, causando transtornos à autora, bem como aos seus clientes emitentes dos títulos.

O réu não produziu qualquer prova no sentido de que tenha procedido com as diligências necessárias na prestação de seus serviços, ou seja, que apresentou os cheques pós-datados para compensação na data estabelecida.

Nenhuma prova produzida permite o reconhecimento da culpa exclusiva de terceiro ou culpa exclusiva ou parcial da parte autora, nem mesmo a ocorrência de caso fortuito ou força maior, para excluir a responsabilidade do banco réu, pelos danos causados à autora.

Em sendo assim, é de se reconhecer que o réu praticou ato ilícito, consistente na apresentação antecipada para compensação de cheques pós-datados, emitidos por clientes da autora, e entregues ao réu mediante o serviço por ele oferecido denominado de "custódia de cheques".

3.5. Configurado o ato ilícito da parte ré, consistente na apresentação antecipada para compensação de cheques pós-datados, emitidos por clientes da autora, e entregues ao réu mediante o serviço por ele oferecido denominado de "custódia de cheques", e não caracterizada nenhuma excludente de responsabilidade, de rigor, o reconhecimento da responsabilidade e a condenação

da parte ré na obrigação de indenizar a autora pelos danos decorrentes do ilícito em questão.

3.6. Mantém-se a condenação do réu ao pagamento de indenização por danos morais, no valor de R$ 10.000,00.

3.6.1. Adota-se a orientação de que a pessoa jurídica pode sofrer danos morais desde que este tenha reflexo na sua honra objetiva, de forma que implique lesão à sua reputação.

Nesse sentido, a orientação do Eg. STJ: **(a)** "A pessoa jurídica pode sofrer dano moral" (Súmula 227/STJ); **(b)** "CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. **A prova do fato que gerou lesão à reputação da pessoa jurídica é suficiente para a indenização do dano moral, nada importando que daí tenha resultado, ou não, prejuízo patrimonial.** Agravo regimental não provido." (3ª T., Ag. 970.204, rel. Min. Ari Pargendler, j. 02.09.2008 – destaque não consta do original); e **(c)** "CIVIL. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. PESSOA JURÍDICA. CALÚNIA E INJÚRIA. HONRA OBJETIVA. OFENSA NÃO DEMONSTRADA. RECURSO DESACOLHIDO. I – **A evolução do pensamento jurídico, no qual convergiram jurisprudência e doutrina, veio a afirmar, inclusive nesta Corte, onde o entendimento tem sido unânime, que a pessoa jurídica pode ser vítima também de danos morais, considerados estes como violadores da sua honra objetiva, isto é, sua reputação junto a terceiros.** II – No caso, no entanto, inocorreu ofensa à honra objetiva da empresa. III – A aferição da ofensa à honra da sócia-recorrente importaria em reexame de matéria fática, o que é vedado pela súmula da Corte, verbete nº 7." (4ª T., REsp 223494/DF, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 14.09.1999 – destaque não consta do original).

3.6.2. Sem embargo do r. entendimento em sentido contrário, adota-se a orientação de que em questões relativas a contratos, o inadimplemento contratual somente é admitido como fato gerador de danos morais, em situações excepcionais, que extrapolem o simples descumprimento da avença e em que acarretem ofensa a direitos da personalidade.

Neste sentido, a orientação dos julgados do Eg. STJ assim ementados: **(a)** "Processual Civil e Civil. Recurso especial. Locação de imóvel e responsabilidade civil. Omissão. Legitimidade passiva da imobiliária. **Questões inerentes ao próprio contrato locatício. Questões ligadas à cobrança realizada pela recorrida. Diferenciação. Danos morais.** Quantificação. Redução do quantum. – Inexiste a alegada omissão com relação ao art. 186 do Código Civil, uma vez que o Tribunal local expressamente afastou a prática de ato ilícito por parte da recorrida; – A imobiliária não possui legitimidade passiva para responder por questões atinentes diretamente à estrutura do imóvel locado, atuando como mera administradora do bem; – **No que toca ao modo**

Acesso ao Sumário

de cobrança, responde a imobiliária por sua atuação, que culminou por causar danos morais aos recorrentes, conforme reconhecido pela sentença; – Na espécie, a indenização mostra-se exagerada, devendo ser reduzida aos parâmetros comumente fixados pelo STJ. Danos morais fixados em seis mil reais. Recurso especial parcialmente conhecido e, na extensão, provido. Ônus sucumbenciais redistribuídos." (STJ – 3ª Turma, REsp 864794/PR, rel. Min. Nancy Andrighi, v.u., j. 23/09/2008, DJe 03/10/2008, o destaque não consta do original); **(b)** "AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO. EMPREENDIMENTO IMOBILIÁRIO. IMPONTUALIDADE NA ENTREGA DA OBRA. DANOS MORAIS. 1. **O inadimplemento de contrato, por si só, não acarreta dano moral, que pressupõe ofensa anormal à personalidade. É certo que a inobservância de cláusulas contratuais pode gerar frustração na parte inocente, mas não se apresenta como suficiente para produzir dano na esfera íntima do indivíduo, até porque o descumprimento de obrigações contratuais não é de todo imprevisível.** 2. Conforme entendimento pacífico do STJ, a correção monetária tem como marco inicial a data da prolação da sentença que fixa o quantum indenizatório. 3. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, provido." (STJ – 4ª Turma, REsp 876527/RJ, rel. Min. João Otávio de Noronha, v.u., j. 01/04/2008, DJe 28/04/2008, o destaque não consta do original); **(c)** "RESPONSABILIDADE CIVIL. **Denunciação policial. Abuso. A empresa que transforma o descumprimento de contrato de prestação de serviço em questão policial deve indenizar o dano moral que disso decorre depois de aceito nos juízos cível e criminal que não existiram os delitos mencionados.** Recurso conhecido e provido." (STJ – 4ª Turma, REsp 418684/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, v.u., j. 05/09/2002, DJ 28/10/2002 p. 325 LEXSTJ vol. 163 p. 200 , o destaque não consta do original); e **(d)** "CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DE AUTOR. DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL. DANO MORAL. INOCORRÊNCIA EM REGRA. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL NÃO CARACTERIZADA. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. CAUTELAR DE ANTECIPAÇÃO DE PROVA. EFEITO INTERRUPTIVO. MEDIDA PREPARATÓRIA DE AÇÃO INDENIZATÓRIA. CPC, ARTS. 219 E 846. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I – **O inadimplemento do contrato, por si só, pode acarretar danos materiais e indenização por perdas e danos, mas, em regra, não dá margem ao dano moral, que pressupõe ofensa anormal à personalidade. Embora a inobservância das cláusulas contratuais por uma das partes possa trazer desconforto ao outro contratante – e normalmente o traz – trata-se, em princípio, do desconforto a que todos podem estar sujeitos, pela própria vida em sociedade. Com efeito, a dificuldade financeira, ou a quebra da expectativa de receber valores contratados, não tomam a dimensão de constranger a honra ou a intimidade, ressalvadas situações excepcionais.** II

Acesso ao Sumário

– Na sistemática do Código de Processo Civil de 1973, a cautelar de antecipação de prova interrompe a prescrição quando se tratar de medida preparatória de outra ação, tornando inaplicável, nesses casos, o verbete sumular nº 154/STF, editado sob a égide do CPC/1939." (STJ – 4ª Turma, REsp 202564/RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, v.u., j. 02/08/2001, DJ 01/10/2001 p. 220 RDR vol. 21 p. 386 RSTJ vol. 152 p. 392 RT vol. 798 p. 213, o destaque não consta do original).

3.6.3. Na espécie, reconhece-se que o ilícito do réu, consistente na apresentação antecipada para compensação de cheques pós-datados, emitidos por clientes da autora, e entregues ao réu mediante o serviço por ele oferecido denominado de "custódia de cheques", gerando diversas reclamações dos clientes, com notória repercussão negativa do nome da empresa, implicou ofensa à honra objetiva da autora, com violação à sua reputação, sendo fato gerador de dano moral.

3.6.4. Quanto à quantificação da indenização por danos morais, adota-se a seguinte orientação: **(a)** o arbitramento de indenização por dano moral reconhecido deve considerar a condição pessoal e econômica do autor, a potencialidade do patrimônio do réu, bem como as finalidades sancionadora e reparadora da indenização, mostrando-se justa e equilibrada a compensação pelo dano experimentado, sem implicar em enriquecimento sem causa da lesada; e **(b)** "a fixação do valor da indenização, devida a título de danos morais, não fica adstrita aos critérios do Código Brasileiro de Telecomunicações" (STJ – 4ª Turma, AgRg no Ag 627816/MG, rel. Min. Fernando Gonçalves, v.u., j. 03/02/2005, DJ 07.03.2005 p. 276, conforme site do Eg. STJ).

3.6.5. "Quanto ao emprego do salário mínimo como critério de indexação do valor da indenização, o recurso merece parcial acolhida. Reproduzo, por esclarecedora, a ementa do RE 409.427-AgR, Relator Ministro Carlos Velloso: "CONSTITUCIONAL. INDENIZAÇÃO: SALÁRIO-MÍNIMO. C.F., art. 7º, IV. I. – Indenização vinculada ao salário-mínimo: impossibilidade. C.F., art. 7º, IV. O que a Constituição veda – art. 7º, IV – é a fixação do quantum da indenização em múltiplo de salários-mínimos. STF, RE 225.488/PR, Moreira Alves; ADI 1.425. A indenização pode ser fixada, entretanto, em salários-mínimos, observado o valor deste na data do julgamento. A partir daí, esse quantum será corrigido por índice oficial. II. – Provimento parcial do agravo: RE conhecido e provido, em parte." Cito, no mesmo sentido, os REs 270.161, Relatora Ministra Ellen Gracie; 225.488, Relator Ministro Moreira Alves; e 338.760 Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Assim, frente ao art. 557, § 1º-A, do CPC, dou parcial provimento ao recurso apenas para desvincular o quantum indenizatório do valor do salário mínimo, devendo ser considerado o vigente na data da condenação, a ser atualizado monetariamente pelos índices legais. Publique-se. Brasília, 26 de outubro de 2004. Ministro CARLOS AYRES

Acesso ao Sumário

BRITTO Relator" (RE 430411/RJ, rel. Min. Carlos Ayres Britto, DJ 30/11/2004 PP-00110, conforme site do Eg. STF).

3.6.6. Considerando os parâmetros *supra* indicados e buscando assegurar à parte lesada a justa reparação, sem incorrer em enriquecimento ilícito, mostra-se, na espécie, razoável a fixação da indenização de danos morais na quantia de R$ 10.000,00.

Observa-se que, na data da prolação da r. sentença, 22.05.2013, o valor do salário mínimo era de R$ 678,00, daí por que a indenização arbitrada correspondia a aproximadamente 14 salários mínimos.

4. Em resumo, o recurso deve ser desprovido.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0011059-17.2012.8.26.0405, da Comarca de Osasco, em que é apelante ERIVALDO FERREIRA DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO ITAUCARD S/A.

ACORDAM, em 20ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32512)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CORREIA LIMA (Presidente) e REBELLO PINHO.

São Paulo, 5 de outubro de 2015.

ÁLVARO TORRES JÚNIOR, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: PROVA – Cerceamento de defesa – Inocorrência – Oitiva de testemunha – Perícia contábil – Desnecessidade – Preliminar rejeitada.

CONTRATO BANCÁRIO – Financiamento de veículo – Vício de consentimento – Desacolhimento – Autor não suscitou expressamente na petição inicial a ocorrência de vício de consentimento como erro ou dolo – Nem ocorreriam tais vícios em razão da desvalorização do valor de mercado do veículo – Litigância de má-fé – Inocorrência – O fato de o autor alegar em réplica a ilegalidade de juros superiores

a 12% ao ano ou mesmo de ajuizar a ação somente depois de permanecer inadimplente por doze meses, não se mostra suficiente para configurar litigância de má-fé – Na litigância temerária, a má-fé não se presume, mas exige prova satisfatória, não só de sua existência, mas da caracterização do dano processual a que a condenação cominada na lei visa a compensar – Cancelamento da multa de 1% e da indenização de 20% sobre o valor da causa – Viabilidade – Ação revisional improcedente.

Recurso parcialmente provido.

VOTO

1. Recurso de apelação contra a sentença que julgou improcedente ação revisional de contrato de financiamento para aquisição de veículo; a sentença ainda condenou solidariamente o autor e seu advogado ao pagamento de multa de 1% e indenização de 20%, ambos sobre o valor atualizado da causa, por litigância de má-fé.

Sustenta o autor a ocorrência de cerceamento de defesa, por ser necessária a realização de provas pericial e oral para comprovar o vício de consentimento quando da assinatura do contrato. Insurge-se contra a condenação solidária (do autor e seu advogado) por litigância de má-fé.

Apelo tempestivo, bem processado e contrariado.

2.1. É ação revisional de contrato de financiamento para aquisição de veículo [cédula de crédito bancário (cf. fls. 32-37)], proposta ao fundamento de haver cobrança de juros excessivos (cf. fls. 2-7).

A formação da convicção do magistrado a respeito dos temas independia de perícia, pois cabia a ele, sem auxílio técnico, concluir se é legal ou não aquela forma de cobrança.

A linha de raciocínio desenvolvida no julgado dependia apenas de interpretação do juiz acerca das regras jurídicas aplicáveis a caso suficientemente instruído por documentos, sem estar conectada a ponto que justificasse a oitiva de testemunhas ou a perícia, daí a dispensa das provas reclamadas.

2.2. O autor alegou na petição inicial que o valor do financiamento superou o de mercado do veículo, daí a ilegalidade dos encargos abusivos (cf. fls. 2-3).

Ele não suscitou expressamente a ocorrência de vício de consentimento como erro ou dolo.

De qualquer forma, e a título de argumentação, nem ocorreriam tais vícios em razão da desvalorização do valor de mercado do veículo.

Acesso ao Sumário

Esclarece Carlos Roberto Gonçalves que o "*dolo difere do erro porque este é espontâneo, no sentido de que a vítima se engana sozinha, enquanto o dolo é provocado intencionalmente pela outra parte ou por terceiro, fazendo com que aquela também se equivoque*" (cf. Direito Civil Brasileiro, v. I, São Paulo, Saraiva, 2003, p. 370).

Por pressupor a intenção maliciosa do contraente para a configuração do vício de consentimento, quem o alega deve apontar dados concretos que caracterizem a má-fé da parte contrária.

Observe-se que o autor não negou na petição inicial da ação revisional ter celebrado com o réu contrato de financiamento para aquisição de veículo, a ser pago em 48 prestações mensais de R$ 1.986,92. Não há, assim, a mínima indicação de má-fé do réu, não se podendo ter como inválido o contrato assinado pelo autor, de livre e espontânea vontade.

Ademais, o erro, como defeito do negócio jurídico, não é qualquer noção equivocada da realidade dos fatos, mas somente aquele que tenha razão plausível, justificável, a teor do disposto no art. 138 do CPC ("*São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio*").

Somente o erro escusável é capaz de invalidar um negócio jurídico, sendo a escusabilidade dependente da pessoa que a oferece. Arnoldo Wald leciona que o critério de escusabilidade deve ser elástico, competindo ao juiz, em cada caso concreto, analisar o nível cultural do agente, como o alcance de sua inteligência, suas qualidades profissionais, dentre outras circunstâncias (cf. Curso de direito civil brasileiro, São Paulo, Sugestões Literárias, 1969, p. 233).

E tal escusabilidade não se configura no caso.

2.3. Não se conhece de temas não alegados na apelação (como a ilegalidade do *spread* abusivo ou da comissão de permanência). A questão impugnada no recurso deve ser julgada de acordo com o princípio *tantum devolutum quantum appellatum*.

Acesso ao Sumário

A ação revisional é improcedente.

2.4. O fato de o autor alegar em réplica a ilegalidade de juros superiores a 12% ao ano ou mesmo de ajuizar a ação somente depois de permanecer inadimplente por doze meses, não se mostra suficiente para configurar litigância de má-fé.

Isso porque é possível verificar que o autor suscitou na petição inicial a ilegalidade de juros abusivos, do *spread* e da comissão de permanência (cf. fls. 3-4). Outrossim, como ele esclareceu em seu recurso, teve dúvidas sobre o valor cobrado, que não correspondia ao contratado (cf. fl. 70).

Não se reconhece a litigância de má-fé do recorrente, pois não se detecta

deslealdade processual no procedimento da parte que não foi bem sucedida na busca de apoio de suas pretensões.

As infrações previstas no art. 17 do CPC não devem ser analisadas com rigor objetivo, pois, do contrário, todo aquele que tivesse perdido a demanda seria litigante de má-fé (cf. RT 609/122).

"*Na litigância temerária, a má-fé não se presume, mas exige prova satisfatória, não só de sua existência, mas da caracterização do dano processual a que a condenação cominada na lei visa a compensar*" (cf. REsp. 76.234-RS, rel. Min. Demócrito Reinaldo, STJ, 1ª T., DJU 30-6-1997, p. 30.890, *apud* Theotonio Negrão, CPCLPV, Saraiva, 34ª ed., p. 120, nota 21 ao art. 17).

Cancela-se, assim, a imposição solidária ao autor e seu advogado de multa de 1% e de indenização de 20% sobre o valor da causa.

3. Posto isso o meu voto dá parcial provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0009254-02.2010.8.26.0566, da Comarca de São Carlos, em que é apelante/apelado BANCO DO BRASIL S/A, é apelado/apelante JOÃO ANGELO FERREIRA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 2983)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SPENCER ALMEIDA FERREIRA (Presidente sem voto), CÉSAR PEIXOTO e FERNANDO SASTRE REDONDO.

São Paulo, 14 de julho de 2015.

ACHILE ALESINA, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL - Movimentações indevidas realizadas em conta corrente do autor - Movimentações não reconhecidas, nem autorizadas pelo autor - Sentença que determina a devolução dos valores - Procedência dos danos materiais e improcedência dos danos morais - Recurso do banco - Alegação de ausência de ato ilícito - Responsabilidade objetiva do banco - Culpa

Acesso ao Sumário

concorrente não foi incluída no rol das excludentes da responsabilidade civil do fornecedor de serviços - Recurso do banco desprovido.

REPETIÇÃO DE INDÉBITO - Recurso do autor - Aplicação do artigo 42 do CDC - Impossibilidade - Ausência de prova da má- fé do banco - Mantida a disciplina da sucumbência - Recurso do autor desprovido.

VOTO

Trata-se de ação de restituição com repetição de indébito movida por João Angelo Ferreira em face do Banco do Brasil S/A, alegando ser cliente do banco réu e que foi surpreendido por movimentações em sua conta corrente que não as reconhece, não autorizou e não efetuou. As movimentações totalizam o valor de R$ 1.133,53.

A r. sentença, proferida pelo MM. Juiz Themistocles Barbosa Ferreira Neto, julgou parcialmente procedente o pedido, com fundamentado no art. 14, do CDC. Em consequência, condenou o banco réu, a restituir ao autor a quantia de R$ 1.133,53 (hum mil, cento e trinta e três reais e cinquenta e três centavos), debitada indevidamente em sua conta-corrente, em abril de 2010 (fls. 79/80). A quantia a ser restituída deverá ser devidamente corrigida a partir de 09/04/2010, data do débito e acrescida de juros de mora, estes contados a partir da citação. Julgou improcedentes os pedidos de condenação a restituição em dobro (art. 42 do CDC) e de indenização por danos morais.

A sucumbência foi parcial e recíproca.

Recorrem ambas as partes.

O banco réu alegando que as movimentações realizadas em conta corrente do autor, só poderiam ter sido realizadas por meio de cartão e senha; que não houve nenhum ato ilícito por parte do banco; não se pode deixar de reconhecer a culpa concorrente; prequestiona a matéria e pede a reforma do julgado (fls. 117/121).

O autor, alegando ser a reforma de rigor para que seja aplicado o artigo 42 do CDC, com repetição do indébito em dobro; e que o banco deve suportar integralmente os ônus da sucumbência (fls. 127/130).

Recursos regularmente processados e respondidos (fls. 135/140 e 143/149).

É o relatório.

RECURSO DO BANCO-APELANTE:

Em que pesem os argumentos do banco-apelante, é assente terem sido

Acesso ao Sumário

efetuadas movimentações na conta do autor sem que o mesmo as reconheça.

Com efeito, os fatos articulados na inicial dão conta de que o autor, se viu surpreso com movimentações inusitadas em sua conta bancária, na medida em foram realizados pagamentos de títulos de outros bancos sem o seu conhecimento e autorização (cf. fl. 79).

E, o estabelecimento bancário não provou satisfatoriamente a regularidade da operação e a eficácia do seu sistema de segurança.

Aplica-se ao caso a legislação consumerista, estando a matéria pacificada por súmula do E. Superior Tribunal de Justiça.

A rigor caberia encerrar a fase postulatória do processo inaugurando a probatória, na qual competiria ao estabelecimento bancário, em inversão do ônus da prova, demonstrar a eficácia do seu sistema de segurança. Essa a orientação que vem sendo adotada por este E. Tribunal em casos semelhantes.

Com efeito, "in casu", a presunção pelos elementos sinalizadores colhidos nos autos é de que houve fraude, sendo inocente o correntista.

Caberia ao estabelecimento bancário, para elidir a responsabilidade objetiva presumida, fazer prova da eficácia de seu sistema de segurança.

Entre o estabelecimento bancário e o correntista que reclama fraude na movimentação de sua conta, é daquele o encargo de provar a boa qualidade e a eficácia de seu sistema de segurança, facultada a este a contraprova.

E como diz o douto Desembargador Luiz Sabbato nos autos da Apelação nº 7.390.572-1: ... "*ao cabo e ao fio de suas atividades, o banco 'vende' segurança, coisa que ninguém compraria se pudesse guardar dinheiro no colchão.*

Faltando com a segurança, pois não provada a eficiência de seu sistema, faltou o banco com seu serviço principal e roubou do cliente a tranquilidade."

O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 3º, parágrafo 2º (vide neste sentido a Súmula n. 297 do E. Superior Tribunal de Justiça), diz que a responsabilidade do banco, como prestador de serviço, é, inclusive, de caráter objetivo, consoante se infere do disposto no artigo 14 de referido Código. E, nos termos do parágrafo 3º deste mesmo artigo, o fornecedor somente não será responsabilizado quando provar: "*I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro*".

Nota-se, pois, que perante citado diploma legal, nem o caso fortuito e a força maior, **assim como também a culpa concorrente da vítima**, foram incluídos no rol das excludentes da responsabilidade civil do fornecedor de serviços.

Além disso, prevê o artigo 6º, inc. VIII, de referido Código, como um dos direitos básicos do consumidor, "*a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando,*

Acesso ao Sumário

a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências".

Tais requisitos estão presentes no caso vertente.

Assim, e repetindo, cabia ao banco-réu, por força dos dispositivos legais supracitados, ter provado que as movimentações impugnadas pelo autor teria sido feito regularmente e que não poderiam ter sido decorrente de falha na prestação de seus serviços.

Neste sentido, porém, nada fez, limitando-se o recorrido a alegar em seu favor que o cartão magnético somente pode ser utilizado mediante o uso de senha que somente é sabida pelo titular do cartão. Isto, porém, em nada o socorre, porquanto não afastaria a possibilidade de ter havido falha na realização das movimentações em questão, porque não se apurou que teria sido utilizado regularmente.

Note-se, por outro lado, que a ocorrência de clonagem de cartão de conta bancária é fato frequente e, quase sempre, inevitável, a despeito de ser previsível.

É de se reconhecer, portanto, que está configurada no caso vertente a responsabilidade do banco-réu quanto a reparação do dano material alegado pelo autor, por não ter se desincumbido do ônus de provar qualquer das causas excludentes previstas no art. 14, § 3º, do CDC, conforme se lhe impunha.

Este dano material, de acordo com o postulado pelo autor, é o pagamento dos valores descontados em razão das movimentações não reconhecidas, o qual deverá ser feito com a incidência da correção monetária a partir do desembolso e dos juros de mora, a contar da citação, assim como determinado na r. sentença recorrida.

Em face do exposto, NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO.

RECURSO DO AUTOR.

Busca o recorrente seja aplicado o artigo 42 do CDC, com a restituição do indébito em dobro. E que o banco seja condenado ao pagamento integral das verbas sucumbenciais.

Acesso ao Sumário

Esclarece-se que não é o caso de determinar a restituição em dobro, prevista no art. 42, parágrafo único, do CDC, conforme postulado pelo autor, porquanto cuida-se aqui a propósito de pedido de indenização lastreado em contrato e cuja ilegalidade somente veio a ser reconhecida com o julgamento da presente ação. Não se evidencia nesta hipótese, por isso, a má-fé do credor.

Com efeito, não houve intenção por parte da instituição financeira de prejudicar o autor recorrente. E, para aplicação de tal penalidade é exigida pelo Código de Defesa do Consumidor, a referida má-fé.

Assim, nada há a ser modificado quanto a disciplina da sucumbência fixada na r. sentença.

Assim e em harmonia com todo o exposto, NEGA-SE PROVIMENTO AOS RECURSOS.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0959876-75.2012.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante CONCESSIONÁRIA DO SISTEMA ANHANGUERA BANDEIRANTES S/A, é apelado OSMAR PETROCINI.

ACORDAM, em 32ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento ao recurso da ré. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.185)**

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

São Paulo, 16 de julho de 2015.

RUY COPPOLA, Relator

Ementa: Ação de reparação de danos materiais e morais. Acidente de veículo. Cerceamento de defesa inocorrente. Veículo na contramão de direção, fugindo do pedágio, que efetuou manobra de conversão e retornou pela pista em sentido contrário, vindo a colidir frontalmente com o veículo conduzido pelo autor. Responsabilidade objetiva da concessionária que administra e fiscaliza a rodovia. Inobservância do dever legal de garantir o trânsito em condições seguras. Exegese do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor; artigo 1º, §§ 2º e 3º, do Código de Trânsito Brasileiro e artigo 37 da Constituição Federal. Culpa de terceiro não caracterizada. Pedido total de reparação dos danos materiais, que foram comprovados nos autos. Dano moral caracterizado. Indenização, contudo, que deve ser reduzida para R$ 10.000,00. Apelação da ré parcialmente provida.

VOTO

Vistos,

Acesso ao Sumário

Trata-se de ação de indenização por danos materiais e morais, ajuizada pelo apelado em face da apelante, que, pela r. sentença de fls. 123/132, cujo relatório se adota, e após aclarada a fls. 138/140 foi julgada procedente para condenar a ré a pagar ao autor a importância de R$ 21.031,50, pelos danos materiais, acrescida de correção monetária pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça de São Paulo e juros de mora de 1% ao mês a partir da data da citação, bem como ao valor de R$ 40.000,00, a título de indenização pelos danos morais, corrigida monetariamente pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça de São Paulo, a partir do arbitramento e juros de mora de 1% ao mês contados da publicação da sentença, além de custas processuais e honorários advocatícios fixados em 15% sobre o valor da condenação atualizado.

Apela a ré (fls. 144/158) sustentando, em síntese, que: houve cerceamento ao seu direito de defesa pelo julgamento antecipado da lide; ausente qualquer falha na prestação do serviço diante da culpa exclusiva de terceiro, condutor do veículo que trafegava na contramão da rodovia; o valor da indenização pelos danos materiais deve ser reduzido para R$ 18.638,00, valor de mercado para o veículo do autor em dezembro de 2010; o valor da indenização por danos morais também merece ser reduzido; os juros de mora devem ser arbitrados a partir da citação.

O recurso é tempestivo e com preparo.

É o Relatório.

Não ocorreu qualquer cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide.

A prova oral pretendida não alteraria o resultado da lide, considerando que o magistrado reconheceu a responsabilidade objetiva da concessionária.

Relevante destacar que a principal alegação da ré foi a da culpa exclusiva de terceiro, condutor do veículo que trafegou na contramão de direção por 3 Km ao evadir-se da praça de pedágio.

Contudo, em que pese a conduta imprópria daquele condutor, vítima fatal do acidente, e que poderia ensejar a excludente do fato exclusivo de terceiro para o dever de indenizar, o certo é que a concessionária-ré não impediu o veículo causador de efetuar manobra de conversão, retornando pela pista em sentido contrário, na praça de pedágio.

A concessionária tinha o dever legal de garantir a segurança da rodovia que administra, e ter mecanismos de impedir referida manobra, sendo objetiva a sua responsabilidade perante os consumidores dos serviços prestados, nos exatos termos do artigo 14 da Lei nº 8.078/90, que assim dispõe:

"Art. 14. O fornecedor de serviços responde independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados a consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações

Acesso ao Sumário

insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos".

Nesse sentido é o entendimento pacificado pelo Egrégio **Superior Tribunal de Justiça**, conforme se depreende do seguinte julgado:

"RECURSO ESPECIAL. ACIDENTE EM ESTRADA. ANIMAL NA PISTA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRECEDENTES. Conforme jurisprudência desta Terceira Turma, as concessionárias de serviços rodoviários, nas suas relações com os usuários, estão subordinadas à legislação consumerista. Portanto, respondem, objetivamente, por qualquer defeito na prestação do serviço, pela manutenção da rodovia em todos os aspectos, respondendo, inclusive, pelos acidentes provocados pela presença de animais na pista. Recurso especial provido" **(REsp 647.710/RJ, Rel. Ministro Castro Filho, 3ª Turma, julgado em 20/06/2006, DJ 30/06/2006, p. 216)**.

A responsabilidade objetiva da ré, enquanto entidade componente do Sistema Nacional de Trânsito, também está prevista pela Lei nº 9.503/97 que, em suas disposições preliminares, dispõe:

"Art. 1º. O trânsito de qualquer natureza nas vias terrestres do território nacional, abertas à circulação, rege-se por este Código.

(...)

§ 2º. O trânsito, em condições seguras, é um direito de todos e dever dos órgãos e entidades componentes do Sistema Nacional de Trânsito, a estes cabendo, no âmbito das respectivas competências, adotar as medidas destinadas a assegurar esse direito.

§ 3º. Os órgãos e entidades componentes do Sistema Nacional de Trânsito respondem, no âmbito das respectivas competências, objetivamente, por danos causados aos cidadãos em virtude de ação, omissão ou erro na execução e manutenção de programas, projetos e serviços que garantam o exercício do direito do trânsito seguro".

Não se olvide também a redação do artigo 37, § 6º, da Constituição da República, que estabelece, expressamente, que "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".

Diante de tais preceitos, não há como se negar que a concessionária ré tinha o dever legal de zelar pela segurança e integridade dos usuários da rodovia que administra e, como corolário desse dever, a sua responsabilidade objetiva pelo acidente causado em razão da presença de veículo na contramão de direção, sendo-lhe ressalvado eventual direito de regresso contra os herdeiros do proprietário do veículo causador do acidente.

Estabelecida, assim, a responsabilidade da ré pelo evento danoso.

E para que se possa reconhecer que o acidente em questão tenha causado

Acesso ao Sumário

danos materiais ao autor, não se deve perder de vista que eles somente serão indenizáveis se forem certos e delimitados, o que ocorreu nestes autos uma vez que as despesas com o reparo do veículo foram devidamente demonstradas pelo autor (fls. 35/58).

Por fim, restaram configurados os danos morais, havendo nos autos demonstração de que o acidente ocasionou sequela física e moral que justifica a condenação da ré ao pagamento de indenização por dano moral.

O autor foi submetido a uma cirurgia, em razão de fratura da ulna direita, sentindo dores localizadas na região escapular e infra-escapular à direita com os movimentos respiratórios (fls. 31).

Isso é mais do que um mero incômodo não indenizável. É dano moral mesmo.

Oportuno colacionar a definição de dano moral que nos é apresentada por Savatier como sendo "qualquer sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária e abrange todo atentado à reputação da vítima, à sua autoridade legítima, ao seu pudor, à sua segurança e tranqüilidade, ao seu amor próprio estético, à integridade de sua inteligência, a suas feições, etc." (Traité de la responsabilité civile, vol. II, n. 525) e, segundo Dalmartello, em sua obra Danni morali contrattuali, "tem como elementos caracterizadores a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranqüilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos, classificando-os em dano que afeta a parte social do patrimônio moral (honra, reputação, etc.); dano que molesta a parte afetiva do patrimônio moral (dor, tristeza, saudade, etc.); dano moral que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante, etc.) e dano moral puro (dor, tristeza, etc.)" (*in* Revista di diritto Civile, 1933, p. 55, *apud* Responsabilidade Civil, Rui Stocco, RT, 4ª edição, p. 674).

Trata-se, então, do dano moral puro, caracterizado nos efeitos dolorosos da lesão ocasionada pelo ato ilícito, no sofrimento pessoal e seus reflexos de ordem psíquica, bem como no modo de vida das autoras, gerando alterações.

Acesso ao Sumário

Sobre o critério para fixação do dano moral já restou decidido que "o dano moral não se avalia mediante cálculo matemático-econômico das repercussões patrimoniais negativas da violação porque tal cálculo já seria a busca exatamente do minus ou do detrimento patrimonial, ainda que por aproximativa estimação. E tudo isso já está previsto na esfera obrigacional da indenização por dano propriamente dito. Trata-se, então, de uma estimação prudencial, que não dispensa sensibilidade para as coisas da dor e da alegria, para os estados d'alma humana, e que destarte deve ser feita pelo mesmo Juiz ou, quando muito, por outro jurista, inútil sempre por em ação a calculadora do economista ou do técnico de contas." (RT 650/66).

O valor da condenação, contudo, se mostra excessivo.

O eminente **Desembargador Antonio Rigolin**, da **31ª Câmara deste Tribunal**, já deixou anotado que "A indenização pela reparação do dano moral deve ser fixada em valor que permita propiciar uma compensação razoável à vítima, a guardar conformidade com o grau da culpa e a influenciar no ânimo do ofensor, de modo a não repetir a conduta. Reconhecida a ocorrência da devida proporcionalidade, deve prevalecer o critério adotado pela sentença." (**Ap. c/ Rev. 589.890-00/1**).

Ou seja, deve existir proporção entre a lesão e o valor da reparação.

Deste modo, conclui-se que os danos morais devem ser fixados após a análise dos vários fatores existentes no caso concreto, que condicionam a justa apreciação de todos os aspectos envolvidos, principalmente atentando-se ao dano causado pelo evento e ao poder aquisitivo do responsável e da vítima, sem, no entanto, constituir fonte de enriquecimento ilícito para o autor, mostrando-se exacerbado o valor de R$ 40.000,00, tendo em vista as peculiaridades do caso em análise, pelo que o valor da indenização deve ser reduzido para R$ 10.000,00, principalmente como forma de evitar a reiteração da prática pela ré.

A correção monetária incidente sobre o dano moral se fará a partir da publicação deste Acórdão, mantida quanto ao mais a r. sentença proferida.

Ante o exposto, pelo meu voto, DOU PROVIMENTO EM PARTE ao recurso da ré, nos termos acima expostos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0024203-29.2010.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante ZURICH BRASIL SEGUROS S/A, é apelado MOPRI TRANSPORTES LTDA.

ACORDAM, em 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 12048)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANDRADE NETO (Presidente sem voto), LINO MACHADO e CARLOS RUSSO.

São Paulo, 15 de julho de 2015.

MARIA LÚCIA PIZZOTTI, Relatora

Ementa: APELAÇÃO - AÇÃO REGRESSIVA - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - TRANSPORTE

Acesso ao Sumário

DE CARGA - CARGA MAL ACONDICIONADA - DEVER DE CUIDADO DO PREPOSTO. - Responsabilidade objetiva do transportador - art. 746, do Código Civil, que lhe garante a prerrogativa de recusar a carga mal acondicionada - preposto que tinha o dever de perceber a altura excedente do material transportado, responsabilidade da ré pelo ato de seus prepostos (art. 932, inciso I, do CPC) - RECURSO PROVIDO.

VOTO

Vistos.

Cuida-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 227/232, cujo relatório adota-se, que julgou IMPROCEDENTE o pedido regressivo, nos termos do artigo 269, inciso I, do CPC, condenando a ré ao pagamento das custas e honorários - arbitrados em 10% do valor da causa.

Vencida, insurge-se a demandante, Zurich Brasil Seguros S.A. Reiterou a procedência do pedido com fundamento na responsabilidade da transportadora pelo ato de seu preposto. Disse que o condutor do veículo com a mercadoria segurada não observou o limite de altura da via, colidindo com a passarela e ensejando o dever de indenizar. Pugnou, assim, pela reforma da decisão.

Regularmente processado, vieram contrarrazões e os autos foram remetidos a este E. Tribunal.

É o relatório.

Zurich Brasil Seguros S.A. ajuizou demanda regressiva em face de Mopri Transporte Ltda. (apelada), pretendendo o ressarcimento pela quantia paga à segurada Ericsson Telecomunicações S.A. (apólice n. 01.21.153092). Aduziu a sub-rogação dos direitos da segurada, que teve sua mercadoria avariada em razão de acidente causado pelo preposto da transportadora que não se atentou para o limite de altura da via.

Por sentença (fls. 227/232), o MM. Magistrado rejeitou a pretensão regressiva (art. 269, inciso I, do CPC). Asseverou a responsabilidade objetiva da transportadora, elidida, no entanto, pelo "*mau acondicionamento da mercadoria*" pela segurada (Ericsson). Contra a r. decisão, insurge-se a seguradora (demandante).

Não há dúvidas de que a mercadoria foi mal acondicionada - em contrariedade ao manual de transporte trazido à colação. A recorrida, entretanto, insiste que seu preposto não tinha capacidade técnica para fazê-lo, impondo a culpa exclusivamente à expedidora (Ericsson) que manejou o bem no veículo de transporte. Ocorre que a referida interpretação não merece acolhida. Justifico.

Acesso ao Sumário

Prevê o Código Civil:

Art. 746. Poderá o transportador recusar a coisa cuja embalagem seja inadequada, bem como a que possa pôr em risco a saúde das pessoas, ou danificar o veículo e outros bens.

Referido dispositivo expressa prerrogativa do transportador, em decorrência da responsabilidade objetiva que lhe impõe a lei civil. Irrelevante a tese de que se trata de um dever da transportadora - porque verdadeira garantia legal, que lhe permite elidir a responsabilidade imposta e cujo não exercício importa no reconhecimento do dever de indenizar postulado na petição inicial.

A respeito do tema leciona a doutrina de Maria Helena Diniz:

"O transportador poderá recusar-se a transportar coisa por defeito de acondicionamento (RT, 796:276) ou que possa pôr em risco a saúde das pessoas ou danificar o veículo e outros bens. P. ex.: se houver pretensão de se transportar gás, o transportador deverá constatar se tem condições de ser transportado com segurança; assim, se perceber algum risco de vazamento, poderá negar-se a recebê-lo. A adequação da embalagem é dever do expedidor, reservando-se ao transportador o direito de não efetuar o transporte de mercadoria mal acondicionada ou perigosa, haja vista que deverá entregar a coisa incólume ao destinatário." (Código Civil anotado, Ed. Saraiva, 13ª ed., p. 523).

Deste modo, ainda que fosse responsabilidade da segurada realizar a colocação da mercadoria no veículo, a transportadora não pode ignorar a responsabilidade que lhe impõe o Código Civil. Ao contrário do alegado, a altura da carga prescinde de conhecimento técnico do motorista - inviável supor que não tenha aptidão para recusar material que excedia os padrões admitidos naquela via. E, considerando a responsabilidade objetiva da transportadora pelo ato de seus prepostos (art. 932, I, do CC), ilidível a procedência da demanda.

Diante do exposto, DOU PROVIMENTO ao recurso, para julgar procedente o pedido inicial, condenando a ré ao pagamento de R$ 117.390,35, corrigidos desde o desembolso (11/11/2009), com juros da citação. Por força da sucumbência, a ré deverá arcar, também, com as custas e honorários - arbitrados, por equidade, em R$ 6.000,00 (seis mil reais).

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0012007-92.2012.8.26.0005, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes BANCO DAYCOVAL e GERALDO JOSÉ DOS SANTOS - M.E., é apelado MARIA EDITE DE OLIVEIRA DA CONCEIÇÃO (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 25ª 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 26.062/15)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VANDERCI ÁLVARES (Presidente), MARCONDES D'ANGELO e HUGO CREPALDI.

São Paulo, 30 de julho de 2015.

VANDERCI ÁLVARES, Relator

Ementa: Bem móvel. Compra e venda de veículo. Aquisição mediante financiamento bancário. Numeração adulterada do motor. Vício oculto. Ação de anulação de negócio jurídico c.c. restituição de valores e pedido indenizatório.

1. A rescisão do contrato de compra e venda do veículo atinge o pacto acessório de financiamento, dada a acessoriedade deste em relação àquele.

2. Cabe ao juiz avaliar a necessidade da realização da prova, e, afigurando-se presentes, ao julgador, os elementos suficientes a firmar seu convencimento, nada há de ilegal ou teratológico na prolação da sentença, não havendo falar-se em cerceio de defesa pela não realização de prova oral ou pericial.

Preliminar rejeitada.

3. Sendo incontroverso que a vendedora corré se dispôs à regularização do veículo, antes do ajuizamento da ação, encontra-se interrompido o prazo decadencial, nos termos do art. 26, § 2º, da Lei 8.078/90.

4. A entrega do bem livre de ônus e gravames constitui obrigação natural imposta ao alienante da coisa, se de forma diversa não estipularam as partes.

5. A existência de irregularidade que impossibilite a transferência do veículo, ainda que de conhecimento do adquirente no ato da compra, é suficiente para a resolução do contrato, quando a alienante não sanou a irregularidade.

6. Rejeitaram as preliminares e negaram provimento aos recursos.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. RELATÓRIO ESTRUTURADO

Inicial (fls. 02/14)

Síntese do pedido e da causa de pedir: ação anulatória de negócio jurídico c.c restituição de valores e indenização por danos morais ajuizada por Maria Edite de Oliveira da Conceição e Raul Antonio da Conceição, que também representa a primeira autora, em face de Geraldo J. dos Santos M.E. e Banco Daycoval, alegando os autores que compraram um veículo junto à primeira ré pelo valor de R$ 11.700,00, e que, quando do licenciamento, foi orientado por um despachante a fazer uma vistoria no veículo, quando soube que o motor do veículo se encontrava com a numeração adulterada. Ao procurar o representante da primeira ré, este confirmou que existia mesmo uma alteração, mas que ele se responsabilizaria pela regularização. Narra que até o presente momento não houve regularização na documentação do veículo, o que impede os autores de circularem com o veículo, com o qual o corréu exerce sua atividade laboral. Assim, procuraram um advogado para regularizar a situação, quando lhes foi solicitado o contrato do financiamento, do qual não dispunham. Ao obter cópia do contrato, perceberam que foi aposta inscrição posteriormente à assinatura do instrumento, da qual consta que "a loja se responsabiliza p/ regularização da numeração do motor do veículo". Alegam que, se soubessem do fato, não teriam adquirido o veículo. Pretendem a aplicação do Código de Defesa do Consumidor para inverter o ônus probatório e, em consequência, anular o contrato de compra e venda bem como o de financiamento, restituição dos valores pagos e indenização pelos danos morais no valor de R$ 10.000,00, valor que deu à causa.

Sentença (fls. 169/170)

Resumo do comando sentencial: julgou parcialmente procedente o pedido, para declarar rescindidos os contratos firmados com as rés, condenando-as a restituir os valores já pagos pelos autores. Asseverou que as requeridas atuam em conjunto, unindo esforços para incrementar a atividade de cada uma, razão pela qual os contratos estão interligados. Rejeitou os pretendidos danos morais, porque não comprovados. Distribuiu entre as partes os encargos da lide, diante da sucumbência recíproca.

Razões de Recurso da corré Banco Daycoval S/A (fls. 175/185)

Objetivo do recurso: insurge-se a instituição financeira corré contra a sentença, defendendo que o contrato de financiamento é independente, e que todas as cautelas necessárias foram tomadas para a concessão do financiamento. Aduz que à época do contrato nada constava da documentação do veículo, não tendo ciência acerca da adulteração da numeração do motor. Pugna pela reforma do julgado, ou, pela redução da indenização fixada a título de danos morais.

Acesso ao Sumário

Razões de recurso da corré Geraldo J. dos Santos M.E. (fls. 188/194):

Objetivo do recurso: insurge-se a vendedora corré contra a sentença, alegando cerceamento de defesa em face do julgamento antecipado, que a impediu de produzir prova oral. No mérito, alega que os autores não obedeceram ao prazo previsto no artigo 26, II, c.c. § 3º do Código de Defesa do Consumidor; aduz que os autores sabiam da adulteração na numeração do motor no ato da compra, conforme comprova o documento de fls. 07. Alega que, mesmo assim, propôs acordo aos apelados, inclusive serviços de mecânica para solução de quaisquer problemas no veículo. Pugna pela reforma do julgado para afastar a condenação de restituir os valores pagos pelos autores apelados.

É o sucinto relatório.

2. Voto.

Os recursos não vingam.

Trata-se de recursos independentes de apelação interpostos pela instituição financeira Banco Daycoval S/A, e pela corré Geraldo J. dos Santos M.E., contra a sentença que, nos autos da ação anulatória de negócio jurídico c.c. restituição de valores ajuizada por Maria Edite de Oliveira da Conceição e outro, julgou-a parcialmente procedente.

2.1 Pelo recurso da instituição financeira corré:

Como se viu do relatório acima, os autores adquiriram veículo junto à corré Geraldo José dos Santos M.E., por meio de financiamento concedido pela instituição financeira apelante, vindo aqueles a ter conhecimento posterior quanto a vício oculto do bem adquirido, consubstanciado na existência da adulteração na numeração do motor do veículo.

Defende a instituição financeira apelante, que figurou no negócio jurídico como a concedente do financiamento para a aquisição do veículo pelos autores, não ser responsável por qualquer vício do bem, visto que o contrato firmado com a parte autora é independente da compra e venda efetuada entre adquirente e vendedora.

Acesso ao Sumário

Aduz que tomou todas as providências cabíveis na concessão do financiamento, e que à época do contrato não constava qualquer pendência sobre o veículo objeto da concessão de crédito, razão pela qual concedeu o numerário à vendedora.

Não há, porém, a indigitada desvinculação entre a compra e venda e o contrato de financiamento, tratando-se de negócios coligados para uma finalidade comum às partes.

As partes atuam de forma conjunta na captação de clientes, para desenvolvimento de suas atividades comerciais, havendo coligação entre os contratos.

Logo, o desfazimento da compra e venda alcança, inequivocamente, o contrato de financiamento firmado com a parte autora, dada a acessoriedade deste àquele.

Esse distrato havido entre vendedor e comprador, com devolução do bem garantidor do contrato de financiamento, atinge este pacto acessório, porque entrelaçados para a mesma finalidade.

Nesta Corte assim já se decidiu:

"Conquanto a instituição financeira não tenha qualquer responsabilidade pela escolha do veículo, da qual, ressalta-se, sequer participou, é certo que o contrato de abertura de crédito destinou-se a financiar a aquisição desse bem, a evidenciar que sua celebração só ocorreu para viabilizar a compra e venda pactuada entre os autores e a corré. Ademais, a experiência comum concernente a situações como a examinada no caso vertente revela a usual existência de relacionamento entre fornecedores e instituições financeiras, em que os primeiros se beneficiam por poderem negociar também com clientes que não dispõem da integralidade do preço do produto ou serviço, sem o risco do inadimplemento, pois recebem à vista do financiador a parcela financiada. A relação é igualmente vantajosa às instituições financeiras que se beneficiam da captação de pessoas interessadas na concessão de crédito. Em face desse contexto, tem-se que o desfazimento do contrato de compra e venda implica a rescisão do contrato de financiamento que, portanto, não pode subsistir." (TJSP, Apelação 989.620-0/1, 28ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Cesar Lacerda, j. 01.04.2008)

E, dada a inequívoca rescisão do contrato de compra e venda, do qual o financiamento é pacto acessório, este também é atingido pela resolução da avença.

Esse reconhecimento atenua e até mesmo exclui a rigidez inflexível do respeito absoluto à regra do *pacta sunt servanda*, de modo a afeiçoá-lo à realidade social e, o juiz, a teor do disposto no artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil (***Decreto-Lei 4.657, de 4.9.1942***), na aplicação da lei deve atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, sem que se possa entrever desrespeito aos princípios de nobreza constitucional do ato jurídico perfeito e do direito adquirido (vide, a propósito, RT 652/77).

Nesta Corte, muitos são os julgados nesse sentido:

Rescisão de contrato de compra e venda - Vício redibitório - Ação promovida contra a revendedora e a financeira - Extinção do processo, em relação à financeira, por ilegitimidade passiva - Inadmissibilidade - Constitui prática corriqueira e notória a atuação de revendedoras de automóveis e instituições financeiras como sócias de fato, ambas favorecidas pela captação do cliente, o

Acesso ao Sumário

que lhes gera evidente lucro. Por isso e em tese, o desfazimento da compra e venda reflete-se de modo direto no contrato de financiamento, daí a legitimidade passiva da financeira, para responder ao processo - Agravo provido (*Agravo de Instrumento nº 0232904-75.2012.8.26.0000, rel. Des. Silvia Rocha, 29ª Câmara, j. 30/01/2013*).

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA E VENDA E COMPRA - CONTRATOS COLIGADOS - PERTINÊNCIA SUBJETIVA DA AÇÃO FRENTE À FINANCEIRA E VENDEDORA - PRELIMINAR REPELIDA. Os contratos de compra e venda de veículo e de alienação fiduciária em garantia de bem móvel são ajustes coligados, de modo que o destino do primeiro determina o do outro. (*Apelação nº 0027555-87.2002.8.26.0562, rel. Des. Paulo Ayrosa, 31ª Câmara, j. 29/01/2013*).

A rescisão do contrato de compra e venda de automóvel implica resolução também do contrato de financiamento, interligado ao primeiro, pois faz parte da mesma operação econômica. O princípio do "pacta sunt servanda" não pode ser utilizado para preservar o financiamento e obrigar a autora a cumprir o contrato de mútuo realizado se o contrato anterior de venda e compra foi rescindido. Apelo do banco réu improvido. (*Apelação nº 9144744-23.2009.8.26.0000, rel. Des. Soares Levada, 34ª Câmara, j. 21/01/2013*).

Não socorre a instituição apelante o fato de que à época da concessão do crédito não constava nenhuma irregularidade na documentação do veículo, pois simples vistoria poderia constatar o vício.

Nada impede a instituição financeira de valer-se dos meios que entender necessários para ressarcimento de eventuais prejuízos em face da vendedora do veículo.

Quanto à redução da indenização por danos morais, o pedido é impertinente em razão da improcedência do referido pedido na sentença.

Por tais fundamentos, o recurso da instituição financeira corré não merece qualquer provimento.

2.2 Pelo recurso da vendedora corré:

A vendedora corré, por sua vez, insurge-se contra a sentença no tocante à rescisão do contrato de compra e venda e à restituição dos valores já pagos pelos autores.

Alega, em preliminar, nulidade do julgado em razão do cerceamento de defesa, visto que pretendia produzir prova oral para confirmar o prévio conhecimento dos autores quanto à situação do veículo objeto do contrato.

De proêmio, inexiste a nulidade apontada.

Diante das teses defendidas pelas partes, bem como em razão dos documentos juntados aos autos, revelou-se mesmo prescindível a realização de

Acesso ao Sumário

outras provas.

Só se estadeia a nulidade decorrente de indigitado cerceamento de defesa quando a prova pretendida pela parte revela-se, na avaliação do magistrado, imprescindível para formação de seu convencimento e deslinde da ação.

Se o juiz se convence da desnecessidade da prova requerida, e da presença de elementos hábeis a decidir a questão, tem ele a faculdade de antecipar o julgamento, evitando procedimentos inúteis ou prescindíveis.

Ao presidente do processo incumbe determinar a produção de provas, não podendo a não realização de audiência de instrução e julgamento traduzir cerceamento de defesa ou mesmo conduzir a anulação do decisório. Sendo o destinatário da prova, somente a ele, juiz, cumpre aferir a necessidade ou não da realização de qualquer uma delas.

Nesse sentido, o entendimento jurisprudencial:

"O julgamento antecipado do pedido não implica em (sic) cerceamento de defesa, quando a prova, que é unicamente documental, encontra-se nos autos (Ac. un. da 1ª T. do TJMS de 17.05.1994, na Ap. 35.680-7, Rei. Des. FREDERICO FARIAS DE MIRANDA; RJTJMS 96/66)." (ALEXANDRE DE PAULA, Código de Processo Civil Anotado, Vol. 2, pág. 1.576, Editora Revista dos Tribunais, 7ª ed.).

Assim, de acordo com o artigo 130 e 131 do Código de Processo, cabe ao juiz avaliar a necessidade da realização da prova, e, afigurando-se presentes, ao julgador, os elementos suficientes a firmar seu convencimento, nada há de ilegal ou teratológico na prolação da sentença.

No Egrégio Supremo Tribunal Federal, já se pontificou:

"A necessidade de produção de prova em audiência, há de ficar evidenciada para que o julgamento antecipado da lide implique cerceamento de defesa. A antecipação é legítima se os aspectos decisivos da causa estão suficientemente líquidos para embasar o convencimento do magistrado".

(STF - RE 101.171/SP - "in" RTJ 115/789).

No mesmo sentido, no Egrégio Superior Tribunal de Justiça assim já se decidiu:

"O ordenamento jurídico brasileiro outorga ao magistrado o poder geral de instrução no processo, conforme previsão expressa no artigo 130 do Código de Processo Civil. Outrossim, nos termos do art. 131 do CPC, o destinatário da prova é o Juiz, cabendo a ele analisar a necessidade da sua produção ou não. Neste compasso, cumpre ao Julgador verificar a necessidade da produção da prova requerida pelas partes, indeferindo aquelas que se mostrarem inúteis, desnecessárias ou mesmo protelatórias, rejeitando-se, por

Acesso ao Sumário

conseguinte, a tese de cerceamento de defesa".

(Resp. nº 1108296/MG, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 07/12/2010, DJe 03/02/2011).

"Segundo o princípio da persuasão racional ou da livre convicção motivada do juiz, a teor do que dispõe o art. 131 do Código de Processo Civil, cabe ao magistrado apreciar livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstancias constantes dos autos, competindo-lhes, pois, rejeitar diligências que delonguem desnecessariamente o julgamento, de forma a garantir a observância do princípio da celeridade processual."

(AgRg no AREsp nº 34.248/RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 14/02/2012, DJe 23/02/2012).

Logo, os aspectos decisivos da lide já se afloravam suficientemente líquidos a embasar convencimento pleno do magistrado, não necessitando dilação probatória, permitido o julgamento antecipado da lide.

Rejeito, pois, a preliminar de cerceamento de defesa.

A apelante ainda suscita a ocorrência da decadência, nos termos do artigo 26 do Código de Defesa do Consumidor.

A alegação não prospera.

Diz o dispositivo legal em que se sustenta a apelante para arguir a decadência do direito dos autores:

Art. 26. O direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em:

II - noventa dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos duráveis.

§ 2° Obstam a decadência:

I - a reclamação comprovadamente formulada pelo consumidor perante o fornecedor de produtos e serviços até a resposta negativa correspondente, que deve ser transmitida de forma inequívoca;

(...)

§ 3° Tratando-se de vício oculto, o prazo decadencial inicia-se no momento em que ficar evidenciado o defeito.

A própria ré confirma em sua contestação que o autor compareceu ao seu estabelecimento para tentar regularizar a situação, o que não se ultimou, sobrevindo o ajuizamento da demanda.

A ré apelante, por sua vez, não comprovou a data em que se deu a reclamação feita pelo autor, mas, se se dispôs a sanar a irregularidade, presume-se que tal tenha se realizado dentro do prazo decadencial.

E, inexistindo negativa inequívoca por parte da apelante quanto à solução do problema, é inafastável que o prazo decadencial encontrava-se interrompido, nos termos do § 2º do referido dispositivo legal, acima transcrito.

Acesso ao Sumário

Rejeita-se, pois, a preliminar de mérito.

Adentrando a questão de fundo, a vendedora apelante alega que a parte autora tinha pleno conhecimento das condições do veículo, mormente em face da adulteração na numeração do motor, já no ato da contratação.

Suscita, em favor desse argumento, o documento de fls. 07, do qual consta a inscrição de que a vendedora se responsabilizaria pela regularização da numeração do veículo.

A apelante rechaça a alegação de que tal inscrição fora aposta no contrato posteriormente, defendendo ser parte integrante dos termos contratuais iniciais, de pleno conhecimento dos autores.

Porém, o documento de fls. 07, que se trata de cópia mediante papel carbono, não é idôneo o suficiente para comprovar o alegado pela recorrente.

Alega o autor que tal inscrição foi inserida após a assinatura do contrato, e há indícios veementes, concatenados e convergentes quanto à veracidade desse argumento.

A inscrição em questão destaca-se dos demais termos do contrato (vide fls. 07), cujo original seria o único meio de comprovar a ciência inequívoca dos autores.

E veja-se que a ré, detentora legítima deste documento, não o trouxe aos autos, quedando-se a acostar simples xerocópia do documento juntado pelo autor.

O documento não é suficiente para comprovar a ciência ampla e inequívoca dos autores quanto à irregularidade do bem.

E mesmo que se reconhecesse o prévio conhecimento dos adquirentes, é certo que a ré assumiu a responsabilidade pela regularização do veículo, cuja omissão enseja a rescisão do contrato e restituição das partes ao *status quo ante*, nos termos do artigo 18, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor.

A ré, como comerciante de veículos, deve assegurar a entrega do bem livre de quaisquer ônus, para que o adquirente usufrua da ampla propriedade e posse do bem, cabendo a rescisão do negócio e devolução do veículo, se constatada irregularidade que tolha o direito do consumidor.

Nesta Câmara, já se assentou, em caso semelhante:

COISAS - RESCISÃO CONTRATUAL - ALIENAÇÃO DE VEÍCULO QUE APRESENTAVA A NUMERAÇÃO DO MOTOR RASPADA - APRENSÃO ADMINISTRATIVA DO BEM - EVICÇÃO - Na compra e venda de veículo o fornecedor é responsável, independentemente de culpa e má-fé, pelos vícios posteriormente apurados, que impossibilitam o uso normal do bem. Neste caso é de rigor a restituição dos valores desembolsados pelo adquirente, sendo cabível, também, diante dos elementos carreados aos autos,

Acesso ao Sumário

a indenização por danos morais, mas não conforme pleiteada. Inteligência do artigo 447 do Código Civil e artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor. Sentença Reformada. Recurso do autor parcialmente provido, apenas para fixar valor a título de danos morais. Recurso do requerido não provido. (*Apelação nº 9120248-61.2008.8.26.0000, rel. Marcondes D'Angelo, 25ª Câmara, j. 07/04/2011*).

Por tais fundamentos, o recurso da ré não merece provimento.

3. "Ex positis", pelo meu voto, rejeito as preliminares e nego provimento aos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0220658-72.2011.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante TARKA EMPREENDIMENTOS E ADMINISTRAÇÃO DE BENS LTDA., são apeladas CHURRASCARIA VENTO NORTE LTDA., JGL ADMINSTRADORA DE IMÓVEIS LTDA. e PESTANA ADMINISTRAÇÃO DE IMÓVEIS LTDA.

ACORDAM, em 19ª Câmara Extraordinária de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34053)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MELO BUENO (Presidente), FELIPE FERREIRA e MARCONDES D'ANGELO.

São Paulo, 29 de julho de 2015.

MELO BUENO, Relator

Ementa: LOCAÇÃO DE IMÓVEL - RENOVATÓRIA DE LOCAÇÃO - Imóvel locado objeto de copropriedade - Discordância da renovação por coproprietário - Acordo para renovação da locação pelos demais - Homologação - Pertinência - Incidência do art. 1.325 do CC, §1º - Prevalência do decidido pela maioria - Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Apelação interposta contra r. sentença de fls. 775, cujos embargos de declaração foram rejeitados a fls. 780 que homologou acordo, extinguindo o feito,

nos moldes do art. 269, III, do CPC, em ação renovatória de locação de imóvel. A apelante sustenta, em preliminar, nulidade do julgado por haver homologado acordo ao qual não anuiu e cerceamento de defesa; no mérito, argumenta, em síntese, nulidade da ata da assembleia, vez que teve que sucumbir aos interesses das demais coproprietárias, devendo ser determinada perícia para apuração do valor do aluguel (fls. 787/93).

O recurso foi regularmente processado e respondido a fls. 802/6 e 807/14, tendo sido redistribuído nos termos da Resolução 668/2014.

É o relatório.

A presente ação foi proposta visando à renovação da locação do imóvel localizado na Av. Rebouças, 1001, tendo por locatária a Churrascaria Vento Norte e por locadoras a apelante e demais apeladas, sendo certo que o contrato renovando vigorou no período de 01/07/2004 a 30/06/2012. Por se tratar de copropriedade realizou-se assembleia, decidindo-se, por maioria, sobre a renovação da locação pelo aluguel de R$ 93.500,00, dos quais R$ 28.156,04 são devidos à apelante, observada a sua fração ideal do imóvel (31%). Por discordar do valor do aluguel opôs-se à renovação, dando causa à propositura da presente ação.

As preliminares de nulidade de r. sentença recorrida confundem-se com o mérito e com ele serão analisadas.

Eventuais irregularidades havidas na assembleia que, por maioria, decidiu pela renovação devem ser discutidas pelas vias apropriadas, não se podendo extrapolar os limites desta renovatória. Ademais, a insurgência foi objeto de ação de nulidade de assembleia, tendo a apelante desistido da ação, o que foi homologado por sentença.

É certo que o acordo de fls. 347/50 que foi homologado por sentença não teve a anuência da apelante, coproprietária do imóvel locado. Contudo, tal fato, na espécie, é irrelevante. Pois, no presente caso incide o artigo 1.325, § 1º, do Código Civil, dispondo que deve prevalecer, na administração do bem comum, o decidido pela maioria dos condôminos, considerada pelo valor dos quinhões, que no caso é de 69%.

Com efeito, conforme referido dispositivo legal **"a maioria absoluta (metade mais um dos quinhões) vincula a minoria. Tais deliberações, é bom dizer, cingem-se aos atos de administração e gozo da coisa comum. Resta ao condômino minoritário vencido requerer a extinção do condomínio"**[1]. E, a propósito do tema, já se pronunciou esta C. Corte:

> **LOCAÇÃO - AÇÃO RENOVATÓRIA - PEDIDO DE DESISTÊNCIA DO RECURSO PELOS CO-LOCADORES - HOMOLOGAÇÃO (ART. 501 DO CPC) - AGRAVOS RETIDOS NÃO CONHECIDOS - IMÓVEL**

1 *In* Código Civil Comentado, coordenador Ministro CEZAR PELUSO, comentário de FRANCISCO EDUARDO LOUREIRO, Editora Manole, 8ª ed., 2014, p. 1.239.

Acesso ao Sumário

EM CONDOMÍNIO NA PROPORÇÃO DE 50% A CADA LOCADOR - CONCORDÂNCIA DE UMA DAS PARTES NA RENOVAÇÃO - DIVERGÊNCIA DA OUTRA - EMPATE - APLICAÇÃO DO § 2º DO ART. 637, DO CÓDIGO CIVIL DE 1916, VIGENTE À ÉPOCA DA RENOVAÇÃO - DESEMPATE POR DECISÃO JUDICIAL EM FAVOR DA RENOVAÇÃO - FUNDAMENTOS DO COLOCADOR DISCORDANTE PREJUDICADOS - PRODUÇÃO DE PROVAS - DESNECESSIDADE - AGRAVO RETIDO IMPROVIDO - APELAÇÃO DA LOCATÁRIA PROVIDA E RECURSO ADESIVO DO LOCADOR DISCORDE PREJUDICADO.

1. (...).

2. (...).

3. Havendo pluralidade de locadores, titulares do domínio, nas decisões da administração do bem comum alugado, prevalece a liberação da maioria (art. 637 do Código Civil de 1916 e art. 1325 do Código de 2002).

4. (...).

5. Em face da proteção legal outorgada no Decreto nº 24.150, de 20.04.34, reafirmada na Lei nº 8.245, de 18.10.91, de ser decidida em favor da locatária a renovação do contrato, quando concordes os co-locadores, titulares da metade ideal do imóvel alugado.

6. Ficam prejudicadas, por conseqüência, todas as defesas articuladas pelo tocador discordante, que responderá integralmente pelos encargos sucumbenciais por ter dado causa ao prosseguimento da ação.[2]

Deste modo, não padecendo a r. sentença recorrida das imperfeições alegadas e não verificado o cerceamento de defesa, na medida em que é desnecessária a realização de prova pericial, sua manutenção pelos seus próprios fundamentos é medida que se impõe.

Ante o exposto, **nego provimento ao recurso**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1101716-59.2014.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MARCOS CARLINI (ESPÓLIO), é apelado MARCIO MUNHOZ SILVARE.

ACORDAM, em 26ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso.

2 Ap. 9091521-29.2007.8.26.0000, Rel. Des. NORIVAL OLIVA, 26ªC., j. em 14/09/2010.

V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.938)**

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

São Paulo, 30 de julho de 2015.

FELIPE FERREIRA, Relator

Ementa: CORRETAGEM. COBRANÇA. 1. Sendo a mediação de venda de imóvel contrato de resultado útil, consumada a venda, é devida a comissão. 2. O descumprimento do compromisso de compra e venda, com ajuizamento de ações de rescisão contratual e adjudicação compulsória não isenta o vendedor do pagamento da comissão. Sentença mantida. Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação contra respeitável sentença de fls.189/191 que julgou procedente o pedido para condenar o réu a pagar ao autor a quantia de R$ 141.410,32, monetariamente corrigida desde o ajuizamento, de acordo com a Tabela Prática do Tribunal de Justiça, com juros moratórios de 1% ao mês a partir da citação e improcedente a reconvenção, nos termos do artigo 269, I, do CPC. Em virtude da sucumbência, considerando tanto a ação principal quanto a reconvenção, condenou o réu ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios da parte adversa que arbitrou em 20% da condenação.

Pleiteia o apelante a reforma do julgado alegando que o negócio não foi concretizado, não havendo a outorga definitiva da escritura, e assim, não há que se falar em pagamento de comissão. Afirma ser a corretagem um contrato de resultado, não se aperfeiçoando se a intermediação não alcance um resultado útil.

Apresentadas as contrarrazões, subiram os autos a esta Corte de Justiça.

É o relatório.

O recurso não merece prosperar.

Com efeito, de acordo com os documentos acostados aos autos, verifica-se que o apelante firmou instrumento particular de compromisso de venda e compra, em decorrência da mediação de venda realizada pelo apelado (fls.07/18), fato incontroverso nos autos.

Assim, há prova efetiva de que o negócio foi firmado, ou seja, de que houve o resultado útil do contrato de mediação.

Acesso ao Sumário

Tanto o é, que posteriormente foi ajuizada ação de rescisão contratual (fls.93) e adjudicação compulsória (fls.165), restando *sub judice* a execução do contrato, que, inequivocamente, foi firmado.

Observe-se que em nenhum momento o réu negou a intermediação realizada pelo apelado.

Desta forma, restou efetivamente comprovado que o apelado realizou a intermediação narrada nos autos, bem como que o réu auferiu resultados da conduta desempenhada pelo corretor ao apresentar os compradores para o imóvel que pretendia negociar, ainda que posteriormente o contrato firmado seja considerado prejudicado.

E o fato de constar do contrato que o pagamento da comissão se dará no momento da outorga da escritura não configura condição do pagamento, mas sim o seu momento, sendo que, se as partes entraram em litígio, de rigor o pagamento ao corretor pelo serviço prestado.

De fato, consistindo a atividade do intermediador em promover a aproximação de pessoas interessadas em contratar, a concretização do negócio, mesmo com desentendimento posterior à assinatura do compromisso, evidencia o sucesso da intermediação, cabendo, a propósito, invocar a prestigiosa lição do eminente PONTES DE MIRANDA, que do alto de sua sapiência (Tratado de Direito Privado, Tomo XLIII, págs. 263/271), adverte que:

"A chave para a mediação entrar no mundo jurídico é a conclusão mesma do negócio jurídico", ponderando mais à frente: "Concluído o negócio jurídico, inicia-se a eficácia do contrato de mediação, com o qual nada tem o negócio jurídico que, mediante tal atividade específica, se conclui."

Noutras palavras, ultimado o negócio jurídico colimado pelas partes em decorrência da intermediação, o serviço terá sido bem prestado e devida a correspondente comissão.

Ademais, o art. 725 do Código Civil é claro ao dispor que:

"Art. 725. A remuneração é devida ao corretor uma vez que tenha conseguido o resultado previsto no contrato de mediação, ou ainda que este não se efetive em virtude de arrependimento das partes."

Nesse sentido, veja-se o comentário ao artigo no Código Civil Comentado, coordenador Ministro Cezar Peluso (Ed. Manole, 1ª ed., 2007, pag. 587/588):

"É certo porém que, qualquer que seja o instante em que a aproximação se tenha revelado útil, consoante a tese esposada, não se furtando a explicitar adesão à última dentre aquelas expostas, expressou o novo CC que o arrependimento de qualquer das partes, por motivos que lhe sejam alheios, não retira do corretor o direito à percepção da comissão. E, defendendo-se que o resultado se terá atingido pela prova, mas por qualquer meio, do consenso a que

chegaram as partes aproximadas pelo corretor, mesmo a ulterior desistência - destarte não arrependimento em sentido técnico, pressupondo negócio formalizado - de qualquer delas não obviará a remuneração do trabalho por ele desempenhado".

Assim, sendo formalizado o instrumento particular de venda e compra, com a previsão de pagamento da comissão de intermediação, é ela devida, mesmo que posteriormente as partes tenham descumprido o contrato de venda e compra, ensejando o ajuizamento de ações de rescisão e de adjudicação compulsória.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0930760-24.2012.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante ART BELLA LINGERIE LTDA., é apelada NECIDE ZANELLA DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA).

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 32.380)**

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

São Paulo, 30 de julho de 2015.

VIANNA COTRIM, Relator

EMENTA: Bem móvel - Indenização - Atraso no pagamento do débito - Inscrição do nome da devedora no SCPC e SERASA - Permanência da negativação no cadastro de proteção ao crédito após a quitação - Exclusão a cargo do credor - Danos morais - Cabimento - Procedência mantida - Improvimento.

VOTO

A r. sentença de fls. 75/79, cujo relatório é ora adotado, julgou parcialmente procedente a ação declaratória c.c. indenizatória relativa a bem móvel, daí o apelo da ré, a fls. 88/94, buscando o afastamento dos danos morais. Aduz que o protesto do título foi lícito e o responsável por cancelá-lo é o devedor, não

o credor. Na ocasião, a demonstrar sua boa-fé, enviou à apelada, mesmo sem a solicitação desta, o instrumento de protesto que é aceito por vários cartórios para cancelar o protesto do título; a autora nunca afirmou ter ido ao cartório, ou que tenha sido recusado este documento e menos ainda que a ré tenha se negado a fornecer o documento hábil à baixa do protesto; a empresa não tem o dever de acompanhar se os devedores cancelaram ou não o protesto dos títulos pagos; não pode, pois, ser responsabilizada; alega má-fé da apelada e pleiteia também imposição de pena por litigância de má-fé.

Recebido e processado o recurso, subiram os autos sem contrarrazões.

É o relatório.

O reclamo não merece prosperar.

É dos autos que a autora possuía dívida vencida em 10.02.10, quitada com atraso em 19.02.10. (fls. 20)

Ainda que a ré tivesse demonstrado ter fornecido à autora a carta de anuência necessária à baixa no protesto junto ao Cartório respectivo, o que não fez, esta providência não era suficiente para aniquilar todos os apontamentos em nome da autora, ora apelada, uma vez que restava a restrição cadastral nos órgãos de proteção ao crédito, no caso, o SCPC e SERASA.

E a despeito da demora no pagamento da dívida, realizado na mesma data do envio do título a protesto (fls. 52), a incumbência da retirada dessa restrição pertencia à ré, credora.

Com efeito, não se nega a legitimidade do lançamento do nome do devedor no cadastro de inadimplentes, em razão do atraso na quitação do débito, todavia, revendo posicionamento anterior, entendo incabível a manutenção da restrição após o pagamento da dívida, acompanhando o entendimento da abalizada jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça sobre o tema:

> RECURSO ESPECIAL. CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. INSCRIÇÃO NO SPC. AUSÊNCIA DE APONTAMENTO DOS DISPOSITIVOS DO CDC VIOLADOS. MANUTENÇÃO DO NOME DO DEVEDOR POSTERIORMENTE À QUITAÇÃO DA DÍVIDA. RETIRADA. ÔNUS DO CREDOR. DANO MORAL CARACTERIZADO. DESNECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO. DANO PRESUMIDO. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NA EXTENSÃO, PROVIDO.
>
> 1. Inviável o conhecimento do recurso no que se refere à suposta afronta a dispositivo do Código de Defesa do Consumidor, se o recorrente, em suas razões de recurso, não apontou qual dispositivo entende malferidos, não podendo, nessa parte, ser conhecido o recurso.
>
> 2. A inércia do credor em promover, com brevidade, o cancelamento do registro indevido gera o dever de indenizar, independentemente da prova do abalo sofrido pelo autor, sob forma de dano presumido.
>
> 3. Recurso conhecido em parte e, na extensão, provido. (REsp

Acesso ao Sumário

588429/RS, T4 - QUARTA TURMA, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, j. 17/04/2007) (grifei)

De fato, a recorrida efetuou o pagamento dos valores devidos em 19.02.10 (fls. 20); entretanto, até o cumprimento da liminar em julho de 2012 (fls. 32 e 60), o nome da autora ainda se encontrava negativado.

Dentro do presente quadro, a ré praticou ato ilícito, deixando de excluir o nome da autora do banco de dados após o pagamento, por cerca de um ano e meio, o que ensejou o dano moral, daí não se podendo furtar à responsabilização, tampouco cabendo falar em litigância de má-fé da autora.

Mantenho, pois, a r. sentença como lançada, que fixou essa verba em R$ 3.500,00

Pelo exposto, por esses fundamentos, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0013759-18.2011.8.26.0011, da Comarca de São Paulo, em que é apelante G.D.C.L. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)), são apelados INDÚSTRIA DE TORRONE NOSSA SENHORA DE MONTEVÉRGINE LTDA. e CARREFOUR COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA.

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 10.366)**

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

São Paulo, 30 de julho de 2015.

CLAUDIO HAMILTON, Relator

Ementa: CONSUMIDOR - COMPRA E VENDA - INDENIZATÓRIA - DANO MORAL - Ingestão de alimento adquirido em hipermercado contendo larva de insetos - Barra de cereais - Autor, menor, que passou mal com náuseas e vômitos - Contaminação comprovada - Responsabilidade objetiva da fabricante e do hipermercado - Art. 18 do CDC - Dano moral caracterizado - Verba devida - Fixação

Acesso ao Sumário

em R$ 5.000,00 - Razoabilidade e proporcionalidade - Recurso provido para julgar procedente a ação.

VOTO

Trata-se de ação indenizatória por dano moral que G.D.C.L., menor representado por ANTONIA APARECIDA DO CARMO LOPES, move em face de INDÚSTRIA DE TORRONE NOSSA SENHORA DE MONTEVÉRGINE LTDA. e CARREFOUR COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA., julgada improcedente, com a condenação do autor no pagamento das custas e despesas do processo e verba honorária fixada em R$ 2.000,00, na forma do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, com observação da gratuidade de justiça.

Apelo do autor alegando, em resumo, que sofreu abalo na sua integridade física e emocional, diante do acidente de consumo experimentado, tanto que apresenta demonstrações de pânico, pavor, terror o que enseja o dever de indenizar pelos danos morais parte das apeladas. Afirma que restou demonstrado que a contaminação ocorreu nas dependências da empresa apelada. Aduz que não é exigível a comprovação dos danos morais. Invoca o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal. Requer a procedência da ação.

Recurso respondido.

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso para julgar-se procedente a ação.

É o relatório.

Alega o autor que em 07 de abril de 2011 a sua mãe adquiriu algumas barrinhas de cereal, da marca Corpo e Sabor, de fabricação da Indústria Montevérgine, conforme nota fiscal juntada.

Aduz o pequeno G. que em 19 de abril ingeriu uma das barrinhas de cereal, ocasião em que restou verificada a presença de larvas na barrinha, não obstante estar com a data de vencimento para setembro de 2011.

Argumenta o autor que passou mal, com dores de estômago e vômitos, o que perdurou até o dia seguinte, quando foi levado a um pediatra que diagnosticou o quadro de dispepsia aguda.

Esclarece que sua genitora entrou em contato com a fabricante, mas não recebeu a atenção devida, tendo esta se limitado a enviar três barrinhas idênticas, em condições de consumo.

Ressalta o abalo físico e emocional do menor, diante dos fatos.

Afirma que o Carrefour é responsável, como fornecedor do produto, na forma do art. 18 do CDC.

Assim, é a presente ação para requerer a condenação dos réus no pagamento

Acesso ao Sumário

de uma reparação pelo dano moral sofrido, que estimou em 50 salários mínimos, o equivalente a R$ 27.250,00 na data do ajuizamento.

A ré Carrefour Comércio e Indústria Ltda., citada, ofertou contestação alegando, em preliminar, ilegitimidade de parte passiva. No mérito, alega que não é responsável pela indenização, eis que não agiu com ilicitude. Afirma que o produto foi acondicionado em local adequado e comercializado dentro do prazo de validade. Aduz que não há prova dos danos afirmados pelo autor, nem de que o produto foi efetivamente consumido. Requer a improcedência.

A corré Indústria de Torrone Nossa Senhora de Montevérgine Ltda., citada, ofertou contestação alegando, em preliminar, ilegitimidade de parte passiva. No mérito, alega que restou comprovada a inexistência de contaminação no produto nas dependências da fábrica, conforme laudo pericial elaborado pelo Instituto Biológico do Estado de São Paulo. Afirma que não há nexo causal entre o evento danoso e a sua conduta. Alega que o dano decorre de ato de terceiro. Impugna o dano moral, requerendo a improcedência da ação.

Houve réplica.

A ação foi julgada improcedente.

A presente relação jurídica é de consumo e deve ser analisada à luz da Lei 8078/90.

Conforme restou demonstrado nos autos, a contaminação da barra de cereais foi registrada perante a autoridade policial (fl. 329) e confirmada por laudo de fl. 368/372, que indicou a presença de teia de inseto no produto. Nesse sentido constou do laudo que o perito "pôde constatar a existência de um material na cor branca semelhante a uma rede de fios em sua porção anterior, o qual não aparecia em outra barra de cereais da mesma marca e modelo" (fl. 369).

Já o documento de fl. 376 comprova que o menor foi atendido pelo pediatra, em 20/4/2011, apresentando náusea e vômitos, referindo a ingestão do produto.

Ora, todo o contexto fático probatório demonstra que o menor ingeriu o produto contaminado e por esse motivo veio a apresentar os problemas de saúde noticiados nos autos.

Há patente nexo causal entre a ingestão do produto e o mal que acometeu o menor.

Ademais, a prova testemunhal confirma que o autor consumiu o produto contaminado. Haja vista os depoimentos de fl. 283/284 e fl. 285/286.

A empresa fabricante do produto é responsável objetivamente pela colocação do produto no mercado consumidor. Embora haja a fabricante demonstrado de certa forma que as suas instalações possuem controle de qualidade durante o processo industrial, não se pode afastar a responsabilidade

Acesso ao Sumário

objetiva da empresa pelo vício do produto comercializado.

De outra parte, o hipermercado também responde pelo dano causado ao menor, já que acondicionou o produto em seu estabelecimento, vindo a responder, assim, por eventuais problemas causados por esse acondicionamento, mesmo quanto à possível contaminação do produto no local de armazenamento.

A ilação feita pela magistrada, contida na sentença, quanto ao fato de que não seria possível que apenas uma barra de cereais estivesse contaminada, dentre as demais que foram apresentadas à perícia e que se encontravam no hipermercado, não pode ser acatada, pois que, ao contrário, não pode ser afastada a possibilidade da infestação ocorrer em apenas uma delas dentro do lote produzido.

A responsabilidade das corrés salta aos olhos, diante do disposto no art. 18, § 6º, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor, pela colocação de produto impróprio para o consumo, por conter larva de inseto, fato que causou o mal físico ao menor, ora autor. Haja vista a redação desse dispositivo legal:

"Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

(...)

§ 6° São impróprios ao uso e consumo:

I - os produtos cujos prazos de validade estejam vencidos;

II - os produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação;

III - os produtos que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam".

Acesso ao Sumário

Ademais, a responsabilidade objetiva das corrés somente seria afastada se comprovada a culpa de terceiro; que o produto não foi colocado no mercado; que inexiste defeito ou vício; ou culpa exclusiva do consumidor (art. 12, § 3º, incisos I, II e III, da Lei 8078/90), hipóteses essas que não restaram demonstradas no caso em comento.

O dano moral, em circunstâncias tais, é indene de dúvidas, diante do consumo de produto inadequado ou impróprio, com risco de prejuízo à saúde do consumidor.

Esta Colenda Câmara já decidiu em caso semelhante que:

"Bem móvel - Aquisição e ingestão de alimento estragado contendo larvas - Relação de Consumo - Inversão do ônus da prova - Responsabilidade objetiva que só é afastada mediante prova de: a) culpa de terceiro; b) de que o produto não foi colocado do mercado; c) de inexistência de defeito ou vício; d) culpa exclusiva do consumidor - Excludentes não demonstradas - Dano moral configurado - Consumo de alimento contendo larvas - Indenização do dano moral devida - Valor de R$ 3.000,00 - Razoabilidade e compatibilidade - Manutenção - Ação julgada procedente - Sentença confirmada - Recursos desprovidos" (Apelação Cível nº 918608041.2008.8.26.0000, rel. Des. Edgard Rosa, julgada em 18 de julho de 2012).

Quanto ao valor do dano moral, urge observar sempre o dimensionamento dos prejuízos suportados, o abalo de crédito sofrido e sua repercussão social, a capacidade econômica das partes, a conduta do agente e o grau de culpa com que agiu, além do comportamento da vítima.

Também deve ser considerado no arbitramento do *quantum* reparatório, o critério sancionador da conduta do agente e compensatório ao sofrimento da vítima, informados também pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade com o fim de evitar o enriquecimento indevido por parte do requerente, bem como de aplicação excessiva da sanção ao agente.

Sendo a indenização forma de composição do dano, cabe ressaltar que o valor pecuniário é o único capaz de compensar a dor, o sofrimento, a aflição, os dissabores, além do estado punitivo que o lesado espera do causador do dano.

Dizia M. I. Carvalho de Mendonça nada equivaler "ao dano moral; nada pode indenizar os sofrimentos que ele aflige. Mas o dinheiro desempenha um papel de satisfação ao lado de sua função equivalente" (*Doutrina e Prática das Obrigações*, 4ª edição, Rio de Janeiro: Forense, pág. 451).

Assim, deve o dano moral ser fixado em R$ 5.000,00, diante das condições econômicas das partes, do grau de culpa das ofensoras, e das consequências geradas ao ofendido.

Consequentemente, dá-se provimento ao recurso para julgar-se procedente a ação, com a condenação solidária das rés no pagamento de uma reparação pelo dano moral suportado pelo autor, fixada em R$ 5.000,00. Tal valor deve ser corrigido monetariamente a partir da data deste acórdão, com incidência de juros de mora desde a citação.

Em razão da sucumbência, deverão as rés suportar as custas e despesas do processo e verba honorária do patrono do autor, arbitrada em 20% sobre o valor da condenação.

Posto isso, dá-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1006034-68.2014.8.26.0006, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes PAULO ALEXANDRE MONTEIRO DO AMARAL (JUSTIÇA GRATUITA) e APARECIDO UBIRAJARA GOMES DE MORAES, é apelado DOMINGOS CARLOS TORQUATO DOS SANTOS.

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 27.044)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANDRADE NETO (Presidente) e MARIA LÚCIA PIZZOTTI.

São Paulo, 29 de julho de 2015.

MARCOS RAMOS, Relator

Ementa: Prestação de serviços - Advocacia - Ação cautelar de exibição de documentos - Demanda de cliente em face de seus patronos - Pretensão de obter documentos referentes à demanda trabalhista anteriormente ajuizada - Sentença de procedência - Manutenção do julgado - Necessidade - Prescrição - Inocorrência - Direito do cliente - Interesse de agir - Existência - Aplicabilidade do disposto no art. 358, do CPC - Apelo dos réus desprovido.

VOTO

VOTO DO RELATOR

Trata-se de recurso de apelação interposto em ação cautelar de exibição de documentos fundada em contrato de prestação de serviços de advocacia, proposta por Paulo Alexandre Monteiro do Amaral em face de Aparecido Ubirajara Gomes de Moraes e Domingos Carlos Torquato dos Santos, onde proferida sentença de procedência da pretensão deduzida a fim de que os réus apresentem os documentos que tiverem em seu poder, relacionados à demanda trabalhista descrita na exordial, no prazo de 30 (trinta) dias a contar do trânsito em julgado, sob pena de serem admitidos por verdadeiros os fatos que, por meio deles, o autor pretendia provar. Sucumbentes, ficaram condenados no pagamento das custas e honorários advocatícios, arbitrados em R$ 3.000,00 - 44/45.

Aduzem os réus, em síntese, ocorrência de prescrição trienal ou

Acesso ao Sumário

quinquenal. No mérito, que os documentos oriundos do processo trabalhista que patrocinaram em favor do autor foram incinerados pelo Poder Judiciário e, portanto, não conseguirão cumprir ao determinado fls. - 52/59.

Contrarrazões do autor às fls. 70/72, onde arguiu, em preliminar, intempestividade recursal. No mérito, pleiteia pelo desprovimento do apelo.

É o relatório.

O recurso não comporta acolhimento.

Por primeiro, afasto as preliminares suscitadas pelas partes.

O apelo, protocolizado em 12.02.2015, é tempestivo, pois a sentença ora combatida, por determinação judicial, foi republicada, começando a fluir prazo recursal em 30.01.2015, vez que na primeira publicação não constaram os nomes dos réus, que atuam em causa própria fls. - 48 e 50.

Não há que se falar, ainda, em ocorrência de prescrição, visto que o autor alega ter tomado inequívoca ciência do julgamento definitivo da ação trabalhista apenas em maio de 2013, sendo que os réus não trouxeram qualquer prova em sentido contrário, inclusive no tocante à data da recusa em fornecer os documentos.

Ademais, tal como constou na decisão do Tribunal de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, citada nas razões recursais, o prazo para o advogado manter a guarda dos documentos do cliente perdura até o final do mandato.

No mais, demanda ajuizada sob argumento no sentido de que o autor contratou os serviços advocatícios dos réus para ingressarem, no ano de 2001, com ação trabalhista em face de "RRT Telemarketing" e "C&C Cooperados".

Ocorre que, passados vários anos, o apelado obteve a notícia de que seus colegas receberam as indenizações pertinentes e, ao procurar seus patronos, foi informado de que o processo havia sido arquivado.

Ao se dirigir à Vara trabalhista local, foi informado de que os autos haviam sido destruídos, motivo pelo qual ajuizou esta ação a fim de que os apelantes fornecessem todos os documentos referentes à demanda trabalhista, como, por exemplo, a petição inicial, defesa das reclamadas, sentença, acórdão, planilhas de cálculos, etc...

Após apresentação de contestação e réplica, restou proferida a sentença ora hostilizada, que merece ser mantida.

Os réus não negam a contratação de seus serviços, restando, portanto, evidente o direito do autor em ter acesso aos documentos pretendidos, de molde a que se lhe permita avaliar a viabilidade de futura ação judicial, nos termos do que dispõe o art. 358, do Código de Processo Civil.

Na lição de **Humberto Teodoro Júnior**, ***"A ação cautelar de exibição***

Acesso ao Sumário

***de que aqui se cuida objetiva evitar o risco de uma ação mal proposta ou deficientemente instruída, dando ao requerente o conhecimento dos elementos de uma ação antes de propô-la."* (*Curso de Direito Processual Civil* - vol. II - Ed. Forense - 20ª edição - pág. 479/480)**

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0013906-19.2012.8.26.0590, da Comarca de São Vicente, em que é apelante CPFL COMPANHIA PIRATININGA E FORÇA E LUZ, é apelado MARINALVA BEZERRA DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 34ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram dos agravos retidos e deram provimento parcial à apelação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 8283)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GOMES VARJÃO (Presidente sem voto), NESTOR DUARTE e CRISTINA ZUCCHI.

São Paulo, 29 de julho de 2015.

ANTONIO TADEU OTTONI, Relator

EMENTA: AGRAVO RETIDO - AUSÊNCIA DE REITERAÇÃO POR OCASIÃO DA APELAÇÃO (Art. 523, *caput*, e § 1º, do CPC) - Recurso não conhecido.

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - ENERGIA ELÉTRICA - APELAÇÃO DA RÉ - Consumo elevado e em desconformidade com a média da unidade consumidora - Inexistência de demonstração de regularidade das cobranças excessivas - Mantida sentença declaratória de inexigibilidade de débito.

DANO MORAL - Caracterização - Indevida suspensão de serviço público essencial - Redução do valor da indenização arbitrado em sentença, de R$ 7.240,00 para R$ 4.000,00, como compensação e, ao mesmo tempo, servindo de desestímulo ao ato ilícito, sem implicar em enriquecimento indevido da demandante - Recurso parcialmente provido

Acesso ao Sumário

(diminuição do *quantum* indenizatório).

VOTO

Vistos.

1) RELATÓRIO

1.1. Sentença

Trata-se de apelação interposta pela ré contra a r. sentença de fls. 473/480, cujo relatório é adotado, que **julgou procedente** a ação para declarar inexigível o débito apontado no demonstrativo de fls. 38, tornando definitiva a liminar concedida, no sentido de condenar a ré a manter o fornecimento de energia elétrica no imóvel descrito na inicial, bem como para condená-la ao pagamento de R$ 7.240,00 a título de danos morais, corrigidos desde a data da sentença, com juros de mora de 1% ao mês a partir da citação.

A r sentença ainda condenou a ré pagar custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% do valor da condenação.

1.2. Apelação

Em recurso (fls. 484/503), a concessionária, em síntese, sustentou:

a) haver constatado adulteração do relógio medidor, a qual impediu o registro real de consumo, e assim exigíveis os valores cobrados em virtude daquela irregularidade, em consonância com as resoluções da A.N.E.E.L., sendo possível a suspensão dos serviços em razão do inadimplemento;

b) não ser o caso de indenização por danos extrapatrimoniais, eis que, além de não terem sido demonstrados, sempre agiu no exercício regular de direito e, acaso deferida, pugnou pela redução do valor arbitrado em primeiro grau.

O recurso foi preparado (fls. 504/507, 512/513, 517/520), recebido (fls. 521) e contra-arrazoado (fls. 524/544).

1.3. Agravo retido

A requerida interpôs dois agravos retidos (fls. 322/327 e 338/347), o primeiro contra decisão do juízo *a quo* que indeferiu a produção de prova oral (fls. 321), e o segundo contra nova decisão que converteu o julgamento em diligência para realização de prova pericial, inverteu o ônus da prova e determinou que a concessionária arcasse com os honorários periciais (fls. 333), mas não formulou pedido de apreciação desses recursos nas razões do apelo (fls. 484/503).

É o relatório.

2) FUNDAMENTOS

2.1. Do não conhecimento dos agravos retidos

Acesso ao Sumário

Verifica-se que a apelante não requereu, expressamente, a apreciação dos agravos retidos (fls. 484/503) por esta Corte Bandeirante, nas razões de apelação.

Portanto, não se conhece dos agravos, nos termos do artigo 523, *caput*, e § 1º, do Código de Processo Civil.

2.2. Da apelação

Em que pesem as alegações trazidas pela apelante, impõe-se a manutenção da r. sentença que declarou inexigíveis os débitos apontados na proemial, em conformidade com o artigo 252 do Regimento Interno deste e. Tribunal de Justiça, uma vez suficientemente motivada.

Com efeito, incontroverso nos autos que nos meses de dezembro de 2011, março e abril de 2012 houve consumo de 1.050, 814 e 231 kWh, respectivamente (fls. 51, 57 e 58), assim, muito superiores em relação aos meses anteriores (setembro, outubro e novembro de 2011, o consumo foi de 50 kWh mensais - fls. 44/48).

Assim, tratando-se de relação de consumo, - aplicando-se, pois, a inversão do ônus da prova, nos termos do disposto no artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, uma vez considerada a hipossuficiência da autora e a verossimilhança de suas alegações -, caberia à apelante comprovar a legitimidade dessas cobranças relativas às faturas com vencimento em janeiro, abril e maio de 2012 (R$ 471,29, R$ 367,00 e R$ 111,93).

Todavia, depreende-se não ter ela trazido aos autos qualquer prova capaz de refutar as alegações constantes da inicial e corroboradas pelos documentos juntados (fls. 38/58), ou seja, não ofereceu sequer indícios, e assim, não comprovou que esses débitos eram legítimos e decorrentes de diferenças ocasionadas por adulteração do relógio medidor, ou mesmo, que houve real aumento de consumo no período reclamado (dezembro de 2011 e março e abril de 2012).

Não bastasse, convertido o julgamento em diligência para produção de prova pericial na unidade medidora, deixou a apelante de recolher o valor dos salários periciais, assim, dando causa à preclusão da prova técnica (fls. 378) e, como visto acima, conquanto tenha interposto agravo retido contra a decisão que atribuiu a ela a responsabilidade pelo depósito dessa despesa, deixou de requerer expressamente, nas razões de apelação, a sua apreciação.

Acesso ao Sumário

Portanto, na parte que declarou inexigíveis os excessivos valores acima indicados, imperioso manter-se a r. sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

No concernente aos danos morais, destaca-se não ter se tratado de meros aborrecimentos ou dissabores, eis que, em razão da suspensão do fornecimento de energia elétrica por conta da inadimplência de débitos indevidos, experimentou

a autora todas as consequências da descontinuidade de serviço público essencial (fls. 38), em especial, preocupações e angústias decorrentes da impossibilidade de realização de atividades básicas do cotidiano, devendo ainda ser considerado os transtornos desnecessários com a atitude da concessionária, a qual teve a oportunidade de atendê-la, extrajudicialmente, mas não o fez, tornando-se, portanto, induvidoso o dever de reparar.

Por outra, impõe-se reconhecer, no caso, que o valor arbitrado de R$ 7.240,00 é superior aos normalmente fixados por esta C. Câmara em casos semelhantes, comportando, portanto, readequação.

Nesse contexto, reputa-se mais justo e razoável o montante de R$ 4.000,00, atendendo-se, assim, à finalidade compensatória, e, ao mesmo tempo, de incentivo a não reiteração do ilícito, sem que implique enriquecimento indevido da autora da demanda.

2.3. Conclusão

Não se conhece dos agravos retidos pela falta de reiteração (tópico "2.1").

Acolhe-se parcialmente o recurso da requerida, tão somente para reduzir o valor da indenização por danos morais para R$ 4.000,00, mantida, no mais, a r. sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos (tópico "2.2").

3) DISPOSITIVO

Ante o exposto, pelo meu voto, não conheço dos agravos retidos e dou provimento parcial à apelação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0007915-31.2009.8.26.0408, da Comarca de Ourinhos, em que é apelante ERIKA GODOY (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado ITAÚ UNIBANCO S/A.

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 9467)**

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

São Paulo, 5 de agosto de 2015.

SPENCER ALMEIDA FERREIRA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - Reparação por danos morais - Sentença de improcedência - Recurso interposto pela autora - Pedido de reparação por danos morais em decorrência de alegado vexame sofrido pela autora por ter sido citada por Oficial de Justiça em estabelecimento comercial do qual é empresária - Alegação de que o dano exsurge do fato de não haver causa para a citação, pois o título exequendo havia sido objeto de novação e que, por negligência da instituição financeira, a ação prosseguiu até o ato citatório - Mero ato citatório que não enseja reparação por danos morais, por não violar direitos da personalidade - Hipótese em que não houve menção sobre qualquer excesso por parte do Oficial de Justiça - Sentença mantida - Recurso não provido.

VOTO

1.- A sentença de fls. 161/177, cujo relatório é adotado, julgou improcedentes, com resolução de mérito, as ações de indenização por danos morais e ressarcimento de valores (processos nºs 1.201/2009, 1.204/2009, 1.205/2009 e 1.547/2009) que Erika Godoi e Erika Godoi Ourinhos M.E. promovem contra o Unibanco União de Bancos Brasileiros, nos termos do artigo 269, I, do CPC. Condenou as sucumbentes ao pagamento de encargos decorrentes, notadamente custas e despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor da somatória de todos os feitos, nos termos do artigo 20, § 3º, do CPC.

Recorre a autora a fls. 188/201, alegando, em suma, que firmou contrato de renegociação de dívida com o apelado (empréstimo nº 26477559941) e que, em razão de dificuldade financeira, houve novo acordo entre as partes (Cédula de Crédito Bancário - Novação de Dívida e Assunção de Obrigações nº 26489269676). Exara que o novo contrato expressamente extingue e substitui o anterior. Salienta que o apelado indevidamente prosseguiu com ação de execução da avença novada. Aduz que no momento em que se deu a citação o estabelecimento comercial estava cheio de clientes, o que causou enorme vexame e constrangimento. Assevera que não se tratava de exercício regular de direito, pois o título que fundava a execução era inexistente. Sustenta que o fato de a apelante estar com restrição no SPC e Serasa não autoriza o banco a promover um constrangimento público. Requer seja o réu condenado a reparar os danos morais causados à apelante.

Acesso ao Sumário

Recurso tempestivo, isento de preparo e respondido.

É o relatório.

2.- Sem razão a apelante.

Ante o reconhecimento de conexão em 1º grau de jurisdição, o presente recurso foi julgado em conjunto com as demais apelações interpostas nas ações conexas (0007915-31.2009.8.26.0408, 0007916-16.2009.8.26.0408, 0007917-98.2009.8.26.0408, 0007918-83.2009.8.26.0408).

Funda-se a presente demanda exclusivamente no pedido de reparação por danos morais em decorrência de alegado vexame sofrido pela autora pelo fato de ter sido citada por Oficial de Justiça em estabelecimento comercial do qual é empresária.

Alega a autora que o dano moral exsurge do fato de não haver causa para a citação, pois o valor objeto da demanda em que fora citada havia sido objeto de novação, motivo pelo qual, ante a negligência da instituição financeira, a ação executiva prosseguiu até o ato citatório.

Não houve menção sobre qualquer excesso por parte do Oficial de Justiça. Apenas de que no momento da citação a loja estava cheia de clientes.

Com efeito, o mero ato citatório não enseja a reparação por danos morais, por não violar direitos da personalidade.

Caso houvesse reconhecimento de tal ofensa, qualquer pessoa citada ou quiçá intimada quando arrolada como testemunha, postularia reparação por danos morais.

O fato de o crédito exequendo ter sido objeto de novação pode e deve ser apreciado na ação executiva, possuindo o juiz instrumentos para coibir eventuais excessos.

Merece, portanto, a sentença ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

3.- Ante o exposto, **nega-se** provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0005836-28.2013.8.26.0024, da Comarca de Andradina, em que é apelante DER - DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM, é apelado MIRIÃ DE SOUZA CÂNDIDO.

ACORDAM, em 31ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento ao recurso, nos termos indicados e com observação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.773)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores ANTONIO RIGOLIN (Presidente), ADILSON DE ARAUJO e CARLOS NUNES.

São Paulo, 11 de agosto de 2015.

ANTONIO RIGOLIN, Relator

Ementa: ACIDENTE DE VEÍCULOS. PEDIDO VOLTADO À CONDENAÇÃO DE CONCESSIONÁRIA DE RODOVIA À REPARAÇÃO DE DANOS DECORRENTES DE ACIDENTE COM ANIMAL NA PISTA. CULPA EXCLUSIVA DO MOTORISTA NÃO DEMONSTRADA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA CONCESSIONÁRIA DO SERVIÇO. PROCEDÊNCIA RECONHECIDA. RECURSO IMPROVIDO. 1. Tratando-se de acidente de veículo causado pela presença de animal na pista, configurada está a responsabilidade da autarquia pela reparação dos danos, como simples decorrência da constatação da relação de causalidade. 2. O conjunto probatório não possibilita afirmar a existência de culpa da vítima ou a ocorrência de caso fortuito ou força maior, o que faz incidir a norma do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, em virtude da aplicação da teoria do risco administrativo.

RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE VEÍCULO. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. MORTE DA VÍTIMA, PAI DA AUTORA. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO INEQUÍVOCA. INDENIZAÇÃO DEVIDA E ADEQUADAMENTE FIXADA. RECURSO IMPROVIDO. A perda do pai, em condições trágicas caracteriza a ocorrência de dano moral, tornando dispensável a demonstração de sua ocorrência. Levando-se em conta a circunstância de se tratar de um episódio que envolve a morte de um ente querido, razoável se apresenta o montante fixado (R$ 100.000,00), mostrando-se adequado à atender o

Acesso ao Sumário

objetivo da reparação. Daí não haver amparo para atender ao reclamo de redução da verba.

RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE VEÍCULO. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. MORTE DA VÍTIMA, PAI DA AUTORA. PENSIONAMENTO. PROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO.CORRETAADISCIPLINAADOTADA QUANTO AO PERCENTUAL E O TERMO FINAL. ADEQUAÇÃO, PORÉM, DO VALOR DA INDENIZAÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO, COM OBSERVAÇÃO. 1. A finalidade da verba é suprir a falta da ajuda alimentar propiciada pela vítima à autora, tornando dispensáveis quaisquer outras considerações diante da obviedade e clareza da disciplina legal. No caso, o entendimento jurisprudencial assente é que isso corresponde a dois terços dos ganhos, como consignado pela sentença. 2- O valor da indenização, porém, deve ser adequado à norma do artigo 7º, inciso IV, da Constituição Federal, o que determina a sua fixação em moeda e, quanto à atualização, porque adotado como base o salário auferido pela vítima, deve ser reajustada de acordo com os índices e nas mesmas épocas da respectiva categoria profissional. 3. No que concerne ao termo final do pensionamento, adequada a disciplina adotada pela sentença, determinando que a pensão no montante estabelecido perdure até a data em que ela completar 25 anos de idade.

RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE VEÍCULOS. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. JULGAMENTO DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. OBEDIÊNCIA AOS CRITÉRIOS ESPECÍFICOS DE CÁLCULO DE CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Para a incidência dos juros e o cômputo da correção monetária aos débitos da Fazenda Pública, devem ser consideradas as seguintes situações: (a) até 29 de junho de 2009, aplica-se a legislação vigente à época, ou seja, atualização com base nos índices indicados pelos Tribunais, e os juros de mora no patamar de 0,5% ao mês até 10 de

Acesso ao Sumário

janeiro de 2003 e de 1% ao mês a partir da entrada em vigor do Novo Código Civil (11/1/2003); (b) a partir da entrada em vigor da sistemática prevista na Lei 11.960/2009, que deu nova redação ao artigo 1º- F da Lei nº 9.494/97 até a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade da EC 62/09, ou seja, de 30/6/2009 a 25/3/2015, a atualização monetária será realizada com base na TR, e os juros de mora nos mesmos moldes aplicados à poupança; e (c) a partir da aludida modulação (25/3/2015), a atualização monetária será computada pelos índices de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E), e os juros de mora nos débitos não tributários pelos mesmos índices da poupança, e pela taxa SELIC, nos de natureza tributária.

VOTO

Visto.

1. Trata-se de ação de reparação de danos por acidente de veículo proposta por MIRIÃ DE SOUZA CÂNDIDO em face de DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM - DER.

A r. sentença, cujo relatório se adota, julgou parcialmente procedentes os pedidos e, assim, condenou o réu ao pagamento das seguintes verbas: a) pensão mensal no valor equivalente a 2/3 de 2,453 salários mínimos, incluindo as verbas alusivas ao 13ª salário e 1/3 de férias, devida até a data em que a autora completar 25 anos de idade. Sobre as prestações vencidas incidirão juros de mora de 0,5% ao mês, passando a ser de 1% a partir de 11/01/2003, e correção monetária mediante aplicação da tabela prática do Tribunal de Justiça, a contar da publicação da sentença; b) R$ 100.000,00, a título de indenização por danos de ordem moral, quantia a ser corrigida a partir da data da prolação e acrescida de juros de mora de 0,5% ao mês e, a partir de 11/01/2003, no patamar de 1%, a contar da data do acidente. Também condenou a autarquia ao pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em 15% sobre o montante condenatório, que deverá ter *como base de cálculo a somatória de todas as prestações vencidas* (pensão mensal), *acrescidas de doze prestações vincendas, incluindo o valor fixado a título de danos morais.*

A seguir, foram acolhidos os embargos de declaração opostos pela autora, para a finalidade de consignar que a indenização na forma de pensionamento mensal é devida a partir da data do evento danoso e perdurará até a data em que a autora completar 25 anos de idade (fls. 143/147 e 165/166).

Acesso ao Sumário

Inconformado, apela o vencido pretendendo a inversão do resultado, em síntese, sob a alegação de que não pode ser responsabilizado pelo evento, pois não há demonstração de qualquer omissão ou descumprimento das obrigações de seus agentes a ensejar o dever de reparar os danos apontados pela autora, assinalando ser inaplicável a responsabilidade objetiva. Cumpre regularmente a sua incumbência de fiscalizar e manter em boas condições as rodovias que administra, atendendo amplamente às normas de vigilância. Esclarece que *não é possível a eliminação de todos os animais a tempo de evitar fatos como aquele que é objeto da presente demanda*. Inexiste razão, portanto, para cogitar de falha ou ineficiência da prestação do serviço. Afirma, ainda, que o acidente ocorreu de modo súbito, configurando verdadeira hipótese de caso fortuito, como excludente de culpabilidade, nos termos do artigo 393, parágrafo único, do Código Civil. Ademais, cabe ao proprietário a guarda do animal que provocou o acidente, invocando em seu favor a norma do artigo 936 do mencionado estatuto, acrescentando que a vítima contribuiu para a ocorrência do evento. Inegável, portanto, a ausência de sua responsabilidade, seja pela excludente diante da existência de caso fortuito ou força maior, seja pelo fato de terceiro ou culpa da vítima e, por via de consequência, inexiste o dever de reparar danos de qualquer ordem. Subsidiariamente, afirma que a indenização em forma de pensionamento mensal aos filhos até 25 anos de idade, se limita ao patamar de 1/3 *dos rendimentos do falecido*, assinalando a impossibilidade de vinculação do valor da indenização ao salário mínimo (fl. 149). Também pugna pela redução do montante fixado a título de indenização por danos morais e, por fim, pede seja aplicada à hipótese a Lei nº 11.960/2009, para o cômputo da correção monetária e a incidência dos juros de mora.

A C. 13ª Câmara de Direito Público concluiu que a matéria não mais se encontra em seu âmbito de competência, fato que determinou a redistribuição para esta Câmara em maio de 2015 (fls. 189/193 e 194-196).

Nos termos da Resolução nº 605/2013, do E. Tribunal de Justiça de São Paulo, editada em 19 de junho de 2013, que deu nova redação à alínea "c", do inciso III, do artigo 2º da Resolução nº 194/2004, houve a ampliação da competência das 25ª a 36ª Câmaras de Direito Privado deste E. Tribunal, com a inserção, dentre outras, das ações que versem sobre *"(...) reparação de dano causado em acidente de veículo, ainda que envolvam a responsabilidade civil do Estado, concessionárias e permissionárias de serviços de transporte, bem como as que digam respeito ao respectivo seguro, obrigatório ou facultativo (...)"*[1].

Recurso tempestivo e bem processado, oportunamente respondido. Há isenção de preparo.

1 - TJSP/ÓRGÃO ESPECIAL, RESOLUÇÃO Nº 605/2013, ARTIGO 1º, DJE 10.7.2013 - Caderno Administrativo, ed.1451, p. 2.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

2. Segundo a narrativa da petição inicial, tem-se que, no dia 18 de novembro de 2002, Jeremias Cândido, pai da autora, trafegava com a sua motocicleta Honda CBX 200 Strada, pela Rodovia Euclides de Oliveira Figueiredo - SP 563, em Andradina/SP, quando, na altura do Km 200, deparou com um animal na pista de rolamento e, sem a possibilidade de frear ou desviar o veículo, acabou por atingi-lo, vindo a falecer em decorrência dos graves ferimentos que sofreu.

Ainda de acordo com essa peça, cabe à autarquia ré a responsabilidade pela ocorrência do acidente, pois é dela a obrigação de manter em boas condições as rodovias que administra. Além disso, deve responder objetivamente pelos atos comissivos ou omissivos de seus agentes e pelos acidentes provocados por animais que invadem a pista. Daí o pleito de indenização por danos de ordem moral e material experimentados.

O demandado, por seu turno, afirmou, essencialmente, que houve adequada prestação do serviço que lhe competia, no que se refere à inspeção da pista, sem a ocorrência de qualquer omissão ou falha. Também imputou culpa à vítima, ao menos concorrente, além de cogitar situação de caso fortuito, por se tratar de um *fato meramente da natureza*.

O conjunto probatório consistiu na apresentação do Boletim de Ocorrência Policial (fls. 34/35), dos documentos (fls. 28/33, 36/41), das principais peças extraídas do Inquérito Policial, dentre elas, os laudos emitidos pelo IML e Instituto de Criminalística (fls. 99 e 102/111).

Não houve produção de prova testemunhal.

Do Boletim de Ocorrência consta a informação sobre o atropelamento do animal que se encontrava na pista de rolamento.

O laudo pericial elaborado pelo Instituto de Criminalística descreveu a seguinte dinâmica: "*Trafegava a motocicleta Honda/CBX 200 (BVJ - 7790), pela Rodovia Integração (SP-563), sentido Pereira Barreto/SP - Nova Independência/SP, quando na altura do Km 200+50 metros, uma trajetória em reta com declive moderado, veio a atropelar o animal bovino que encontrava-se sobre a camada asfáltica. Após o embate, a motocicleta entra em tombamento, deixando 19,50 metros de atritamentos metálicos sobre a camada asfáltica até imobilizar-se sobre a pista de rolamento contrária ao seu sentido de tráfego, enquanto que o animal bovino, é arremessado por 17,50 metros, deixando marcas de arrastamento de seu corpo sobre a camada asfáltica, e imobilizar-se em meio a vegetação adjacente (...)*". Concluiu que o acidente ocorreu *em virtude do animal bovino encontrar-se inoportunamente sobre a camada asfáltica* (sic) (fl. 104).

Acesso ao Sumário

Incontroversas, pois, a ocorrência do acidente e a presença do animal na pista, restando apenas perquirir a quem a lei atribui a responsabilidade pela

reparação dos alegados danos decorrentes do evento.

Fixados esses pontos, surge a primeira conclusão de que, nos termos do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal da Constituição Federal[2] - que adota a teoria do risco administrativo -, a ré tem responsabilidade objetiva pela reparação dos danos, por se tratar de evento causado por pessoa jurídica atuante no serviço da concessão pública.

A esse respeito, aliás, vale a lembrança de que já se encontra pacificada a jurisprudência do C. Supremo Tribunal Federal no sentido de que tal responsabilidade existe em relação ao usuário do serviço e ao terceiro lesado.

Nesse sentido é a decisão proferida pela Corte Plenário no Recurso Extraordinário 591.874-2, sendo Relator o eminente Ministro Ricardo Lewandowski:

> "*CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE DO ESTADO. ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO. PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO. CONCESSIONÁRIO OU PERMISSIONÁRIO DO SERVIÇO DE TRANSPORTE COLETIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA EM RELAÇÃO À TERCEIROS NÃO-USUÁRIOS DO SERVIÇO. RECURSO DESPROVIDO.*
>
> *I - A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva relativamente a terceiros usuários e não-usuários do serviço, segundo decorre do art. 37, § 6º, da Constituição Federal.*
>
> *II - A inequívoca presença do nexo de causalidade entre o ato administrativo e o dano causado ao terceiro não-usuário do serviço público, é condição suficiente para estabelecer a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica de direito privado.*
>
> *III - Recurso extraordinário desprovido.*"

A isenção dessa responsabilidade só pode ocorrer quando verificada a culpa da vítima ou a ocorrência de caso fortuito ou força maior e, quanto a esses aspectos, impõe-se verificar que não houve qualquer demonstração.

Ora, o respectivo ônus era da ré (CPC, artigo 333, II), que dele não se desincumbiu, o que faz prevalecer íntegra a sua responsabilidade objetiva pela reparação.

O exame do conteúdo dos autos, ademais, não permite falar em caso fortuito ou fato da natureza, pois se trata de situação perfeitamente previsível e que enseja a necessidade de constante vigilância para garantir segurança a todos

2 "(...) § 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".

Acesso ao Sumário

os que trafegam na rodovia, de forma eficaz.

No que concerne à teoria do risco administrativo, ensina Rui Stoco:

"Por ele (princípio do risco administrativo), o Estado responde pela reparação dos danos causados pelos seus serviços, em virtude de seu mau funcionamento, ainda que não se verifique culpa de seus encarregados ou prepostos. Ao particular é que não seria justo arcar, sozinho, com as consequências danosas desse mau funcionamento, desde que não seja proveniente de caso fortuito ou força maior.

(...)

Em casos tais, o ônus da prova é invertido: ao Estado é que compete provar a existência de uma das causas de exclusão da responsabilidade, como a culpa exclusiva da vítima, o caso fortuito ou a força maior"[3].

A responsabilidade civil da ré decorre do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, e é também prevista no artigo 1º, § 3º, da Lei 9.503/1997, por se tratar de autarquia integrante do Sistema Nacional de Trânsito. Inaplicável, portanto, a norma do artigo 936 do Código Civil[4] - que dispõe sobre a responsabilidade do proprietário ou detentor do animal -, tornando-se desnecessário realizar qualquer incursão nesse contexto.

Ora, não havendo qualquer dúvida para afirmar a existência do vínculo de causa e efeito e sendo inegável a absoluta ausência de culpa do condutor do veículo, que trafegava regularmente, e a inexistência de caso fortuito ou força maior, não há como deixar de reconhecer que se identificou a responsabilidade objetiva da autarquia apelante pela reparação do dano.

Nesse sentido, há precedentes na jurisprudência:

"*ACIDENTE DE VEÍCULO - RESPONSABILIDADE CIVIL - AÇÃO REGRESSIVA - ATROPELAMENTO DE ANIMAL NA PISTA - Ação de indenização por danos materiais, decorrentes de acidente de veículo (atropelamento de animal na pista bovino) - Ação julgada improcedente - Alegação da apelante de que a responsabilidade do apelado seria objetiva, pois tinha ele o dever de propiciar condições de dirigibilidade e segurança aos usuários, já que equipado para tanto - Caso a responsabilidade seja tida como subjetiva, evidente a falha na prestação dos serviços, pois o acidente ocorreu porque o animal estava na pista de rolamento - Responsabilidade da apelante para com os fatos, porquanto tem o dever de fiscalizar a rodovia em toda a sua extensão - Rodovia que, embora não seja dotada de pedágio, tem à sua disposição estrutura para*

Acesso ao Sumário

3 - *Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência*, 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P 1141 E 1147.

4 - "O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior".

a retirada de animal e objetos da pista - Relação de consumo evidente - Assim, a responsabilidade objetiva alcança a autarquia em questão, pois era seu dever fiscalizar a rodovia, de forma permanente e efetiva - Por outro lado, ainda que se aplique a responsabilidade subjetiva, a responsabilidade será marcante, pois ocorreu falha no sistema de vigilância - No entanto, para o caso, e de acordo com precedentes jurisprudenciais, a responsabilidade é mesmo objetiva, dada a relação de consumo existente, e a falha na ação fiscalizadora - Recurso que merece ser provido, para reforma da sentença."[5]

"*RESPONSABILIDADE CIVIL - AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS - ACIDENTE DE VEÍCULO - Colisão com animal na pista - Estrada administrada por Concessionária - Dever de indenizar decorrente de responsabilidade objetiva (CF, 37, § 6º, e CTB, art. 1º, §§ 2º e 3º) - A conduta do dono do animal não traduz causa excludente da responsabilidade da ré, pois em nada interfere na relação de causa e efeito entre a conduta omissiva desta e o dano invocado na petição inicial. O liame de causalidade se estabeleceu então na espécie, pois, no concurso de várias circunstâncias, a negligência da acionada se apresenta como causa eficiente do sinistro - Precedentes - Sentença mantida e ratificada, nos termos do art. 252 do Regimento Interno desta E. Corte (...)*"[6].

"*APELAÇÃO CÍVEL - Indenização por danos morais e materiais - Responsabilidade Civil - Acidente de veículo - Para-choque traseiro de caminhão solto na pista - Responsabilidade da concessionária da rodovia de manter as pistas livres de objetos e semoventes - Responsabilidade da concessionária caracterizada - Dano moral não caracterizado, pois o evento caracteriza mero dissabor da vida cotidiana - Sentença modificada - Recurso parcialmente provido*"[7] .

"*RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - Indenização por danos morais - Acidente de trânsito envolvendo atropelamento de animal (de grande porte) em pista de rodovia - Caracterizada a responsabilidade da concessionária pela conservação e manutenção da segurança na via - Precedentes - Sentença mantida Recursos não providos*"[8].

Acesso ao Sumário

5 - TJSP - Apelação nº 0005602-85.2009.8.26.0024 - 33ª Câmara de Direito Privado - Rel. Des. CARLOS NUNES - J. 10.6.2013.

6 - TJSP Apelação nº 0020739-68.2011.8.26.0564 8ª Câmara de Direito Público Rel. Des. PONTE NETO J. 5.6.2013.

7 - TJSP - Apelação nº 0165964-22.2012.8.26.0100 - 5ª Câmara de Direito Público - Rel. Des. MARIA LAURA TAVARES - J. 10.6.2013.

8 - TJSP - Apelação n º 0017283-76.2010.8.26.0037 - 6ª Câmara de Direito Público - Rel. Des. LEME DE CAMPOS - J. 17.6.2013.

Diante desse convencimento, não há como deixar de reconhecer a responsabilidade do réu pela reparação dos danos experimentados pela autora, restando apenas examinar o respectivo alcance.

É inegável que a demandante faz jus ao pensionamento mensal a partir da morte da vítima, até porque, há elementos nos autos - prova documental - que demonstram a existência da relação de dependência dela com o pai.

A indenização em forma de pensionamento, segundo entendimento desta Câmara, deve corresponder a dois terços do salário que percebia a vítima na época do evento, que se presume o montante destinado à garantia dessa subsistência, segundo entendimento jurisprudencial já consolidado.

A finalidade da reparação é fazer prevalecer o mesmo estado de coisas que existiria se a vítima estivesse viva. Assim, o pensionamento deve ser atualizado pelos mesmos índices e nas mesmas épocas da respectiva categoria profissional, não podendo, desse modo, prevalecer a adoção do salário mínimo como fator de atualização, pois outro seria o parâmetro e, assim, traduziria inadmissível diferença de tratamento; até porque, tal vinculação é vedada pelo artigo 7º, inciso IV, da Constituição Federal.

Impõe-se determinar, portanto, que o percentual fixado incida sobre o salário que percebia a vítima na época do evento, que se presume o montante destinado à garantia dessa subsistência.

Assim, o pensionamento mensal corresponderá 2/3 do montante de R$ 490,60, salário que a vítima auferia na época do seu falecimento, ocorrido em novembro de 2002 (fl. 41), montante que deverá ser atualizado com base nos mesmos índices e épocas da respectiva categoria profissional.

Correta, ademais, a disciplina adotada pela sentença no que concerne ao termo final do pensionamento, pois é aos 25 anos de idade, segundo o critério de razoabilidade, que os filhos se afastam do lar para ter vida independente.

Nesse sentido a orientação desta corte:

> "*Ação de indenização decorrente de acidente de veículo. Atropelamento com morte da vítima filho dos autores. Culpa da ré no evento. Preposto da ré que deveria ter redobrado a atenção ao avistar pedestre na via pública, ainda mais em noite de chuva. (...) Pensão mensal fixada em 2/3 de um salário mínimo, sendo 1/3 para cada um dos autores, até a data em que a vítima completaria 25 anos de idade, reduzindo-se, depois dessa data, para 1/3, até a data em que a vítima completaria 70 anos de idade. Limite de idade atualizado em face da majoração da expectativa de vida verificada em estatísticas recentes do IBGE (...)*."[9]

> "*ACIDENTE DE VEÍCULO. RESPONSABILIDADE CIVIL.*

Acesso ao Sumário

9 - TJSP - Apelação 9124900-92.2006.8.26.0000 - 32ª Câmara - Rel. Des. RUY COPPOLA - J. 8.9.2011.

ATROPELAMENTO. VÍTIMA COM 21 ANOS DE IDADE. CABIMENTO DE PENSÃO AOS PAIS. LIMITE EM QUE COMPLETARIA 65 ANOS DE IDADE. REDUÇÃO PELA METADE APÓS A DATA EM QUE COMPLETARIA 25 ANOS. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. RECURSO NESTE ASPECTO PROVIDO. Mostra-se razoável pensão mensal correspondente a 2/3 de seus ganhos até a época em que o filho completaria 25 anos de idade e a 1/3, após essa data, presumindo-se que, então, poderia casar-se, com redução do poder de ajuda. Nesse o Colendo Superior Tribunal de Justiça vem decidindo. É de se lembrar, ainda, que o art. 229 da Constituição Federal dispõe que 'os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade'. Não se cuida, assim, de mera presunção, mas de dever legal, estabelecido em nível constitucional."[10]

No que concerne ao dano moral, pode-se observar que a constatação da sua ocorrência não depende de prova, pois não é preciso muito esforço para reconhecer a situação de profundo sofrimento experimentado pela autora em razão da perda do pai de forma trágica. A identificação do dano moral apresenta-se *in re ipsa*. Nesse sentido, a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça:

"*RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE NO TRABALHO. INDENIZAÇÃO. A morte do marido e pai dos autores causa dor que deve ser indenizada, não se exigindo para isso a prova do sofrimento, o que decorre da experiência comum e somente pode ser afastada se houver prova em sentido contrário, o que não ocorre*"[11].

"*RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR MORTE. LEGITIMIDADE PARA PROPOR AÇÃO. NÚCLEO FAMILIAR. DANO MORAL CABÍVEL. Os danos morais causados ao núcleo familiar da vítima dispensam provas. São presumíveis os prejuízos sofridos com a morte do parente*"[12].

"*Como assentado em precedente da Corte, não há falar em prova do dano moral, mas, sim, na prova do fato que gerou a dor, o sofrimento, sentimentos íntimos que o ensejam. Provado assim o fato, impõe-se a condenação, sob pena de violação ao art. 334 do Código de Processo Civil*"[13].

Na respectiva fixação, recomenda a doutrina que o juiz atente para as condições das partes, de modo a possibilitar, de forma equilibrada, uma

Acesso ao Sumário

10 - TJSP - Apelação com Rev. 990.10.163655-7 - 31ª Câm. - Rel. Des. ADILSON DE ARAUJO - J. 5.10.2010.

11 - REsp 220084/SP - Rel. Min. RUY ROSADO DE AGUIAR - 4ª Turma - J. 16.11.99.

12 - REsp 437316/MG - Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS - 3ª Turma - J. 19.4.2007.

13 - REsp 145297/SP - Rel. Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO - 3ª Turma J. 15.10.98

compensação razoável pelo sofrimento havido e, ao mesmo tempo, traduzir uma sanção ao ofensor, tendo em vista especialmente o grau de culpa, de modo a influenciá-lo a não mais repetir o comportamento. Observa Carlos Roberto Gonçalves que "*em geral, mede-se a indenização pela extensão do dano e não pelo grau da culpa. No caso do dano moral, entretanto, o grau da culpa também é levado em consideração, justamente com a gravidade, extensão e repercussão da ofensa, bem como a intensidade do sofrimento acarretado à vítima*"[14].

E por outro lado, segundo a lição de Carlos Alberto Bittar, "*a indenização por danos morais deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que se não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo advindo. Consubstancia-se, portanto, em importância compatível com o vulto dos interesses em conflito, refletindo-se, de modo expressivo, no patrimônio do lesante, a fim de que sinta, efetivamente, a resposta da ordem jurídica aos efeitos do resultado lesivo produzido. Deve, pois, ser quantia economicamente significativa, em razão das potencialidades do patrimônio do lesante*"[15].

Assim, considerando as circunstâncias do caso, não há como deixar de reconhecer que o montante de R$ 100.000,00, a título de reparação pelos danos morais, se mostra adequado, pois condiz com a realidade da situação de sofrimento da alma, abalo psicológico, além do grau da culpa do ofensor, levando em conta a circunstância de se tratar de um episódio que envolve a morte de um ente querido. Daí não haver amparo para atender ao reclamo de redução formulado pelo apelante.

Por derradeiro, verifica-se que em se tratando de condenação que alcança autarquia estadual, os juros e a correção monetária devem ser calculados segundo a disciplina legal específica, que necessariamente deve ser aplicada à hipótese.

A questão foi definida pelo C. Supremo Tribunal Federal, com o julgamento realizado em março de 2015, sobre a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade da emenda constitucional (ADI's 4357 e 4425) que instituiu o último regime de pagamento de precatórios, a EC 62/2009:

> "*Fica mantida a aplicação do índice oficial de remuneração básica da caderneta e poupança (TR), nos termos da Emenda Constitucional nº 62/2009, até 25.3.2015, data após a qual (i) os créditos em precatórios deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) e (ii) os precatórios tributários deverão observar os mesmos critérios pelos quais a Fazenda Pública corrige seus créditos tributários*".

Diante disso, impõe-se verificar as seguintes disciplinas para o cômputo da

Acesso ao Sumário

14 - "*Responsabilidade civil*", nº 94.5, pág. 414, 6ª ed., Saraiva.

15 - "*Reparação civil por danos morais*", pág. 220, 2ª ed., RT.

correção monetária e incidência dos juros de mora a serem aplicados aos débitos da Fazenda Pública: **(1)** até 29 de junho de 2009, aplica-se a legislação vigente à época, ou seja, atualização com base nos índices indicados pelos Tribunais, e os juros de mora no patamar de 0,5% ao mês até 10 de janeiro de 2003 e de 1% ao mês a partir da entrada em vigor do Novo Código Civil (11/1/2003); **(2)** a partir da entrada em vigor da sistemática prevista na Lei nº 11.960/2009, que deu nova redação ao artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97 até a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade da EC nº 62/09, ou seja, de 30/6/2009 a 25/3/2015, a atualização monetária será realizada com base na TR, e os juros de mora nos mesmos moldes aplicados à caderneta de poupança; e **(3)** a partir da aludida modulação (25/3/2015), a atualização monetária será computada pelos índices de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E), e os juros de mora nos débitos não tributários pelos mesmos índices da poupança, e pela taxa SELIC, nos de natureza tributária.

Nesse sentido, já se pronunciou esta Câmara:

> "*PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - EXECUÇÃO - EMBARGOS - EXCESSO DE EXECUÇÃO – Acolhimento parcial - Débito buscado na presente execução que tem origem em parcelas vencidas a partir de outubro de 2010, quando já em vigor a Lei nº 11.960/2009 - Disposição legal que determinava a incidência, sobre as condenações impostas à Fazenda Publica, de correção monetária e juros de mora no montante aplicável às cadernetas de poupança - Norma de natureza processual - Incidência a partir de sua vigência, consoante entendimento adotado pelos tribunais superiores - Posterior declaração de inconstitucionalidade parcial por arrastamento do art. 1º-F da Lei 9.494/97 - Dispositivo legal que deixou de ter plena aplicabilidade a partir da modulação dos efeitos das ADI´s 4357 e 4425 pelo STF (25/03/2015), quando aquela Corte Superior passou a determinar que a atualização monetária se desse pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E), e os juros monetários nos débitos não tributários pela Poupança - Recurso de apelação parcialmente provido, com acolhimento parcial dos Embargos, para se determinar que sejam observadas tais diretrizes na correção do débito exequendo.*"[16].

Assim, tratando-se de verba cuja incidência independe de pedido, impõe-se reconhecer que, como na hipótese em exame o montante condenatório teve origem em novembro de 2002 (data do acidente), portanto, em época anterior à entrada em vigor da Lei nº 11.960/2009, a correção monetária deverá ser computada com base nos índices indicados pela tabela prática do Tribunal de Justiça de São Paulo e os juros de mora deverão incidir no patamar de 0,5%

16 - TJSP - Apelação n º 1011183-53.2014.8.26.0068 - 31ª Câmara de Direito Privado - Rel. Des. CARLOS NUNES - J. 12.5.2015.

Acesso ao Sumário

ao mês até 10/1/2003 e de 1% ao mês a partir de 11/1/2003. Em obediência a essa disciplina, a partir da entrada em vigor da sistemática prevista na Lei nº 11.960/2009, que deu nova redação ao artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97 até a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade da EC 62/09, ou seja, de 30/6/2009 a 25/3/2015, a atualização monetária deverá ser realizada com base na TR, e os juros de mora nos mesmos moldes aplicados à caderneta de poupança; e a partir da aludida modulação (25/3/2015), a atualização monetária passará a ser computada pelos índices de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E), e os juros de mora pelos mesmos índices da poupança; na forma esclarecida na fundamentação do julgado.

Enfim, comporta parcial acolhimento o inconformismo, para a finalidade de: a) adequar o montante da pensão mensal correspondente a 2/3 do salário que a vítima percebia a época do acidente (R$ 490,60) com a aplicação dos respectivos reajustes da categoria profissional, devida a partir de sua morte até a data em que a autora completar 25 anos de idade, como consignado; e b) determinar que o cômputo da correção monetária e a incidência dos juros de mora legais ocorram na forma ora estabelecida. Prevalece, quanto ao mais, a solução adotada pela r. sentença, inclusive quanto à responsabilidade sucumbencial (artigo 21, parágrafo único, do CPC).

3. Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso, nos termos indicados e com observação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0032296-68.2012.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO DE GUARULHOS, é apelado JANAINA ALVES DA CUNHA.

ACORDAM, em 32ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PARCIAL PROVIMENTO ao recurso para afastar a condenação à reparação por danos morais, compensados os honorários advocatícios em razão da sucumbência recíproca das partes. V.U.", de conformidade com o voto do Relator que integra este Acórdão. **(Voto nº 19327)**

O julgamento teve a participação dos Exmos Desembargadores FRANCISCO OCCHIUTO JÚNIOR (Presidente sem voto), CAIO MARCELO MENDES DE OLIVEIRA e RUY COPPOLA.

São Paulo, 13 de agosto de 2015.

Acesso ao Sumário

LUIS FERNANDO NISHI, Relator

Ementa: APELAÇÃO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. Fornecimento de água. Não pagamento de débitos pretéritos. Pedido de tutela antecipada para que os serviços fossem restabelecidos. Demonstração pela parte autora de que atualmente está em dia com os pagamentos. Necessidade de continuidade dos serviços. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que veda o corte nos serviços essenciais por débitos antigos. DANOS MORAIS. Não cabimento. Corte do fornecimento que constitui mero aborrecimento, em razão da responsabilidade da parte autora pelo débito, ainda que pretérito. Sentença parcialmente reformada. Recurso parcialmente provido.

VOTO

Vistos.

A r. sentença de fls. 112 e 113 julgou procedente ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por danos morais ajuizada por **JANAINA ALVES DA CUNHA** em face de **SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO DE GUARULHOS** para determinar o reestabelecimento do fornecimento de água na unidade consumidora, confirmando a antecipação de tutela (fl. 46), condenando a ré à reparação dos danos no valor correspondente a 10 salários mínimos, considerado aquele da época do evento, com correção monetária e juros de mora a partir da citação, nos termos da Lei 11.960/2009, além dos honorários advocatícios fixados em R$ 2.000,00.

A ré apelou. Alega que a admissibilidade e legalidade do corte no fornecimento de água, decorre do não pagamento do custo tarifário e da ligação clandestina na instalação hidráulica da residência da apelada. Menciona jurisprudência em favor da tese defendida. Assim, não há falar em indenização por dano moral. Pede provimento ao recurso para que a ação seja julgada improcedente.

Recurso tempestivo e respondido (fls. 131 e 132).

É o relatório, passo ao voto.

A autora demonstrou que os pagamentos das tarifas de consumo de água e de fornecimento da rede de esgoto vinham sendo feitos de forma regular, como demonstram as faturas de consumo quitadas referentes ao período compreendido entre outubro de 2011 e maio de 2012 (fls. 20/39).

Acesso ao Sumário

Informa a parte ré que pendem de pagamentos as contas relativas a maio a outubro de 1998, agosto de 1999, outubro de 2000 e novembro de 2009 (fl. 19).

Cumpre anotar que a apelada não nega a existência do débito.

Assim, a solução adotada é aquela afinada com jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e que veda o corte nos serviços essenciais por débitos pretéritos, que podem ser cobrados pela via ordinária.

A interpretação adotada observa o princípio da razoabilidade e segue tendência moderna em relação aos serviços de fornecimento de água e luz.

Nessa senda trilham as decisões deste E. Tribunal de Justiça de São Paulo, com destaque para o V. Acórdão da 31ª Câmara de Direito Privado, proferido nos autos dos Embargos Infringentes nº 9196732-83.2009.8.26.0000/50000, tendo como relator o i. **Desembargador ANTONIO RIGOLIN**, que assim preleciona:

> ***"A dívida que a concessionária pretende receber, e por isso fez uso da medida extrema, não é aquela que o legislador verdadeiramente quis proteger. Pode muito bem ser cobrada pelos meios ordinários, de modo a assegurar o contraditório adequado, possibilitando assim a discussão a respeito dos diversos temas relacionados à sua constituição e alcance.***
>
> ***Esse pensamento já se acha pacificado na jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, destacando-se, inclusive, que nem o débito já consolidado pode gerar a adoção da medida, se estiver relacionado a período pretérito. O que importa, enfim, é a atualização da inadimplência.***
>
> ***Nesse sentido:***
>
> ***'PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. SUSPENSÃO. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. DÉBITOS PRETÉRITOS. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO COM FULCRO NO ART. 105, INCISO III, LETRA "C", DA CF/88. DIVERGÊNCIA NÃO CONFIGURADA.***
>
> ***I - A suspensão no fornecimento de energia elétrica somente é permitida quando se tratar de inadimplemento de conta regular, relativa ao mês do consumo, restando incabível tal conduta quando for relativa a débitos antigos não-pagos, em que há os meios ordinários de cobrança, sob pena de infringência ao disposto no art. 42 do Código de Defesa do Consumidor. Precedente: AgRg no Ag nº 633.173/RS, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 02/05/05.***
>
> ***II - É inadmissível o apelo especial manifestado pela alínea "c" do permissivo constitucional que deixa de demonstrar a existência de suposta divergência jurisprudencial, nos moldes estabelecidos pelo art. 255 do RISTJ c/c o 541, parágrafo único, do CPC.***

Acesso ao Sumário

III - Recurso especial improvido"[1].

'ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ANÁLISE DE QUESTÃO FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. SUSPENSÃO DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. INADIMPLEMENTO. DÉBITOS ANTIGOS E JÁ CONSOLIDADOS. IMPOSSIBILIDADE.

1. É vedado o reexame de matéria fático-probatória em sede de recurso especial, a teor do que prescreve a Súmula 7 desta Corte.

2. A Lei 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, prevê, nos incisos I e II do § 3º do art. 6º, duas hipóteses em que é legítima sua interrupção, em situação de emergência ou após prévio aviso: (a) por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; (b) por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.

3. Todavia, quando se tratar de cobrança de débitos antigos e consolidados, essa Corte firmou o entendimento de que é indevido o corte de energia elétrica, devendo os mencionados débitos serem cobrados pelas vias ordinárias de cobrança.

4. Recurso especial a que se nega provimento"[2].

'PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. ÁGUA. MUNICÍPIO. CORTE NO FORNECIMENTO. INADIMPLEMENTO. DÉBITOS ANTIGOS. IMPOSSIBILIDADE. DISSÍDIO PRETORIANO NÃO-DEMONSTRADO.

1. É indevido o corte do fornecimento de água ou de energia elétrica quando o inadimplemento do consumidor (pessoa física ou jurídica de direito privado ou pessoa jurídica de direito público) advém de contas de consumo relativas a débitos antigos e consolidados, os quais devem ser reivindicados pelas concessionárias pelas vias ordinárias de cobrança, sob pena de infringir o disposto no art. 42 do Código de Defesa do Consumidor, de seguinte teor: 'Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça'.

2. Para que reste demonstrado o dissenso pretoriano, faz-se necessário apontar as peculiaridades juridicamente relevantes ao caso e demonstrar que o suporte fático do acórdão recorrido guarda similitude com o dos paradigmas.

3. Recurso especial conhecido em parte e não provido"[3].

'ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. CORTE

Acesso ao Sumário

1 - REsp 772486/RS, 1ª T., Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 06.03.2006, p. 225.

2 - REsp 706043/RS, 1ª T., Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 17.12.2007, p. 125.

3 - REsp 963417/MG, 2ª T., Rel. Min. Castro Meira, DJ 25.09.2007, p. 229.

NO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. ART. 535 DO CPC. VIOLAÇÃO NÃO CONFIGURADA. IMPOSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO. HIPÓTESE DE EXIGÊNCIA DE DÉBITO DECORRENTE DE RECUPERAÇÃO DE CONSUMO NÃO-FATURADO. ALEGAÇÃO DE FRAUDE NO MEDIDOR. CONSTRANGIMENTO E AMEAÇA AO CONSUMIDOR. CDC, ART. 42. SÚMULA 7/STJ.

1. A concessionária não pode interromper o fornecimento de energia elétrica por dívida relativa à recuperação de consumo não-faturado, apurada a partir da constatação de fraude no medidor, em face da essencialidade do serviço, posto bem indispensável à vida. Entendimento assentado pela Primeira Turma, no julgamento do Resp n.º 772.489/RS, bem como no AgRg no AG 633.173/RS.

2. É que resta cediço que a 'suspensão no fornecimento de energia elétrica somente é permitida quando se tratar de inadimplemento de conta regular, relativa ao mês do consumo, restando incabível tal conduta quando for relativa a débitos antigos não-pagos, em que há os meios ordinários de cobrança, sob pena de infringência ao disposto no art. 42 do Código de Defesa do Consumidor. Precedente: AgRg no Ag nº 633.173/RS, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 02/05/05.' (REsp 772.486/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 06.03.2006).

3. Uma vez contestada em juízo dívida apurada unilateralmente e decorrente de suposta fraude no medidor do consumo de energia elétrica, não há que cogitar em suspensão do fornecimento, em face da essencialidade do serviço, vez que é bem indispensável à vida. Máxime quando dispõe a concessionária e fornecedora dos meios judiciais cabíveis para buscar o ressarcimento que entender pertinente, sob pena de infringência ao disposto no art. 42, do Código de Defesa do Consumidor.

4. In casu, o litígio não gravita em torno de inadimplência do usuário no pagamento da conta de energia elétrica (Lei 8.987/95, art. 6.º, § 3.º, II), em que cabível a interrupção da prestação do serviço, por isso que não há cogitar suspensão do fornecimento de energia elétrica pelo inadimplemento.

5. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC, quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

6. Assentado no acórdão recorrido: 'tenho que não foram observados os princípios da ampla defesa e do contraditório que devem sempre prevalecer. Por conseguinte, entendo que o exame realizado unilateralmente pela concessionária para apuração do

Acesso ao Sumário

débito é insuficiente para respaldar a legalidade da cobrança realizada', não cabe ao STJ conhecer do recurso.

7. É que as questões que levam à nova incursão pelos elementos probatórios da causa são inapreciáveis em sede de recurso especial, consoante previsto na Súmula 7/STJ.

8. Agravo Regimental desprovido'[4].

'RECURSO ESPECIAL - ADMINISTRATIVO - INTERRUPÇÃO DO FORNECIMENTO - CABIMENTO - IMPOSSIBILIDADE DE CORTE POR DÉBITOS PRETÉRITOS.

1. A continuidade da prestação do serviço público é limitada pela interpretação da Lei n. 8.987/95, que trata do regime de concessão e permissão, notadamente no artigo 6º, § 3º, incisos I e II, e prevê as duas situações em que é legítima sua interrupção: quando sob emergência ou após prévio aviso.

2. A interrupção no corte de energia elétrica visa resguardar a continuidade do serviço, que restaria ameaçada justamente por onerar a sociedade, levando esta a arcar com o prejuízo decorrente de todos débitos. A empresa concessionária poderá suspender o fornecimento de energia no caso de inadimplemento da conta.

3. Pretende a COSERN a modificação no julgado que condicionou o fornecimento de energia elétrica apenas ao pagamento das faturas vincendas. A jurisprudência desta Corte firmou o entendimento no sentido de que não deve haver a suspensão do fornecimento de energia elétrica por causa de débitos pretéritos.

4. O corte de energia elétrica pressupõe o inadimplemento de conta relativa ao mês do consumo, sendo inviável a suspensão do abastecimento, em razão de débitos antigos.

5. Para tais casos deve a companhia utilizar-se dos meios ordinários de cobrança pois não se admite qualquer espécie de constrangimento ou ameaça ao consumidor, nos termos do art. 42 do Código de Defesa do Consumidor.

Recursos especiais conhecidos e improvidos'[5]".

O débito que pretende receber, por ser pretérito e alusivo a diferenças de consumo, não autoriza o corte no fornecimento, verificada a ausência de inadimplemento de prestações atuais.

Para que se justifique a indenização decorrente de dano moral, não basta a mera ocorrência do ilícito a provocar na vítima um sofrimento indevido. É necessário que tal mal-estar seja de significativa magnitude, sob pena de banalização do instituto.

No caso concreto, o corte no fornecimento de água constitui mero

4 - AgRg no REsp 868816/RS, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux, DJ 31.05.2007, p. 389.

5 - REsp 909146/RN, 2ª T., Rel. Min Humberto Martins, DJ 04.05.2007, p. 431.

Acesso ao Sumário

aborrecimento, uma vez que, embora a prestação do serviço não possa ser suspensa em razão de débito pretérito, como acima mencionado, ele ainda é de responsabilidade da parte autora, já que em momento algum ela negou tal fato. Assim, não há falar em reparação de danos morais. Neste ponto, a r. sentença merece ser reformada.

Ante o exposto, e pelo meu voto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso para afastar a condenação à reparação por danos morais, compensados os honorários advocatícios em razão da sucumbência recíproca das partes.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0013985-96.2014.8.26.0664, da Comarca de Votuporanga, em que é apelante TELEFÔNICA BRASIL S/A, é apelado SENOIR CUSTODIO DE ALMEIDA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 28ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO APELO, VENCIDO O RELATOR SORTEADO QUE DECLARA VOTO. PARA O ACÓRDÃO, O TERCEIRO JUIZ." **(Voto nº 24.388)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DIMAS RUBENS FONSECA (Presidente sem voto), CESAR LACERDA, vencedor, CELSO PIMENTEL, vencido e BERENICE MARCONDES CESAR.

São Paulo, 17 de agosto de 2015.

CESAR LACERDA, Relator Designado

Ementa: Prestação de serviços. Telefonia. Ação cautelar de exibição de documentos. Verbas da sucumbência. Responsabilidade. Pretensão não resistida na esfera judicial. Pedido administrativo não atendido. Aplicação do princípio da causalidade. Embora a demandada não tenha resistido ao pedido, responde pelas verbas da sucumbência por não ter atendido a solicitação feita administrativamente, dando causa à propositura da demanda. Recurso não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Adotando o relatório lançado pelo eminente relator, peço licença para dissentir de seu voto, por considerar que o recurso não comporta provimento.

Muito embora a ré não tenha resistido ao pedido formulado na inicial, apresentando com a contestação a radiografia do contrato (fls. 36), suficiente para atender o pedido, os documentos reproduzidos a fls. 10/11 demonstram que, antes do ajuizamento da demanda, o autor já havia solicitado a apresentação das informações administrativamente, contudo, sua solicitação não foi atendida, a revelar que a ré deu causa à propositura da ação e, por força do princípio da causalidade, responde pelas custas, despesas processuais e honorários advocatícios.

Assim, prestando respeitosa vênia ao eminente relator, pelo meu voto, nego provimento ao recurso, para manter a r. sentença, que bem equacionou a condenação nas verbas da sucumbência.

Diante do exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 30.714)

Ementa: Exibido o documento sem resistência, afasta-se a imposição de honorária de sucumbência: cada litigante responderá perante seu advogado.

Concessionária de telefonia apela da respeitável sentença que acolheu cautelar de exibição de documentos. Sustenta a suficiência da radiografia do contrato e nega a pertinência da exibição dos demais documentos pretendidos. Insiste na prescrição da demanda principal e na ausência do dever de guarda. Nega a resistência e impugna a condenação ao pagamento das verbas de sucumbência.

Houve preparo.

É o relatório.

Ao responder à cautelar de exibição de documentos, a concessionária de telefonia trouxe a "radiografia do contrato" (fl. 36), que atende ao pedido (fl. 8).

Em consequência e ausente lide, não se justificava imposição de honorária de sucumbência à requerida, o que se afasta: cada qual responderá perante seu advogado.

Pelas razões expostas, dá-se provimento ao apelo.

Acesso ao Sumário

CELSO PIMENTEL, Desembargador, Relator sorteado vencido

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0907447-83.2012.8.26.0037, da Comarca de Araraquara, em que é apelante/apelado VANESSA ALESSANDRA SOARES GUARDIA ARARAQUARA M.E., é apelado/apelante LUCIENE DE CARVALHO SILVA CALÇADOS EPP.

ACORDAM, em 31ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram do agravo retido e, rejeitada a preliminar, negaram provimento ao apelo, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto n° 23.686)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores ANTONIO RIGOLIN (Presidente sem voto), FRANCISCO CASCONI e PAULO AYROSA.

São Paulo, 18 de agosto de 2015.

CARLOS NUNES, Relator

Ementa: PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - CONTRATO PARA MONITORAMENTO DE EMPRESA - INÉRCIA DA EMPRESA DE SEGURANÇA - INDENIZAÇÃO - CERCEAMENTO DE DEFESA - Julgamento antecipado da lide - Estando presentes nos autos elementos suficientes para formar o convencimento do julgador, despicienda é a produção de outras provas - Preliminar rejeitada.

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - CONTRATO PARA MONITORAMENTO DE EMPRESA - ALARME DISPARADO - INVASÃO DE CRIMINOSOS - INÉRCIA DA EMPRESA DE SEGURANÇA - Ação de indenização por danos materiais, morais e lucros cessantes - Contrato verbal objetivando o monitoramento da empresa contratante - Estabelecimento furtado devido à falha no sistema de monitoramento - Desídia da ré que não comunicou a autora sobre o disparo do alarme ou tampouco a polícia militar - Diante da falta de provas de que a autora tivesse concorrido para tanto e também

Acesso ao Sumário

não havendo provas de que a autora tenha sido plenamente cientificada disso, deve a ré responder pela indenização referente aos produtos que foram furtados - Recurso improvido, com manutenção da r. sentença.

RECURSO ADESIVO - COMPLEMENTAÇÃO DAS CUSTAS - RECOLHIMENTO A DESTEMPO - DESERÇÃO - INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO RETIDO - A irresignação da agravante deveria ser aviada por meio de agravo de instrumento, a teor do artigo 522 do Código de Processo Civil, dada a necessidade de imediata revisão, anteriormente à remessa dos autos principais à instância superior e resguardado o contraditório, o que não se faz por meio de agravo retido, cuja reiteração também seria inviável - Agravo não conhecido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação, interposto por **VANESSAALESSANDRA SOARES GUARDIA ARARAQUARA M.E.** junto aos autos da ação de indenização, fundada em contrato de prestação de serviços de monitoramento, movida por **LUCIENE DE CARVALHO SILVA CALÇADOS EPP**, contra a r. sentença (fls. 163/168) que julgou parcialmente procedente a demanda, condenando a acionada no pagamento de danos materiais, afastados os morais e lucros cessantes.

Aponta a acionada, em preliminar, cerceamento de defesa, diante do julgamento antecipado da lide, pois pugnou pela oitiva da gerente e da representante da empresa acionante. Ademais, pretendia produzir prova testemunhal, de modo a comprovar que não havia equipamento de monitoramento no local por onde os meliantes acessaram o interior da loja. Diz que os ladrões furtaram objetos que se encontravam justamente na área em que não havia monitoramento. Afirma que tentou localizar a recorrida, por telefone, no momento em que o alarme foi acionado, tendo desarmado e reativado o equipamento no mesmo minuto. No mérito, procura defender que não houve falha de seus serviços, tendo desarmado o alarme remotamente e, após 4 (quatro) segundos, o mesmo foi armado, concluindo que tal procedimento ensejou a evasão dos assaltantes, pois se eles se mantivessem no local, o alarme tornaria a disparar. Assevera que o alarme ficou disparado por 5 (cinco) minutos e tentou entrar em contato com a recorrida, além de enviar uma viatura no local.

Acesso ao Sumário

Questiona o montante de R$ 40.000,00 de danos materiais, entendendo ser devido apenas R$ 5.000,00. Requer a nulidade da sentença ou, no mérito, o provimento do recurso.

Regularmente processado o recurso, com preparo. Contrarrazões às fls. 186/191.

A autora interpôs recurso adesivo, em que pretende a condenação dos lucros cessantes e danos morais suportados. Segundo alega, por conta da conduta omissiva da ré, amargou prejuízos vultosos que quase inviabilizaram seu negócio, sofrendo abalo de crédito e, diante da responsabilidade objetiva, compete a mesma responder pelo constrangimento sofrido. Por fim, entende que a verba honorária comporta ser fixada em 20% sobre o valor da condenação, imputando-a integralmente à acionada.

Recurso adesivo julgado deserto (fl. 211), à míngua de complementação do preparo.

Agravo retido às fls. 212/214, em que a acionante requer o recebimento do apelo adesivo, defendendo que procedeu ao recolhimento do preparo regularmente e apenas a complementação foi efetivada extemporaneamente. Ademais, defende que ambas as partes deveriam complementar as custas pela formação do segundo volume, mas apenas ela foi intimada para tal.

É o relatório.

De proêmio, o agravo retido interposto pela autora não comporta conhecimento.

Consoante se confere nos autos, referido agravo visa a reforma de decisão que julgou deserto o recurso adesivo. Todavia, o artigo 522 do Código de Processo Civil é expresso ao destacar que:

> *"Art. 522. Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de dez (10) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento" (grifei).*

Assim sendo, a irresignação da agravante deveria ser aviada por meio de agravo de instrumento, dada a necessidade de imediata revisão, anteriormente à remessa dos autos principais à instância superior e resguardado o contraditório, o que não se faz por meio de agravo retido, cuja reiteração também seria inviável.

Nesse sentido, precedentes da Casa:

"***Ação de declaratória de inexistência de débito com pedido de indenização. Agravo retido. Não conhecimento. Decisão que não admitiu recurso adesivo desafia agravo de instrumento****. Não impugnada decisão de deserção do primeiro apelo da autora. Trânsito em*

Acesso ao Sumário

*julgado. Não conhecimento. Contrato de prestação de serviços de dados. Incontroverso o defeito e não prestação de serviço. Débito inexigível. Inserção indevida do nome da autora no cadastro de inadimplentes. Dano moral verificado. Indenização reduzida. Determinação, de ofício, de expedição de ofício ao SERASA para exclusão do nome da autora de seu cadastro. Recurso da ré parcialmente provido e não conhecidos o da autora e o agravo retido". (**Apelação n.º 3003366-70.2009.8.26.0037, Relator(a): Nestor Duarte; Comarca: Araraquara; Órgão julgador: 34ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 15/12/2014; Data de registro: 17/12/2014)***

"Apelação - Cédulas de crédito bancários - Ação revisional - Sentença de procedência parcial - Reforma ligeira, para redefinir os limites dos encargos moratórios. 1. Agravo retido. Interposição contra decisão que deixa de receber recurso adesivo** - Inadmissibilidade - Inteligência do art. 522, "caput", parte final, do CPC - Irresignação, de todo modo, improcedente. (...). Agravo retido não conhecido; apelação parcialmente provida". **(Apelação n.º 9064339- 97.2009.8.26.0000, Relator(a): Ricardo Pessoa de Mello Belli; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 19ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 10/11/2014; Data de registro: 08/01/2015)

Passa-se ao exame do recurso principal.

Extrai-se da exordial que a autora, empresa que atua no ramo de calçados e acessórios, firmou com a ré contrato verbal de serviços atinentes à segurança de seu estabelecimento, com instalação de sistemas de segurança eletrônica, alarme e monitoramento 24 horas via fone, GPRS e radiofrequência, sensores infravermelho, sirenes, etc.. No entanto, no dia 24/05/2012, por volta das 5h17min, o alarme do local disparou e a requerida não tomou nenhuma providência, embora a central tenha indicado no relatório "**Alarme em zona de furto; infra vermelho do caixa (1)**", tendo apenas desarmado a central remotamente, sem checar ou se certificar do ocorrido no próprio local dos fatos. Ocorre que, no dia seguinte, quando sua gerente adentrou na loja, deparou-se com o estabelecimento todo revirado, centenas de calçados roubados, cofre arrombado, enfim, houve ingresso de meliantes no local, tendo assim efetivado registro do boletim de ocorrência. Diante disso, apontando falha na prestação de serviços da acionada, ajuizou esta demanda, visando a indenização por danos materiais e morais.

O MM. Juiz acolheu em parte a ação, condenando a acionada no pagamento de R$ 40.000,00 a título de danos materiais, afastados os lucros cessantes e danos morais.

Pois bem.

A apelante, quando da especificação de provas, apenas requereu o depoimento pessoal da gerente da autora e dos representantes de ambas as

Acesso ao Sumário

empresas (fl. 161). Nesse aspecto, insta salientar que não merece vingar a alegação de cerceio de defesa, pois desnecessária a alvitrada oitiva para o deslinde da causa, consoante se verificará no exame do mérito.

Anote-se que é o livre convencimento, expresso no artigo 131 do CPC, que concede ao magistrado a liberdade de decidir, como no caso em concreto, acerca da pertinência ou não da produção de outras provas, sem que a negativa seja entendida como cerceamento de defesa que, efetivamente, não ocorreu.

Logo, fica superada tal preliminar.

Inconteste entre as partes a contratação, bem como os fatos narrados na petição inicial, qual seja, o disparo do alarme no estabelecimento da autora, bem como a invasão de criminosos no local na referida data, com furto de produtos da loja.

Assim sendo, dada a verossimilhança das alegações deduzidas, o ônus de comprovar a ausência de culpa pela imputada má prestação dos serviços era da ré, nos termos do artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

Porém, a demandada não comprovou sequer ter informado a autora sobre o disparo do alarme, situação que não se daria por colheita de prova oral.

Pelo que se confere no relatório (fl. 47), após o aviso de alarme, houve desarmamento e reativação do mesmo, sem que a fornecedora tomasse providências efetivas, seja por aviso à contratante, seja contatando autoridade policial, conduta que poderia eximi-la de responsabilidade.

A submissão dos fornecedores de serviços à lei consumerista (Lei nº 8.078/90) decorre do artigo 14, que trata da responsabilidade civil pelos vícios de qualidade e defeitos oriundos do serviço, "verbis": "*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*". E, no caso, reza os § § 3º e 4º do mesmo dispositivo que o fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: "*I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. § 4° A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa*".

A afirmação de que houve envio de vigilante próprio no local ou mesmo evasão no período entre a reativação do alarme não convence, pois inviável admitir que os criminosos tenham deixado o local na condição em que se apresentava, em apenas segundos.

Irrelevante a assertiva de que outras dependências da loja não estavam devidamente asseguradas por seu equipamento, sobretudo porque o alarme foi acionado nos locais ora instalados, de modo a indicar ocorrências, estas não devidamente apuradas pela apelante.

Acesso ao Sumário

Por isso, se apresenta correto o *decisum*, que condenou a ré a devolver à autora o valor equivalente aos bens furtados descritos no boletim de ocorrência, estimados pelo MM. Juiz em R$ 40.000,00, aliás, em extensão menor do que pleiteado, além do que não foram impugnados especificamente pela recorrente.

Ante o exposto, e pelo meu voto, **NÃO CONHEÇO DO AGRAVO RETIDO E, REJEITADA A PRELIMINAR, NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1005166-55.2015.8.26.0071, da Comarca de Bauru, em que é apelante SEGURADORA LÍDER DOS CONSÓRCIOS DO SEGURO DPVAT S/A, é apelado VANDERLEI RICCI DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 31ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.916)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores ANTONIO RIGOLIN (Presidente), ADILSON DE ARAUJO e CARLOS NUNES.

São Paulo, 25 de agosto de 2015.

ANTONIO RIGOLIN, Relator

Ementa: SEGURO OBRIGATÓRIO (DPVAT). AÇÃO DE COBRANÇA. REEMBOLSO DAS DESPESAS MÉDICAS E HOSPITALARES. PROPOSITURA SEM PRÉVIA FORMULAÇÃO DE PEDIDO NA ESFERA ADMINISTRATIVA. PROPOSITURA OCORRIDA APÓS O JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 631.240-MG. INTERESSE PROCESSUAL NÃO CARACTERIZADO. CARÊNCIA DE AÇÃO QUE SE RECONHECE. RECURSO PROVIDO. 1. Na oportunidade do julgamento do RE 631.240-MG, o C. Supremo Tribunal Federal, em composição plenária, reconhece que só será viável o interesse processual para o exercício da demanda em matéria previdenciária, após a formulação de requerimento

Acesso ao Sumário

na via administrativa, o que será exigido, como regra, para a propositura de ações propostas a partir da publicação do acórdão. 2. Essa solução deve ser adotada também para as demandas a respeito do seguro DPVAT, conforme se reconheceu no julgamento do Ag Reg no RE 824.712-MA. 3. Considerando que a propositura da demanda ocorreu após a publicação do mencionado julgado, sem a ocorrência de prévia formulação de requerimento na via administrativa, daí decorre a constatação de que está configurada a falta de interesse processual, a determinar a extinção do processo sem resolução do mérito.

VOTO

Visto.

1. Trata-se de ação de cobrança decorrente de contrato de seguro DPVAT proposta por VANDERLEI RICCI DOS SANTOS em face de SEGURADORA LÍDER DOS CONSÓRCIOS DO SEGURO DPVAT S/A.

A r. sentença, cujo relatório se adota, julgou procedente o pedido para, assim, condenar a ré ao pagamento da indenização das DAMS no valor reclamado na inicial, correspondente a R$ 2.720,00, corrigido a partir da propositura da ação e acrescido de juros de mora desde a citação, além das despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 20% do valor atualizado da causa.

Inconformada, apela a demandada alegando a falta de interesse de agir, pois não houve pedido na via administrativa. Pretende a inversão do resultado, afirmando que não foram juntados aos autos documentos idôneos que demonstrem a necessidade do tratamento médico, não podendo ser admitidos como provas os documentos produzidos unilateralmente. Além disso, não existe cobertura para tratamento fisioterapêutico, mas apenas para despesas hospitalares, limitada ao valor máximo de R$ 2.700,00, que não pode ser ultrapassado. E são despesas de honorários médicos, constituindo patrimônio individual de casa profissional, que não podem ser incluídos nas despesas médicas para reembolso. Alega a existência de tratamento gratuito pelo SUS e pede a redução da verba honorária para 10%.

Recuso tempestivo e bem processado, oportunamente preparado e respondido.

É o relatório.

2. A apelante afirma a ausência de interesse processual sob o argumento de que não houve requerimento na esfera administrativa. Tal iniciativa decorre do posicionamento adotado pelo C. Supremo Tribunal Federal a respeito do

Acesso ao Sumário

tema, que reconheceu a indispensabilidade da utilização da via administrativa, mas com restrições.

O exame da matéria, portanto, deve ser realizado a partir do que se decidiu na oportunidade do julgamento do Recurso Extraordinário nº 631.240-MG, pondo-se em destaque o seguinte:

> "*1. A instituição de condições para o regular exercício do direito de ação é compatível com o art. 5º, XXXV, da Constituição. Para se caracterizar a presença de interesse em agir, é preciso haver necessidade de ir a juízo.*
>
> *2. A concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento do interessado, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, ou se excedido o prazo legal para sua análise. É bem de ver, no entanto, que a exigência de prévio requerimento não se confunde com o exaurimento das vias administrativas.*
>
> *3. A exigência de prévio requerimento administrativo não deve prevalecer quando o entendimento da Administração for notória e reiteradamente contrário à postulação do segurado.*
>
> *4. Na hipótese de pretensão de revisão, restabelecimento ou manutenção de benefício anteriormente concedido, considerando que o INSS tem o dever legal de conceder a prestação mais vantajosa possível, o pedido poderá ser formulado diretamente em juízo - salvo se depender da análise de matéria de fato ainda não levada ao conhecimento da Administração -, uma vez que, nesses casos, a conduta do INSS já configura o não acolhimento ao menos tácito da pretensão.*
>
> *5. Tendo em vista a prolongada oscilação jurisprudencial na matéria, inclusive no Supremo Tribunal Federal, deve-se estabelecer uma fórmula de transição para lidar com as ações em curso, nos termos a seguir expostos.*
>
> *7. Nas ações sobrestadas, o autor será intimado a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção do processo. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado a se manifestar acerca do pedido em até 90 dias, prazo dentro do qual a Autarquia deverá colher todas as provas eventualmente necessárias e proferir decisão. Se o pedido for acolhido administrativamente ou não puder ter o seu mérito analisado devido a razões imputáveis ao próprio requerente, extingue-se a ação. Do contrário, estará caracterizado o interesse em agir e o feito deverá prosseguir.*
>
> *8. Em todos os casos acima - itens (i), (ii) e (iii) -, tanto a análise administrativa quanto a judicial deverão levar em conta a data do início*

Acesso ao Sumário

da ação como data de entrada do requerimento, para todos os efeitos legais"[1].

Também é oportuno dizer que essa mesma linha de interpretação há de ser adotada no âmbito do seguro DPVAT, como deixou claro o precedente do C. Supremo Tribunal Federal:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. GARANTIA DE ACESSO AO PODER JUDICIÁRIO. EXIGÊNCIA DE REQUERIMENTO PRÉVIO. CARACTERIZAÇÃO DO INTERESSE DE AGIR. AUSÊNCIA DE AFRONTA AO ART. 5º, INC. XXXV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AÇÃO DE COBRANÇA DO SEGURO DPVAT. REQUERIMENTO INEXISTENTE MAS DESNECESSÁRIO PORQUE ATENDIDA REGRA DE TRANSIÇÃO PELA CONTESTAÇÃO DE MÉRITO DA SEGURADORA (RE 631.240). AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO"[2].

Fixados esses pontos, faz-se necessário apurar o enquadramento desta demanda.

Nota-se que a ação foi protocolada digitalmente em 16 de junho de 2015, ou seja, posteriormente à publicação do acórdão mencionado.

Como se trata de ressarcimento de despesas médicas, situação que exige análise a respeito de fato, não é possível, de antemão, dizer que se encontra presente o interesse processual antes da apresentação do requerimento na via administrativa.

Caracterizada está, portanto, a carência de ação por falta de interesse processual, o que determina a extinção do processo sem resolução do mérito, na forma do artigo 267, VI, do Código de Processo Civil, para o que se impõe acolher o inconformismo. O autor arcará com as despesas do processo e com a verba honorária de R$ 1.000,00, valor a ser corrigido a partir deste julgamento, ficando ressalvada a inexigibilidade decorrente da gratuidade judicial.

3. Ante o exposto, e nesses termos, dou provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0030226-65.2012.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes/apelados ANTONIO CARLOS BORGES e LIBIA MEDEIROS FRANCO BORGES, é apelado/apelante CVC BRASIL OPERADORA E AGÊNCIA DE VIAGENS

1 - RE 631240-MG, Plenário, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 10.11.2014.

2 - AgRg no RE 824712/MA - 2ª Turma - Rel. Min. CARMEM LÚCIA - DJe. em 03/06/2015.

S/A.

ACORDAM, em 26ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram a preliminar, negaram provimento ao apelo da ré e deram parcial provimento ao recurso dos autores, nos termos do acórdão, mantida, no mais, a r. sentença. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.675)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FELIPE FERREIRA (Presidente) e VIANNA COTRIM.

São Paulo, 27 de agosto de 2015.

RENATO SARTORELLI, Relator

Ementa: PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - PACOTE TURÍSTICO - INDENIZAÇÃO - VIAGEM À PATAGÔNIA CANCELADA EM FACE DA ERUPÇÃO DO VULCÃO PUYEHUE - CASO FORTUITO - DANOS MATERIAIS PROPORCIONAIS AO TRECHO PAGO E NÃO USUFRUÍDO - DANOS MORAIS NÃO CONFIGURADOS - APELO DA RÉ IMPROVIDO E DOS AUTORES PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

Ação de restituição de quantia paga c/c reparação por danos morais, fundada em contrato de prestação de serviços, julgada parcialmente procedente pela r. sentença de fls. 104/105, cujo relatório adoto.

Inconformadas, apelam as partes.

Os autores, de um lado, argumentam, em apertada síntese, que fazem jus ao ressarcimento do valor integral do pacote turístico uma vez que a ré não prestou o serviço contratado, cancelando a viagem à Patagônia em razão da erupção de vulcão no Chile. Buscam, no mais, a concessão de indenização por danos morais, além do valor relativo à contratação de advogado para o patrocínio da causa.

A ré, de outro, preliminarmente, alega ilegitimidade de parte passiva, imputando responsabilidade à companhia aérea pelo cancelamento do voo. No mérito sustenta, em resumo, a ocorrência de caso fortuito, força maior ou fato de terceiro, o que afasta a culpa do prestador de serviços por eventuais prejuízos, a teor do disposto no art. 393 do Código Civil. Pleiteia, por isso, a inversão do resultado do julgamento.

Recursos respondidos e preparados.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

Afasto a preliminar de ilegitimidade ***ad causam*** passiva porquanto os autores adquiriram o pacote turístico da ré, responsável pela viagem e pelo dever de assistência aos contratantes.

Cuidando-se de relação de consumo todos os membros da cadeia de fornecimento respondem solidariamente perante o consumidor, inclusive quanto aos defeitos nos serviços prestados por terceiros. Assim, a agência de viagens é solidariamente responsável pelo cancelamento do voo por parte da companhia de aviação.

No mérito, tenho para mim que o inconformismo dos autores comporta parcial acolhida, improvido o apelo da ré.

Com efeito, Antonio Carlos Borges e Libia Borges adquiriram pacote turístico à Patagônia, não concluído em face da erupção do vulcão chileno Puyehue, que lançou cinzas no espaço aéreo, inviabilizando o prosseguimento da viagem.

Como os autores pagaram pelo trecho não visitado, qual seja, de Ushuaia e Calafete, é intuitivo que devem ser ressarcidos no limite do valor relativo a essa específica trajetória, não fazendo jus, todavia, à quantia referente ao trecho de Buenos Aires, por eles usufruído, consoante, aliás, ponderou o digno magistrado ***a quo, verbis***: "*os autores permaneceram quatro dias em Buenos Aires, único destino possível na ocasião, acomodados em hotel. Bem poderiam não ter passado os dias mais tediosos de suas vidas, considerando-se que a cidade é destino turístico bastante apreciado" (cf. fl. 104/verso)*.

No concernente aos danos morais, melhor sorte não se acha reservada aos autores.

É provável que tenham experimentado dissabores, entretanto, a conduta da ré não autoriza o ressarcimento a título de dano moral, corretamente afastado em primeira instância, sobretudo porque a agência de turismo, como é curial, não contribuiu para a ocorrência do infortúnio.

Acesso ao Sumário

Na verdade, o dano moral passível de ressarcimento é aquele que acarreta sofrimento além do normal. A simples frustração não se enquadra no conceito de dano moral, cujo substrato envolve a dor profunda e o sofrimento relevante, ***verbis***:

> "***COMPRA E VENDA DE BEM MÓVEL - INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - INADMISSIBILIDADE - MERO DISSABOR - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO. O ressarcimento por dano moral não pode decorrer de qualquer melindre ou suscetibilidade exagerada, do mero aborrecimento ou incômodo. É preciso que a ofensa apresente certa magnitude para ser reconhecida como prejuízo moral***". *(Apelação com Revisão nº 0008310-64.2012.8.26.0037, 26ª Câmara da*

Seção de Direito Privado do TJ/SP, Rel. Des. o signatário).

Situações incômodas não podem dar margem à reparação por dano moral, sob pena de banalização do instituto. O incômodo ou aborrecimento não são suficientes à caracterização de ofensa à dignidade da pessoa.

Já a reparação relativa aos honorários advocatícios contratuais tem pertinência, pois visa recompor os prejuízos experimentados pelos autores, em razão da contratação de advogado para patrocinar a causa em juízo, traduzindo uma modalidade de ressarcimento por perdas e danos.

Aliás, o E. Superior Tribunal de Justiça já se manifestou, reiteradas vezes, no sentido da possibilidade de inclusão dos honorários contratuais na rubrica de danos materiais, ***verbis***:

"***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" *(REsp. nº 1.134.725/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi).*

*"**ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. HONORÁRIOS CONTRATUAIS. INCLUSÃO NA INDENIZAÇÃO DE DANOS MATERIAIS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES.***

1. Os honorários advocatícios contratuais integram os valores devidos a título de reparação por perdas e danos, conforme o disposto nos arts. 389, 395 e 404 do Código Civil de 2002. A fim de reparar o dano ocorrido de modo integral, uma vez que a verba é retirada do patrimônio da parte prejudicada, é cabível àquele que deu causa ao processo a reparação da quantia.

2. Diversamente do decidido pela Corte de origem, este Superior Tribunal já se manifestou no sentido da possibilidade da inclusão do valor dos honorários contratuais na rubrica de danos materiais. Agravo regimental improvido" *(AgRg. no REsp. nº 1.410.705/RS, Rel. Min. Humberto Martins). No mesmo sentido: AgRg. nos EDcl. no REsp. nº 1.412.965/RS, Rel. Min. Sidnei Beneti.*

Ante o exposto, rejeito a preliminar, nego provimento ao apelo da ré e dou parcial provimento ao recurso dos autores para agregar à condenação o valor relativo aos honorários contratuais (*cf. fl. 53, cláusula segunda, 2.1*), nos termos do acórdão, mantida, no mais, a r. sentença.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0051900-59.2005.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que são apelantes CARLOS GIUSEPE DONAIRE (JUSTIÇA GRATUITA) e FERNANDA VIEIRA DONAIRE, é apelado MARCOS ROBERTO TARDIM MOREIRA.

ACORDAM, em 25ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, deram parcial provimento ao recurso, contra o voto do Revisor que o provia integralmente e fica com o acórdão.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto n° 16.275)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VANDERCI ÁLVARES (Presidente sem voto), EDGARD ROSA, vencedor, CLAUDIO HAMILTON, vencido e MARCONDES D'ANGELO.

São Paulo, 3 de setembro de 2015.

EDGARD ROSA, Relator Designado

Ementa: Responsabilidade Civil - Atropelamento de pedestre (criança de 5 anos) - O condutor, em trecho de via urbana de cidade litorânea e em dia de festa, descurou do dever de zelar pela incolumidade do pedestre, sobretudo porque teve a oportunidade de visualizar, com antecedência, as crianças na rua - Hipótese em que se impunha reduzir a velocidade ao extremo, ou então parar o veículo - Culpa do motorista que prossegue na marcha do veículo e atropela e mata criança de 5 anos - Concorrência de culpas, no entanto, reconhecida - Artigo 945 do CC - Mitigação do dever de indenização, pela metade - Danos morais configurados - Perda de filho - Indenização arbitrada em 125 salários mínimos, já observada a concorrência causal - Atualização monetária e juros de mora a partir deste arbitramento - Ação julgada parcialmente procedente - Sentença reformada - Recurso provido em parte.

VOTO

Incumbido de redigir o Acórdão, adoto o relatório do eminente

Desembargador **CLÁUDIO HAMILTON**:

"Trata-se de ação de indenização por danos morais em razão de acidente de trânsito ajuizada por CARLOS GIUSEPE DONAIRE e FERNANDA VIEIRA DONAIRE em face de MARCOS ROBERTO TARDIM DE OLIVEIRA, julgada improcedente, nos termos do artigo 269, I, do Código de Processo Civil, sendo extinto o processo com resolução o mérito. Os autores foram condenados ao pagamento de custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios fixados em R$ 678,00 em conformidade com o disposto no artigo 20, § 4°, do Código de Processo Civil."

"Inconformados, apelam os autores pretendendo a reforma do julgado. Para tanto, insistem em imputar culpa exclusiva ao réu, argumentando que o mesmo conduzia seu veículo em velocidade incompatível para o local, atropelando e causando a morte do filho de cinco anos. Alternativamente, buscam o reconhecimento de culpa concorrente pelo evento danoso, aduzindo ser o réu condutor inexperiente, por ter pouco tempo de habilitação, além de cometer inúmeras infrações de trânsito por excesso de velocidade. Alega imprudência e negligência do mesmo para trafegar no período noturno, em rua calçada de areia, deixando de frear totalmente para a travessia de crianças."

"Vieram contrarrazões às fls. 466/480."

É o relatório.

Trata-se de apurar responsabilidade civil decorrente de atropelamento de pedestre em leito de via carroçável localizada em trecho urbano. No dia 27 de dezembro de 2000, o réu Marcos Roberto Tardim de Oliveira, trafegava com o seu veículo marca VW-Gol, placas CRN 9271, pela Avenida Beira Mar, sentido Balneário Araçá - Boqueirão, Ilha Comprida (SP), quando, de frente ao número 9.780, veio a atropelar o filho dos autores, Carlos Henrique Donaire, de apenas cinco anos de idade, ceifando a sua vida. Imputa-se a culpa pelo evento ao condutor do veículo por trafegar sem o cuidado necessário em trecho de intenso movimento de pedestres.

Na origem, a ação foi julgada improcedente.

Na sessão de julgamento do dia 3 de setembro de 2015, por maioria de votos o recurso de apelação interposto foi provido em parte para julgar parcialmente procedente a ação, aplicada a concorrência de culpas.

Tal foi o entendimento majoritário que prevaleceu e fica adotado, com a ressalva de que o Revisor sorteado, ora designado para elaborar este acórdão, votou pelo reconhecimento de culpa exclusiva do condutor do veículo, mas nisso ficou vencido.

Antes de ingressar na análise do caso propriamente dito, é de todo conveniente deixar assentado que a lei confere a obrigação a todo condutor de responder pela incolumidade do pedestre, **de modo a valorizar a vida humana**

Acesso ao Sumário

e a integridade física.

Leciona, a respeito, o Des. **Arnaldo Rizzardo**, em seus "Comentários ao Código de Trânsito Brasileiro", Ed. RT, 6ª ed, p. 133:

> "***O princípio maior é o de respeito à vida humana e à integridade física***. *Sendo o pedestre, sempre, a parte mais frágil no sistema viário, outra não poderia ser a disposição impondo a sua segurança. Quando o pedestre se defronta com o motorista, a presunção de culpa recai sempre no segundo, por conduzir objeto perigoso, o qual se impõe que seja operado com o máximo de cautela e prudência. Ademais, é dever de todo condutor de veículo guardar atenção nos movimentos do pedestre que está a atravessar a via pública, ou segue à frente, pelo seu lado - facilitando-lhe a passagem e observando a possível e repentina distração dele. O princípio ético-jurídico neminem laedere exige de todo motorista a obrigação de dirigir com os cuidados indispensáveis à segurança do trânsito, em velocidade compatível com o local e de forma a manter o completo domínio sobre a máquina perigos que impulsiona, em plena via pública ou em estradas comuns.*"

O Des. **Rui Stoco** em sua consagrada obra "Tratado de Responsabilidade Civil", Doutrina e Jurisprudência, 7ª edição, RT, pág. 1.435, escreve especificamente sobre o atropelamento de criança:

> "*Fato comum e, lamentavelmente, de insistente repetição é o atropelamento de crianças. É corriqueira a presença de crianças brincando nas calçadas ou no leito carroçável das vias públicas. Como as reações das crianças são imprevisíveis, o motorista, ao avistar crianças brincando, mesmo que seja na calçada, tem o dever de adotar cuidados especiais, reduzindo a velocidade e, mesmo, parando seu veículo, pois não será suficiente o acionamento dos sinais de advertência sonoros ou luminosos (buzina e faróis), ou, ainda, desviar o veículo para o outro lado da pista. Segundo orientação pacífica e entendimento corrente, avistando crianças atravessando a via pública, paradas ou indecisas no leito carroçável, incumbe ao motorista parar o seu veículo e não limitar-se a desviá-lo, na confiança de que poderá, sem risco, passar ao largo delas. Do que se conclui que a imprevisibilidade da reação das crianças nasce para o motorista a previsibilidade de possível acidente, justamente em razão dessa circunstância, impondo-se-lhe especial diligência e redobrada atenção,* ***o que sugere a presunção da sua culpa.***" (Destaques meus).

As regras de trânsito, mais benéficas aos pedestres, **têm o escopo único de preservar a vida e a integridade física dos pedestres**, de modo que o condutor deve, sempre, ter redobrada atenção, mormente nas vias urbanas, onde se presume a presença e passagem de pedestres, quiçá, de vias localizadas em cidades litorâneas, em período de férias, onde há inúmeras pessoas, inclusive crianças.

Acesso ao Sumário

Por isso, é presumida a culpa do condutor que atropela pedestre em via pública de trecho urbano. Esta presunção não é absoluta e pode ceder caso se produza prova robusta em sentido contrário.

Assenta-se que a jurisprudência, em situações de travessia de logradouro em que a criança é divisada em situação hesitante, displicente, titubeante, é rica ao transferir, para quem está na condução da máquina, a responsabilidade de preservar a vida.

Citam-se os seguintes julgados, todos compilados da obra citada, 'Tratado de Responsabilidade Civil', **RUI STOCO**, RT, 7ª edição, págs. 1.435/1.436:

"Age imprudentemente o motorista que, percebendo a presença de crianças a brincar sobre o leito carroçável da via pública, deixa de reduzir a velocidade do automotor e se limita a acionar a buzina do veículo" (TACRIM - SP - AC - Rel. Camargo Sampaio, JUTACRIM 44/417).

"Age culposamente e responde pelas consequências o motorista que, avistando crianças brincando na via pública, limita-se a acionar a buzina do veículo e a fazer sinal de luz, ao invés de diminuir sensivelmente a marcha do automotor" (TACRIM - SP - AC - Rel. Francis Davis - JUTACRIM 47/332).

"O motorista que, vendo criança parada e indecisa no meio do leito da via pública, em situação hesitante, deve parar o veículo e não limitar-se a desviá-lo, confiando podendo passar sem risco, ao lado do pequeno pedestre. Tal manobra talvez se possa admitir tratando-se de transeunte adulto, pessoa de maior experiência e mais acostumada às perícias do trânsito, mas jamais em se cuidando de menor, porque é perfeitamente previsível a possibilidade de vir a criança, afoita ou assustada, continuar a travessia, cortando a frente do automotor" (TACRIM - SP - AC - Rel. Camargo Sampaio - JUTACRIM 34/209).

"Criança geralmente toma atitudes imprevisíveis. Motorista que vê criança indecisa em travessia de via pública, obrigatoriamente deverá estacar e não tão-só frear parcialmente e procurar desviar-se" (TACRIM - SP - AC - Rel. Castro Duarte - JUTACRIM 55/374).

"Acidente de trânsito. Responsabilidade civil. Atropelamento e morte de criança que, inesperadamente vai para o leito da rua - 'Na esfera cível, a culpa, por mais leve que seja, deve ser considerada. É certo que o menor foi, inesperadamente para o leito da rua, contribuindo para o acidente. Mas, de outro, estando o local com trânsito e com aglomerado humano, o motorista não poderia desenvolver a velocidade que imprimia ao veículo, pois o Código Nacional de Trânsito (revogado pela Lei 9.503/97) estabelece como deve de todo condutor de veículo transitar em marcha lenta ao passar por escolas, hospitais ou onde exista aglomerado humano'" (1º TACSP - 10ª ESP - Rel. Antonio de Pádua Ferraz Nogueira, j. 7.1.94 - RT 704/129).

"Delitos do automóvel. Motorista que não diminui a velocidade ao avistar a vítima - 'Age com culpa aquele que, ao dirigir veículo em pista de terra e avistando criança prestes a atravessá-la, não diminui a velocidade, pois as reações das crianças são imprevisíveis'" (TACRIM - SP - AC 311.241 - Rel.

Acesso ao Sumário

Nogueira Camargo).

A situação dos autos retrata situação bastante parecida e símile, pois, o próprio réu/apelado e condutor do veículo, ao prestar declarações sobre como ocorreu o acidente, revelou (fls. 24):

"Que o declarante no último dia 27 de dezembro do ano de 2000, estava na residência de veraneio de sua família, situada no Balneário Ponta da Praia, neste Município de Ilha Comprida/SP. Que por volta das 22:30 horas o declarante pegou o seu veículo VW Gol, placas CRN 9271, e em companhia de seu primo LUIZ GUSTAVO TARDIM E OLIVEIRA, resolveram ir para o Boqueirão, que seguiam pela Avenida Beira Mar, a caminho do centro (Boqueirão), quando nas proximidades do Balneário Porto Velho, **o declarante avistou um grupo de jovens incluindo uma criança, que brincavam no meio da avenida**, o declarante **diminuiu a velocidade**, e percebeu que um dos jovens atravessou a avenida ficando a sua esquerda, enquanto o outro jovem com a criança ficou a sua direita, próximo ao meio fio, **que o declarante continuou o seu trajeto vindo mais para o meio da avenida**, que quando se aproximava do grupo, **inesperadamente a criança saiu de perto do rapaz e veio para o meio da avenida**, mais precisamente para a linha de trânsito do declarante, **como é piso de areia, o declarante freou o seu veículo, porém não conseguiu pará-lo a tempo**, vindo a atropelar a criança, após o acidente o declarante desceu do carro, e juntamente com a avô da criança prestaram os primeiros socorros, e em seguida, com o carro do declarante encaminharam ao Pronto Socorro Municipal; Que na data do fato, o declarante não havia ingerido qualquer bebida alcoólica; Que estava em velocidade compatível com o local, pois é conhecedor das vias do Município; Que nunca teve qualquer tipo de envolvimento com a Justiça; Esclarece o declarante a todo instante prestou apoio aos familiares da criança, tendo em vista que após o acidente este veio a falecer."

Estando o réu/apelante conduzindo seu veículo por trecho de logradouro público com piso areia, em cidade turística, em época de festas (litoral norte de São Paulo, tendo o acidente ocorrido no dia 27 de dezembro de 2000), e tendo visualizado à sua frente um grupo de jovens brincando, entre eles uma criança de 5 anos, impunha-se a adoção de medidas eficientes de prudência, com a redução da velocidade ou mesmo a imobilização do veículo. Como isso não foi feito pelo réu, ocorreu o atropelamento e a morte da vítima.

A simples redução da velocidade não era suficiente, como de fato se verificou. A vítima, Carlos Henrique, provavelmente em razão da travessia do primeiro jovem, instintivamente seguiu atrás, sequer percebendo a proximidade do veículo dirigido pelo réu/apelante e o perigo iminente.

Mas da reação da criança outra coisa não se espera, senão a imprevisibilidade da sua conduta; do motorista, no entanto, a conduta que se espera, na condução de veículo, é diversa, de segurança, atenção e cuidado redobrado, sobretudo quando o grupo de jovens, brincando, é visualizado

Acesso ao Sumário

com antecedência, considerada a descrição do fato com riqueza de detalhes do próprio condutor.

Consoante afirmado acima e reforçado pela doutrina e jurisprudência, em situações análogas, não é bastante a redução da velocidade do veículo. Do motorista habilitado, o que se espera, diante de tal cenário, é cautela ao extremo, já que as crianças possuem reações inesperadas.

Tivesse o réu/apelante, diante daquela primeira travessia de um jovem, estancado a velocidade do veículo, parado e permitido a travessia dos demais, ou o retorno do primeiro, o acidente não teria acontecido e a tragédia não teria se consumado, com a morte de uma criança.

O resultado do laudo de reconstituição (cópia fls. 137/140) confirma a imprudência do réu em prosseguir na marcha do veículo, em terreno de areia, depois da visualização de um grupo de jovens à frente, entre eles, uma criança de 5 anos.

O histórico de infrações praticadas pelo réu ao volante (fls. 351) é bastante elucidativo de como ele se conduz na direção de veículo automotor, sem cumprir a legislação: direção com fones de ouvido e ao telefone celular, direção com apenas uma das mãos, excesso de velocidade, trânsito em local e horário não permitido e estacionamento em desacordo com a sinalização.

Por isso, a culpa do condutor está bem provada nos autos e, para o Relator designado, que assina esta acórdão, ele deveria ser condenado a reparar os danos integralmente; todavia, como já relatado, prevaleceu o entendimento de que a vítima, Carlos Henrique Donaire, contava apenas cinco (5) anos de idade, e deveria estar acompanhada de um adulto responsável. Na companhia de outras crianças, era bastante provável, dada a tenra idade, que burlasse a confiança de quem estava tomando conta para ganhar a rua.

Trata-se de aspecto relevante, tanto que na origem a ação foi julgada improcedente, por entender o Juiz que não houve culpa do condutor do automóvel.

Deve, assim, segundo o entendimento majoritário que prevaleceu, ser reconhecida a **concorrência de culpas**, ante as peculiaridades do caso em exame, com a redução, pela metade, do valor indenizatório.

Não há necessidade de prova quanto aos danos morais, pois no caso em análise nada precisa ser dito em relação à dor e desespero dos pais diante da perda de um filho com apenas 5 anos de idade, atropelado por veículo na via pública.

Quanto ao valor, *no consenso da doutrina e jurisprudência, o arbitramento do valor do dano à integridade física e psíquica da pessoa é relegado ao prudente arbítrio do juiz, resolvendo, portanto, em um juízo valorativo de fatos e circunstâncias; a fixação do "quantum" busca atender às peculiaridades do caso*

Acesso ao Sumário

concreto. A experiência, contudo, aponta para certos fatos e circunstâncias que devem informar o convencimento judicial.[1]

Levando em conta esses fatores, arbitra-se a indenização dos danos morais em 250 salários mínimos para os pais. Ante o reconhecimento de culpa concorrente, a indenização fica dividida por metade e arbitrada em 125 salários mínimos (R$ 98.500,00), incidindo correção monetária e juros de mora a partir deste julgamento, segundo o critério da Turma julgadora.

Ante o exposto, **dá-se provimento parcial ao recurso** para acolher em parte a pretensão e condenar o réu a pagar aos autores indenização dos danos morais no valor de **R$ 98.500,00**, contando-se juros e correção monetária a partir deste arbitramento, arcando, ademais, com as custas e honorários advocatícios de 10% do valor da condenação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0053125-20.2013.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante EDEM ELIAS DOS REIS, são apelados ECONOMUS INSTITUTO DE SEGURIDADE SOCIAL e BANCO DO BRASIL S/A.

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 da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 18737)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente sem voto), FABIO TABOSA e CARLOS HENRIQUE MIGUEL TREVISAN.

São Paulo, 16 de setembro de 2015.

SILVIA ROCHA, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: Previdência Privada - Legitimidade passiva do Banco do Brasil, neste caso, porque patrocinador do sistema de previdência privada discutido nos autos.

- Inexiste cerceamento de defesa, se a prova pericial requerida é desnecessária ao julgamento, podendo eventual saldo ser apurado em liquidação de sentença.

- Reconhecimento do direito do autor ao recebimento

1 YUSSEF SAID CAHALI, "Dano Moral", 2ª. Edição, Editora Revista dos Tribunais, págs. 261/264.

de verbas trabalhistas, pela Justiça do Trabalho, tem reflexo no valor da complementação da aposentadoria. Inexistência de pagamento oportuno de verbas que deveriam integrar a remuneração na vigência do contrato de trabalho determinou o recolhimento do salário-real-de-participação em valor inferior ao efetivamente devido e, consequentemente, a redução do salário-real-de- benefício. Complementação devida, devendo, em contrapartida, ser pago o seu custeio pelo empregador-patrocinador e pelo autor-participante - Recurso provido.

VOTO

Insurge-se o autor, em ação que visa complementação de aposentadoria, contra r. sentença que julgou o pedido improcedente.

O autor sustenta que: a) houve cerceamento de defesa, porque era necessária prova pericial e oral para demonstrar que os apelados sempre levaram em conta a totalidade da sua remuneração, inclusive horas extras e comissões por venda de produtos, para compor a base de cálculo do salário-real-de-benefício e que as partes contrataram dois planos de benefícios, com regulamentos distintos; b) o Banco do Brasil tem legitimidade passiva para responder à ação, porque incorporou o Banco Nossa Caixa, ex-empregador do apelante, que não efetuou de forma correta os recolhimentos de sua cota parte, relativamente ao contrato de previdência complementar; c) resultado favorável ao apelante, em reclamatória trabalhista, com reconhecimento de verbas salariais que foram suprimidas durante o contrato de trabalho, repercutirá no valor do benefício de previdência complementar, conforme previsão do próprio Regulamento do Economus, o que determina a legitimidade de ambos os apelados e responsabilidade solidária; d) é devida a complementação da aposentadoria, porque as horas extras, por terem natureza salarial, integram o cálculo do benefício; e) o fato de o apelante ter saldado o plano (BD) não implica renúncia ao direito de buscar no Judiciário o direito de receber horas extras trabalhadas e não pagas por seu empregador e, consequentemente, de receber o complemento do benefício, com compensação entre a verba a ser deferida e o valor que deveria ter sido pago a título de contribuição, a fim de garantir o equilíbrio financeiro e atuarial do plano de custeio; f) se aplicam, ao caso, as normas consumeristas, de modo que as cláusulas contratuais devem ser interpretadas em benefício do apelante. Pede a reforma da sentença e, alternativamente, a redução do valor arbitrado a título de honorários advocatícios.

Recurso tempestivo e preparado.

Acesso ao Sumário

Houve respostas.

É o relatório.

O autor, na inicial, afirma ter ajuizado ação trabalhista contra o Banco Nossa Caixa (sucedida pelo Banco do Brasil S/A), com pedido de reconhecimento das seguintes verbas: integração da ajuda alimentação; horas extras (sétimas e oitavas); horas extras (excedentes da oitava); diferenças de DSR (sábados, domingos e feriados), face ao cômputo de todas as horas extras, e reflexos e pagamento do intervalo intrajornada não usufruído.

Pede que as verbas e valores reconhecidos naquela reclamação repercutam na complementação de sua aposentadoria, decorrente de plano de benefício definido, porque, como não houve pagamento das verbas salariais no momento oportuno, as contribuições ao instituto de seguridade social Economus foram realizadas em valores inferiores ao correto, motivo pelo qual também pede a complementação devida do pagamento da correspondente parcela de custeio que cabe a cada parte, patrocinador e participante.

A ação foi julgada improcedente em relação à Economus e o processo foi extinto em relação ao Banco do Brasil, depois de ter sido reconhecida a sua ilegitimidade passiva.

O Banco tem, contudo, legitimidade, porque o autor pretende que a ele seja imposto, por ser seu antigo empregador (ou sucessor do) e patrocinador do sistema de previdência privada, a obrigação de custear a complementação da sua aposentadoria, mediante pagamento da diferença entre a contribuição recolhida e aquela efetivamente devida, se as verbas salarias tivessem sido todas pagas durante a vigência do contrato de trabalho.

Não houve alegado cerceamento de defesa, não só porque o autor não se defende, como porque perícia contábil, para apurar eventual crédito do autor, pode ser realizada por ocasião da liquidação da sentença, no caso de procedência do pedido.

Consta dos autos que o autor, em 15.06.2004, formulou pedido de benefício complementar por aposentadoria ao Instituto de Seguridade Social Economus (fl. 107), quando assinou "termo de rescisão do contrato de trabalho" com o Banco Nossa Caixa (fl. 119), tendo sido apurada a renda mensal do autor por meio do "Demonstrativo de Cálculo de Renda Mensal Inicial" (fl.120).

Segundo o Regulamento Geral do Plano de Benefício discutido nos autos, operado pela Economus (fls. 39/47-281/297), o custeio do plano se daria por contribuição dos patrocinadores, dos participantes e de rendas da instituição (artigo 30). A contribuição dos patrocinadores incidiria sobre os salários-reais-de- participação (artigo 33), que, por sua vez, correspondiam à "*totalidade da remuneração mensal percebida pelo participante, de natureza computável para efeito de contribuição ao INSS, limitado a 6 (seis) vezes o teto do salário-real-*

Acesso ao Sumário

de-benefício da Previdência Social, adotando-se, separadamente, o Abono de Natal (13º salário) como base de contribuição específica" (artigo 1º, VI). O salário-real-de-benefício, segundo regulamento, seria calculado pela "*média aritmética dos salários-reais-de-participação dos 12 (doze) últimos meses anteriores ao do afastamento do trabalho*" (artigo 1º, VII).

Há notícia ainda de que, em 12.01.2007, v. acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região - Campinas, deu parcial provimento a recursos interpostos pelo autor e pelo Banco Nossa Caixa, na ação trabalhista mencionada, "*para acrescer à condenação o pagamento de horas extras, conforme horários discriminados na fundamentação, com adicional de 50%, refletindo em DSR, férias e 1/3, 13º salário, FGTS (depósito e multa), excluir, de outro lado, a integração do auxílio-cesta alimentação*" (fl. 184/185-865/868).

Então, considerando o disposto no Regulamento do Plano de Benefício noticiado nos autos e o resultado da demanda trabalhista, é evidente que o não pagamento de verbas que integravam a remuneração do autor na vigência do contrato de trabalho determinou que o salário-real-de-participação fosse inferior ao devido. Isso, sem dúvida, reduziu indevidamente o valor do salário-real-de-benefício que ele recebe.

Sendo assim, as verbas posteriormente reconhecidas pela Justiça do Trabalho devem ser consideradas para recalcular o valor do benefício de previdência privada a que o autor faz jus, a fim de proporcionar a ele o mesmo salário-real-de-benefício a que teria direito se referidas verbas remuneratórias tivessem sido pagas no momento oportuno, pelo banco empregador, patrocinador do sistema previdenciário.

Em relação ao custeio, a complementação deverá ter a respectiva contrapartida, de forma proporcional por cada uma das partes, do empregador-patrocinador e do autor-participante, nos termos definidos pelo Regulamento do Plano, tendo em vista que o salário-real-de-participação também foi calculado de acordo com a remuneração paga, não com aquela supostamente devida.

Nesse sentido, há precedentes desta Corte, como segue:

"*EMENTA:* ***Previdência privada. Pedido de pagamento de diferenças de complementação de aposentadoria. Ação julgada improcedente. Legitimidade passiva do Banco do Brasil. Reconhecimento. Banco patrocinador responsável pelas contribuições para o plano de previdência privada. Prescrição. Não ocorrência. Complementação de aposentadoria. Possibilidade. Concessão de horas extraordinárias e reflexos em demanda trabalhista transitada em julgado. Deliberação jurisdicional que reflete na base de cálculo do benefício em questão. Precedentes desta Corte de Justiça. Inversão do julgado. Recurso do autor provido e improvido aquele do corréu****. Na hipótese específica, é bem verdade que a relação jurídica em*

Acesso ao Sumário

questão é estabelecida entre o autor e a entidade que paga os proventos da aposentadoria, mas a pretendida complementação, decorrente de reconhecimento jurisdicional do direito aos valores a título de horas extraordinárias, atinge inclusive o banco patrocinador na medida em que é ele responsável pelas contribuições para o plano de previdência privada (art. 202, § 2º, da CF). Assim, não há que se falar em ilegitimidade passiva do Banco do Brasil. Também não vinga assertiva de prescrição, uma vez que no caso visa o autor obter complementação de sua aposentadoria em razão de direito postulado em demanda trabalhista transitada em julgado favorável, onde o reclamante pleiteou verbas de natureza salarial (horas extraordinárias e reflexos), pouco importando a data da cessação do contrato de trabalho. Consoante precedentes jurisprudenciais desta Corte de Justiça, com a decisão da Justiça do Trabalho transitada em julgado, reconhecendo o direito do então empregado aos valores a título de horas extraordinárias e reflexos, cabe a revisão do salário real de participação e, portanto, da base de cálculo da aposentadoria do autor." (Apelação nº 0049848- 93.2013.8.26.0100, 32ª Câmara de Direito Privado, rel. KIOITSI CHICUTA, j. 30.04.2015)

"*Apelação. Previdência privada. Ilegitimidade passiva do Banco do Brasil não configurada. Réu que integra a relação jurídica de direito material alegada na inicial, na condição de patrocinador do sistema de previdência privada discutido nos autos. Prescrição não configurada. Direito do autor ao recebimento dos reflexos de verbas reconhecidas pela Justiça do Trabalho no valor da complementação da aposentadoria. Não pagamento oportuno de verbas que integram a remuneração do autor na vigência do contrato de trabalho que implicou o recolhimento do salário-real-de-participação em valor inferior ao efetivamente devido e, consequentemente, implicou também a redução do salário- real-de-benefício. Complementação que deverá ter por contrapartida o respectivo custeio proporcional por parte do empregador patrocinador e do autor-participante. Inversão dos ônus da sucumbência. Honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor das prestações vencidas até a data da prolação da sentença. Apelo a que se dá provimento*" (Apelação nº 0027815-12.2013.8.26.0100, 29ª Câmara, rel. PEREIRA CALÇAS, j. 29.04.2015)

Assim, o pedido fica julgado procedente, para condenar os réus ao pagamento das diferenças reclamadas, a serem apuradas em cumprimento de sentença, sobre as quais incidirão correção monetária a partir dos respectivos vencimentos e juros de mora a partir da citação, conforme recálculo do valor do benefício de previdência privada, a que faz jus o participante, com determinação de que a suplementação do benefício seja custeada proporcionalmente pelo autor e pelo empregador, devendo o valor devido pelo autor-participante ser descontado do crédito que terá para receber da Economus.

Acesso ao Sumário

A sucumbência dos réus determina que eles sejam condenados ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, que fixo em 15% sobre o valor das prestações vencidas até a data da prolação da sentença, nos termos do artigo 20, §§ 3º e 4º do Código de Processo Civil e da Súmula 111 do Superior Tribunal de Justiça ([1]).

Diante do exposto e para os fins mencionados, dou provimento ao apelo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1005076-12.2014.8.26.0482, da Comarca de Presidente Prudente, em que é apelante/apelado TELEFÔNICA BRASIL S/A, é apelado/apelante ALMEIDA & RIBAS CONTABILIDADE S/S LTDA.

ACORDAM, em 29ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao apelo do autor e parcial provimento ao da ré. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.217)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), FRANCISCO THOMAZ e SILVIA ROCHA.

São Paulo, 16 de setembro de 2015.

PEREIRA CALÇAS, Relator

Ementa: Apelações. Ação condenatória. Obrigação de fazer e indenização por dano moral. Prestação de serviço de telefonia e internet para empresa. Não incidência do CDC. Teoria Finalista. Falha do serviço configurada. Dano moral à pessoa jurídica. Possibilidade. Caracterização. Corte indevido do serviço no período de entrega das declarações de Imposto de Renda que causou presumível embaraço à atividade do escritório de contabilidade. Indenização arbitrada em R$ 15.000,00. Critérios de proporcionalidade, razoabilidade, prudência e equidade. Ônus da sucumbência impostos à ré. Honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação. Litigância de má-fé da ré configurada. Indenização, todavia, reduzida para 10% do valor

1 **Súmula nº 111 do STJ**: "Os honorários advocatícios, nas ações previdenciárias, não incidem sobre as prestações vencidas após a sentença".

Acesso ao Sumário

atualizado da causa. Apelo do autor provido, e apelo da ré provido em parte.

VOTO

Vistos.

1. Trata-se de ação com pedido condenatório, versando sobre obrigação de fazer (religação de linha telefônica e serviço de internet) e indenização por dano moral, que **ALMEIDA & RIBAS CONTABILIDADE S/S LTDA.** move contra **TELEFÔNICA BRASIL S/A**, julgada parcialmente procedente pela sentença de fls. 272/276, da lavra do Juiz Carlos Eduardo Lombardi Castilho, cujo relatório é adotado, para "*condenar a parte requerida a entregar os aparelhos de Tablet tratados nos autos e oferta do serviço TI, com cobrança, porém, pelo uso, permanecendo os aparelhos em comodato, porque não há que se falar em uso de serviço sem pagamento de preço*". A ré foi condenada, ainda, como litigante de má-fé, a indenizar a autora em quantia equivalente a 20% do valor da causa atualizado.

Apela a **ré** às fls. 279/286. Tece considerações sobre o serviço "Soluciona TI". Segundo afirma, entregou os *tablets* em comodato, mas a prestação do serviço necessária à sua utilização dependeria da contraprestação. Pretende o afastamento ou, ao menos, a redução da exorbitante indenização arbitrada. Impugna, ainda, a condenação por litigância de má-fé, pois não configurado descumprimento de seus deveres processuais. Prequestiona os artigos 5º, V e X da Constituição Federal; 42 do Código de Defesa do Consumidor; e 186, 402, 944 e seguintes do Código Civil. Pugna pelo provimento.

Também apela o **autor** às fls. 289/297. Insiste na pretensão ao recebimento de indenização por dano moral. Considera presumíveis os prejuízos advindos da suspensão imotivada dos serviços telefônicos, especialmente por ter ocorrido durante o período de apuração e entrega de declarações de Imposto de Renda, atividade primordial a empresas de seu ramo de atividade. Sustenta ser objetiva a responsabilidade da ré, nos termos do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor. Invoca a Súmula nº 227 do Superior Tribunal de Justiça, além de precedentes. Pugna pelo provimento do apelo para que a ré seja condenada ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 15.000,00, bem como dos ônus da sucumbência, com arbitramento de honorários em favor de seu patrono.

Os recursos foram recebidos, processados e respondidos (fls. 301/303 e 304/309); anotado o preparo (fls. 287/288 e 298).

Relatados.

2. Em razão da coincidência de matérias, os apelos serão analisados conjuntamente.

Acesso ao Sumário

Inaplicável o Código de Defesa do Consumidor ao caso concreto. De início, cumpre ressaltar que a teoria finalista é prevalente na doutrina e na jurisprudência pátria. Portanto, em se tratando de contratação de serviço de telefonia móvel corporativo, vinculado à atividade empresarial da tomadora, não há, em princípio, porque se falar em significativa desigualdade entre as partes ou em relação de consumo.

O Superior Tribunal de Justiça já consagrou a adoção da teoria finalista para aplicação do Código de Defesa do Consumidor. São em casos como este, diante de relação nitidamente comercial, onde há razoável equilíbrio entre as partes, que a teoria maximalista demonstra sua fragilidade prática, sendo socialmente contraproducente e teleologicamente equivocado conferir a proteção consumerista à empresa tomadora de serviços empregados em sua atividade principal.

Por tais motivos, afasta-se a aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao litígio "sub judice", que, por isso, deve ser regido pelo Código Civil.

Incontroversa a contratação pelo autor, em novembro de 2013, do plano "Soluciona TI" oferecido pela ré. Todavia, segundo alega o autor, a ré não entregou os aparelhos *tablets* a que se comprometeu, mas cobrou pelo serviço não prestado. Houve inúmeros contatos telefônicos tentando solucionar a questão. O problema culminou com o corte do serviço da linha telefônica do autor em 23.4.2014.

Não se pode exigir do autor a prova da não entrega dos *tablets* pela ré. Se é correto afirmar que o ônus da prova incumbe ao autor quanto ao fato constitutivo do seu direito, não menos correto é a assertiva de que à ré cabe a prova "***quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor***", nos termos do artigo 333, II, do estatuto processual civil.

Anotam NELSON NERY JR. e ROSA MARIA ANDRADE NERY que: "***Segundo a regra estatuída por Paulo, compilada por Justiniano, a prova incumbe a quem afirma e não a quem nega a existência de um fato (Dig. XXII, 3,2). O autor precisa demonstrar em juízo a existência do ato ou fato por ele descrito na inicial como ensejador de seu direito***" (Código de Processo Civil Comentado, Ed. RT, 6ª edição, p. 696).

Impõe-se, portanto, a conclusão de que cabe à concessionária, que afirmou ter entregue os aparelhos em comodato, o ônus de provar tal fato. Não foi, no entanto, o que ocorreu. Não há sequer início de prova a respeito. Ademais, intimada para apresentar nos autos as gravações das chamadas cujos protocolos foram mencionados pelo autor (fl. 265), a ré permaneceu inerte (fl. 268).

Diante desse quadro, está configurada a evidente falha na prestação do serviço de telefonia, razão pela qual está correta a condenação da ré à obrigação de fazer consistente na entrega dos *tablets* e na oferta do serviço "Soluciona TI".

Acesso ao Sumário

Quanto ao mais, a teor da Súmula 227 do Superior Tribunal de Justiça, inquestionável a possibilidade de também a pessoa jurídica sofrer dano moral, bastando, para tanto, que se comprove violação que possa repercutir na reputação da empresa, advindo daí reflexos patrimoniais ou sociais negativos.

No caso dos autos, não bastassem os evidentes transtornos decorrentes da falha do serviço e das inúmeras tentativas de solucionar o problema junto à ré, o autor, escritório de contabilidade, teve o serviço de sua linha telefônica indevidamente cortado entre 23.4.2014 e 8.5.2014, período que inclui o final do prazo para a entrega de declarações do Imposto de Renda. Ora, é presumível que tal fato ensejou grandes dificuldades à atividade do autor.

Cabível, portanto, a condenação da ré ao pagamento de indenização por dano moral.

Quanto ao valor da indenização, não se pode olvidar que a indenização por danos morais, consagrada por nossa Constituição Federal (artigo 5º, inciso X), não pode se constituir em meio de enriquecimento sem causa, já que objetiva, pura e simplesmente, compensar a vítima da dor moral pelo dano sofrido.

Incide na espécie entendimento constante do julgamento do egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, a seguir ementado, no que concerne ao arbitramento do valor da indenização pelo dano moral.

"***Indenização. Dano moral. Arbitramento. Critério. Juízo prudencial. A indenização por dano moral é arbitrável, mediante estimativa prudencial que leve em conta a necessidade de, com a quantia, satisfazer a dor da vítima e dissuadir, de igual e novo atentado, o autor da ofensa.***" (RJTJESP-Lex, 156/95).

Do aludido aresto consta a seguinte lição doutrinária: "***tem outro sentido, como anota WINDSHEID, acatando opinião de WACHTER: compensar a sensação de dor da vítima com uma sensação agradável em contrário (nota 31 ao par. 45 das 'Pandette', trad. Fadda e Bensa). Assim, tal paga em dinheiro deve representar para a vítima uma satisfação, igualmente moral ou, que seja, psicológica, capaz de neutralizar ou 'anestesiar' em alguma parte o sofrimento impingido... A eficácia da contrapartida pecuniária está na aptidão para proporcionar tal satisfação em justa medida, de modo que tampouco signifique um enriquecimento sem causa da vítima, mas está também em produzir no causador do mal, impacto bastante para dissuadi-lo de igual e novo atentado. Trata- se, então, de uma estimação prudencial.***" (Apelação nº 113.191-1, Rel. Des. Walter Moraes) (RJTJESP-Lex, 156/97).

Também deve ser considerado, no arbitramento da indenização postulada pelo autor, o disposto no artigo 944 do Código Civil.

À luz dessas premissas, e diante dos alegados problemas enfrentados para o contato com os clientes e a entrega das declarações e das inúmeras tentativas

Acesso ao Sumário

frustradas de resolver o problema, os R$ 15.000,00 sugeridos na inicial são adequados, pois mostram-se suficientes para reparar o abalo na reputação e os percalços suportados pelo autor e, principalmente, para demover a ré de reincidir na conduta praticada.

A quantia será atualizada desde a data deste julgamento (STJ, súmula nº 362) pelos índices da Tabela Prática do TJSP. Incidirão juros de mora à taxa de 1% ao mês, nos termos do artigo 406 do Código Civil de 2002, c.c. o artigo 161, § 1º, do CTN, desde a citação (CPC, art. 219).

Tal resultado implica a sucumbência integral da ré, que deverá arcar com as custas e despesas processuais e a verba honorária devida ao patrono do autor, que, considerando a relativa simplicidade da causa, arbitro em 10% sobre o valor da condenação (CPC, art. 20, § 3º).

Por fim, a sanção por litigância de má-fé foi corretamente imposta. Como bem observou o sentenciante, a ré, na contestação, não impugnou especificamente os fatos alegados na inicial. Apresentou a defesa apenas com o fim de buscar o prolongamento da lide. O mesmo quanto ao recurso, que praticamente repete os termos da contestação e não ataca especificamente as razões de decidir. Não há dúvida de que sua conduta se subsume às hipóteses descritas no art. 17, IV, V e VII do Código de Processo Civil. A indenização, porém, será reduzida para 10% sobre o valor atualizado da causa (CPC, art. 18, § 2º).

Destarte, será dado provimento ao apelo do autor e parcial provimento ao da ré, com o fim de: (i) condenar a ré ao pagamento de indenização por dano moral ao autor fixada em R$ 15.000,00, atualizados desde esta data e acrescidos de juros de mora desde a citação, bem como dos ônus da sucumbência, fixada a verba honorária em 10% sobre o valor da condenação; (ii) reduzir a indenização por litigância de má-fé, devida pela ré, para 10% sobre o valor atualizado da causa.

3. Isto posto, pelo meu voto, dou provimento ao apelo do autor e parcial provimento ao da ré.

Embargos de Declaração

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 2225483-29.2014.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é

Acesso ao Sumário

embargante BANCO FIBRA S/A, é embargado JOSÉ AMÉRICO FAGUNDES MACHADO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Acolheram os embargos com efeito modificativo e determinação. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 12.503)**

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

São Paulo, 10 de agosto de 2015.

SANDRA GALHARDO ESTEVES, Relatora.

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO NO ACORDÃO. DOCUMENTOS OBRIGATÓRIOS JUNTADOS. EFEITOS MODIFICATIVOS. PROCESSAMENTO. CONVERSÃO EM DILIGÊNCIA. Inobstante a desorganizada instrução do agravo, que contribuiu para a inicial inadmissão do mesmo, certamente a parte não poderia ser prejudicada pelo equívoco em que incorreu a Turma Julgadora julgador. No que diz respeito às peças obrigatórias, de fato, o agravo de instrumento está formalmente em ordem e será processado. Em contrapartida, consideradas as peças facultativas, infelizmente persiste a deficiente instrução do agravo de instrumento e, tendo em vista o posicionamento atual do STJ adotado no REsp nº 1.102.467-RJ, concede-se oportunidade para regularização do feito. Embargos acolhidos com efeito modificativo e determinação.

VOTO

Vistos,

1. São embargos de declaração opostos ao v. Acórdão (fls. 169/171) que não conheceu do agravo de instrumento em razão da intempestividade recursal e ausência de comprovação de poderes de representação do patrono.

Com fundamento em obscuridade e omissão contida no acórdão, sustenta o embargante que: a) por ele, não foi descumprido o artigo 525 do Código de Processo Civil; b) o nome do patrono consta na procuração, diferenciando-se,

contudo, dos demais por não estar em negrito; c) o recurso é tempestivo; d) em que pese estar fora de ordem e em local separado da decisão hostilizada, o prazo do presente agravo deve ser computado da publicação da decisão que apreciou os embargos de declaração; e) há erro de fato porque os documentos instruíram o agravo, de modo este merece conhecimento, determinando-se a expedição de ofício à SUSEP.

É o relatório do essencial.

2. Decide-se.

2.1. De fato, assiste razão ao embargante.

A despeito da desorganizada instrução do agravo e da inserção do nome do patrono sem atender ao padrão estabelecido na sua própria procuração, situações que contribuíram para a inadmissão do agravo, certamente a parte não poderia ser prejudicada pelo equívoco em que incorreu esta Turma Julgadora.

Ocorre que, ainda que tentado o julgamento do mérito nessa oportunidade, será necessária a conversão deste em diligência.

2.2. Nota-se que o agravante recorre da decisão com o seguinte teor:

''Trata-se de execução de título extrajudicial em que, após citação do executado, houve penhora de quatro imóveis (fls. 159/160, matrículas 48.117, 48.118, 104.263 e 104.521). Ante a desistência do exequente, houve levantamento da penhora em relação aos imóveis das matrículas 48.117, 48.118, subsistindo a penhora dos demais bens. Ante fls. 234/234, oficie-se à 4ª Vara de Família e Sucessões de Porto Alegure, RS, para que informe se os imóveis das matrículas 104.263 e 104.521 foram integralmente atribuídos à cônjuge do executado, KÁTIA KLAR RENNER, na ação de divórcio nº 1105951-94.2006.8.21.001 (fls. 234 e 242). ***Indefiro fls. 236, item 6, por se tratar de valor impenhorável****. No mais, não há provas de que os bens já penhorados não sejam suficientes para satisfação do débito, não sendo o caso, por ora, de reforço de penhora. Intime-se''* (g.n.) - fls. 162/163.

Pois bem.

Consideradas as razões recursais e os demais documentos apresentados, estes relacionados com a questão de penhora de investimentos em planos de previdência privada, pressupõe-se que o agravante ataca parte da decisão que faz remição ao item 6 da petição acostada a fls. 236, cuja cópia não foi juntada ao agravo.

Nesse ponto, relevante transcrever o atual posicionamento do Superior Tribunal de Justiça adotado no Resp. n.º 1.102.467-RJ:

"REPETITIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DE PEÇAS FACULTATIVAS. A Corte, ao rever seu posicionamento - sob o regime do art. 543-C do CPC e Res. n. 8/2008-STJ -, firmou o entendimento de que a ausência de peças facultativas no ato de interposição do agravo de

Acesso ao Sumário

instrumento, ou seja, aquelas consideradas necessárias à compreensão da controvérsia (art. 525, II, do CPC), não enseja a inadmissão liminar do recurso. Segundo se afirmou, deve ser oportunizada ao agravante a complementação do instrumento". (Resp 1.102.467-RJ/STJ - Rel. Min. Massami Uyeda - julgado em 2/5/2012).

No que diz respeito às peças obrigatórias, portanto, é possível considerar que agravo de instrumento está formalmente em ordem. Em contrapartida, consideradas as peças facultativas, infelizmente, persiste a deficiente instrução do agravo de instrumento, já que os elementos apresentados pelo agravante não garantem segurança ao julgamento feito pelo Tribunal.

2.3. Em síntese, os embargos ficam acolhidos para que seja processado o recurso, sem efeito suspensivo do processo principal porque a falta de documentos relevantes ao deslinde do feito não conferem plausibilidade ao direito invocado pelo agravante.

E mais.

2.4. Converte-se o julgamento em diligência, concedendo-se ao recorrente o prazo de 5 (cinco) dias para que junte, de modo organizado, as cópias **legíveis** de todas as peças e atos processuais relacionados à matéria.

3. Em face do exposto, ficam acolhidos os embargos de declaração com efeitos modificativos para determinar o processamento do agravo de instrumento, sem efeito suspensivo, com determinação.

Comunique-se o douto magistrado "a quo" com cópia do acórdão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 2057498- 98.2015.8.26.0000/50000, da Comarca de Presidente Prudente, em que é embargante BANCO DO BRASIL S/A, são embargados MARINA FUMIE SUGAHARA, NILSON RIGA VITALE e VITAPELLI LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Privado 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 27.469)**

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

São Paulo, 10 de agosto de 2015.

CERQUEIRA LEITE, Relator

Ementa: Embargos de declaração - Alegação de obscuridade, omissão e desconsideração à lei processual - Arbitramento provisório de honorários advocatícios ao ser recebida a petição inicial da ação de execução de título extrajudicial - Percentual de 20% reduzido a 5% da dívida atualizada - Resultado aritmético de mais de R$ 300.000,00 de honorários - Acórdão claro e completo ao motivar que tudo é conjetural na fase inicial do processo, na qual predomina a apreciação equitativa - Despudor do embargante - Embargos de declaração rejeitados.

VOTO

Inconformado com o acórdão que deu provimento ao recurso de agravo de instrumento interposto pelos executados, contra r. decisão de arbitramento de honorários advocatícios ao ser recepcionada a petição inicial de ação de execução de título extrajudicial, mitigando a remuneração de 20% a 5% da dívida atualizada, o exequente opõe embargos de declaração sob o fundamento de obscuridade e desconsideração ao disposto no art. 20, § 3º, do CPC, inclusive omissão a respeito de argumentos contidos na contraminuta ao agravo. Entende que, a prevalecer o acórdão, "*ocorrerá uma verdadeira inversão de valores, bem como estará se premiando o devedor inadimplente em detrimento do credor, uma vez que o percentual de 5% fixado no acórdão embargado esvazia o sentido da previsão contida no art. 652-A do CPC e retira a efetividade do processo de execução*" ("***sic***"). Pretende integração, com efeito modificativo no percentual dos honorários arbitrados, também a fim de prequestionar matéria da alçada de Tribunal Superior.

É o relatório.

O escopo infringente dos embargos de declaração, sem o intuito de melhorar o "***decisum***", é notório.

Está-se diante de ação de execução em que o crédito excutido - e nisso o acórdão embargado é explícito - soma R$ 6.051.342,38.

Ao recepcionar a petição inicial o juízo de primeiro grau arbitrou honorários advocatícios no patamar máximo de 20%, daí resultando remuneração altíssima de R$ 1.210.268,46.

Causa espécie que o exequente, em face do acórdão que prudentemente reduziu o percentual a razoáveis 5%, ou o equivalente a R$ 302.567,11, advogue obscuridade, omissão, desconsideração à lei, e que tais. Chega a ser despudorado, até mesmo afrontoso à dignidade que merecem todos os pronunciamentos do Poder Judiciário, salvo aqueles teratológicos.

Acesso ao Sumário

Não é necessário integrar nada ao acórdão e fazê-lo amoldar à vontade potestativa do exequente que quer porque quer vergar o arbitramento prudencial do Estado-Juiz.

Pinçar no corpo da fundamentação um argumento isolado, não é próprio do demandante que dá indispensável seriedade aos atos processuais que pratica.

Lido o acórdão como um discurso uno, vem ao caso transcrever o parágrafo no qual ponderou-se que: "*Tudo é conjetural nessa fase inaugural da ação de execução, em que os honorários advocatícios são arbitrados por apreciação equitativa e têm caráter provisório"* (v. fls. 199 ou pág. 3 do acórdão).

Em boa técnica processual, a regra que se aplica ao caso concreto é a do art. 20, § 4º, do CPC, segunda parte, tal seja: "*nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas 'a', 'b' e 'c' do parágrafo anterior*".

Enquanto o atual estatuto não for revogado, o critério está ao arbítrio prudencial do juiz, por equidade, e, no ponto, R$ 300.000,00 de honorários advocatícios provisórios estão longe de serem entendidos como prêmio aos executados que vão pagá-los.

Diante do exposto, rejeitam-se os embargos de declaração.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 2121652-62.2014.8.26.0000/50001, da Comarca de Presidente Prudente, em que é embargante RODOCASTRO TRANSPORTES LTDA. (MASSA FALIDA), são embargados MARIA ARACI PALAVERI DO VALLE, JOSÉ REIS RODRIGUES DO VALLE, EDSON RODRIGUES DO VALLE e LUCIANA RODRIGUES DO VALLE SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial 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 18709)**

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

São Paulo, 21 de setembro de 2015.

TASSO DUARTE DE MELO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Omissão. Inocorrência. Efeito infringente. Alegação

de "certificação ideologicamente falsa". Inovação em sede de embargos. Embargos rejeitados.

VOTO

Trata-se de embargos de declaração opostos por Rodocastro Transportes Ltda. (Massa Falida) (fls. 722/727) contra o v. acórdão (fls. 10/13) que, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração anteriormente opostos pela ora Embargante.

Sustenta que o v. acórdão seria omisso, pois, "sem fazer qualquer referência aos documentos juntados que demonstram que a 'certidão' de fls. 35/38 em que se fundamenta a R. decisão contêm certificação ideologicamente falsa, concluiu inexistir qualquer omissão, contradição ou obscuridade no V. acórdão de fls. 113/117 do agravo". Pugna pelo acolhimento dos embargos para "suprir a omissão apontada, apreciando o mérito da defesa consistente na arguição de iliquidez do crédito dos Embargados/Agravados".

É o relatório.

Os embargos de declaração devem ser rejeitados. Trata-se de embargos de declaração opostos contra v. acórdão assim ementado:

> "EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Omissão. Inocorrência. Mero inconformismo com o v. acórdão que negou provimento ao agravo de instrumento interposto pela Embargante. Caráter meramente infringente. *Embargos rejeitados*."

Não há que se falar em omissão no v. acórdão, pois toda a matéria deduzida no recurso, e pertinente ao deslinde da questão submetida a este E. Tribunal de Justiça, foi decidida de forma clara e objetiva.

A Embargante, na verdade, não concorda com o resultado do julgamento e tenta impor o seu entendimento ao caso.

A alegação de que se trata de "certificação ideologicamente falsa" não foi arguida nas razões do agravo de instrumento, mas apenas e tão somente em sede de embargos de declaração, tratando-se, assim, de inovação recursal.

Por ser assim, não configurada qualquer omissão no v. acórdão, é o caso de rejeição dos embargos de declaração, sem o condão de prequestionar a matéria.

Diante do exposto, rejeitam-se os embargos de declaração.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 2130824-28.2014.8.26.0000/50000, da Comarca de Limeira, em que é

Acesso ao Sumário

embargante TECNOS INDÚSTRIA COMÉCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA.(MASSA FALIDA), é embargado GERDAU AÇOS LONGOS S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial 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 23338 ed)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FRANCISCO LOUREIRO (Presidente) e FORTES BARBOSA.

São Paulo, 24 de setembro de 2015.

TEIXEIRA LEITE, Relator

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Pedido de falência julgado extinto. Ausência de condenação do vencido ao pagamento das verbas de sucumbência. Omissão existente. Condenação que se impõe. Honorários arbitrados com base nos critérios do art. 20 §§ 3º e 4º CPC. Embargos conhecidos e acolhidos.

VOTO

TECNOS INDÚSTRIA, COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA. opõe embargos declaratórios contra o acórdão que deu provimento ao agravo de instrumento por ela interposto contra GERDAU AÇOS LONGOS S/A, para extinguir o pedido de falência, com fundamento no art. 267, IV, do CPC.

Aponta a embargante omissão do julgado, que não condenou a embargada, autora do pedido de falência, ao pagamento das verbas de sucumbência (art. 20, § 4º, CPC).

É o relatório.

Conhecidos estes embargos declaratórios, uma vez presentes os requisitos de admissibilidade, merecem ser acolhidos para o fim de sanar a apontada omissão, que, de fato, se verifica.

Em razão da sucumbência havida pela extinção do pedido de falência, sem resolução de mérito, deverá arcar a embargada, autora, com o pagamento das custas e despesas do processo, mais honorários advocatícios ora fixados em R$ 7.000,00 (sete mil reais), por equidade, à míngua de valor condenatório, com base nos critérios previstos no art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC.

As custas e despesas processuais deverão ser corrigidas monetariamente desde os respectivos desembolsos; os honorários serão corrigidos monetariamente pela Tabela Prática do TJSP e acrescidos de juros legais desde a publicação deste acórdão até a data do efetivo pagamento.

Acesso ao Sumário

No mais, o acórdão examinou os pontos jurídicos relevantes e explorou aqueles necessários a fundamentar sua conclusão, daí atendendo ao requisito da motivação lógica e dispensando outras emendas.

Ante o exposto, voto pelo ***acolhimento dos embargos***.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 1001135-51.2013.8.26.0462/50001, da Comarca de Poá, em que é embargante BANCO GMAC S/A, é embargado CARLOS ALBERTO IZAIAS DE ARAUJO (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Acolheram os embargos, com efeito modificativo. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto n° 14.820)**

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

São Paulo, 14 de setembro de 2015.

COELHO MENDES, Relator

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. ACOLHIMENTO PARA SANAR ERRO MATERIAL. INCIDÊNCIA DE JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. EMBARGOS ACOLHIDOS, COM EFEITO MODIFICATIVO DO JULGADO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de embargos de declaração tirados contra embargos de declaração opostos anteriormente, às fls. 06/08, que, por votação unânime, os rejeitou.

O réu-embargante insiste na omissão do julgado, atentando ao fato de que a sentença apelada nada mencionou acerca do índice de correção monetária a incidir sobre esta.

É o relatório.

Os embargos opostos merecem acolhimento.

De fato, a questão da correção monetária e juros não foram expressamente

abordados na sentença apelada, tampouco no v. acórdão e nos primeiros embargos opostos.

Como bem ressaltado pelo banco embargante, a sentença de fls. 65/68 condenou-o a devolver, em dobro, o valor relativo a "Outras Despesas" (fl. 23, item 7.), sem estipular, todavia, o termo inicial dos juros moratórios e da correção monetária. Em acórdão de apelação (fls. 147/155), a repetição dobrada foi afastada e, no tocante aos juros e correção, determinou-se a aplicação do mesmo critério adotado em sentença, que havia sido omissa nesse ponto.

Nesse contexto, acolhem-se os segundos embargos, com efeito modificativo para que, relativamente ao valor a ser repetido (R$ 1.430,00), incida a correção monetária desde o desembolso, e juros de mora da citação.

Com o acolhimento dos embargos, com aclaramento da decisão embargada, há modificação dos seus efeitos.

Pelo exposto, **ACOLHO** os Embargos de Declaração, com efeitos modificativos, para o fim especificado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 2121003-63.2015.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante BANCO RABOBANK INTERNATIONAL BRASIL S/A, são embargados CARLOS ALBERTO LONGO, EDUARDO LONGO e GEORGE LONGO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15177)**

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

São Paulo, 24 de setembro de 2015.

LUÍS FERNANDO LODI, Relator

Acesso ao Sumário

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - Agravo de instrumento - Oposição contra decisão que deferiu efeito suspensivo a seu recurso, quando havia pedido expresso para concessão de efeito ativo - Omissão configurada. Embargos acolhidos para este fim.

VOTO

1. Embargos de Declaração opostos por Banco Rabobank International Brasil S.A., alegando omissão na decisão proferida por este Relator que atribuiu tão somente efeito suspensivo ao agravo de instrumento por ele interposto.

Sustenta o embargante que não obstante tenha sido concedido efeito suspensivo a seu recurso, requereu expressamente a concessão de efeito ativo, determinando-se a intimação do senhor perito judicial para que se manifeste sobre o parecer técnico divergente apresentado pelo Assistente Técnico do recorrente, postulando, assim, seja sanada a mácula apontada.

2. Os presentes embargos de declaração merecem ser acolhidos.

Com efeito, o embargante interpôs agravo de instrumento visando a modificação da r. decisão de Primeira Instância que intimou o perito judicial para que se manifestasse sobre as razões por ele ofertadas, deixando de intimá-lo para que também se manifeste sobre o parecer divergente do assistente técnico contratado, postulando, assim, a concessão de efeito ativo ao recurso.

Contudo, por meio da decisão de fls. 212, foi deferido apenas o efeito suspensivo ao agravo.

Deste modo, a decisão deve ser modificada para que passe a constar:

"As razões recursais não se prestam a evidenciar manifesta ilegalidade na decisão hostilizada que justifique a concessão do efeito ativo ao recurso que implica na antecipação da decisão final do agravo, razão pela qual indefiro-o.".

Pelo meu voto, então, **ACOLHO** os presentes embargos de declaração, para que a decisão que atribuiu efeito suspensivo ao recurso passe a constar da forma acima delineada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 0213713-69.2011.8.26.0100/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante LEOPARD EVEN EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA., são embargados VANESSA LUIZ SIMIONI e FELIPE DE SA ALMEIDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara Extraordinária de Direito Privado 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 12394)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GRAVA BRAZIL (Presidente) e LUIZ AMBRA.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 27 de agosto de 2015.
MILTON CARVALHO, Relator

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Oposição com nítido caráter infringente. Omissões não constatadas. Via inadequada para manifestação de inconformismo quanto aos fundamentos da decisão. Inteligência do art. 535 do Código de Processo Civil. Natureza integrativo-recuperadora não demonstrada. Embargos rejeitados.

VOTO

Pretende a embargante seja declarado o venerando acórdão de fls. 476/488, alegando que contém omissão, pois, conforme demonstrado, o atraso na entrega da unidade decorreu de força maior, o que exclui a sua responsabilidade, bem como que não há prova de que os embargados suportaram lucros cessantes. Requer, para fins de prequestionamento, expresso pronunciamento acerca dos artigos 186, 393 e 402 do Código Civil (fls. 491/494).

É o essencial a ser relatado.

O recurso não comporta provimento.

Ao contrário do quanto sustentado pela embargante, não se vislumbram no venerando acórdão omissões que justifiquem a oposição dos presentes embargos. Todas as questões relevantes para o julgamento do recurso foram minuciosamente apreciadas, de forma clara e coerente, e esta não é a via adequada para manifestar inconformismo quanto aos fundamentos da decisão.

Com efeito, ficou expressamente consignado no acórdão que:

Acerca do atraso, a apelante se limitou a alegar que a demora se deu em virtude de força maior e que, por isso, fica afastada sua responsabilidade pela indenização de quaisquer danos sofridos pelos adquirentes, que não se configurou a sua mora, visto que suspenso o decurso do prazo de tolerância de 180 dias, bem como que agiu de boa-fé ao noticiar aos consumidores sobre a alteração no cronograma das obras.

Insubsistentes tais alegações, na medida em que a responsabilidade pelos danos materiais oriundos das dificuldades ligadas ao mercado imobiliário não pode ser transferida aos consumidores. ***A contratação de mão de obra e a ocorrência de chuvas intensas, bem como a obtenção de licenças e autorizações da Administração Pública são riscos inerentes à atividade empresarial habitualmente desenvolvida pela apelante e à própria obrigação assumida perante os apelados, de modo que ficam***

Acesso ao Sumário

afastadas a imprevisibilidade e a irresistibilidade que caracterizariam as cláusulas excludentes de responsabilidade. *Aliás, como bem observou o Magistrado a quo, é por isso mesmo que o contrato já possui a cláusula de tolerância de 180 dias (fls. 363).*

O fortuito interno, por fazer parte da atividade desenvolvida pelo fornecedor, não exclui a responsabilidade pelos danos dele decorrentes.

(...)

E conforme entendimento jurisprudencial consolidado no Superior Tribunal de Justiça, ***verificada a mora na entrega do imóvel, é devida a indenização por danos materiais, porquanto presumidos os prejuízos dos promitentes compradores****. Nesse sentido:*

"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 1.202.506/RJ, 3ª Turma, Rel. Sidnei Beneti, j. 07/02/2012).*

CIVIL. CONTRATO. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. RESOLUÇÃO POR CULPA DA CONSTRUTORA. ARTIGO 924, DO CÓDIGO CIVIL/1916. INAPLICABILIDADE. APLICAÇÃO DO ART. 1.092, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL/1916. RESTITUIÇÃO DA INTEGRALIDADE DAS PARCELAS PAGAS E DOS 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 nº 644.984/RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, 16/08/2005) (fls. 481/483)."* (realces não originais).

Os embargos têm, na verdade, nítido caráter infringente, pois visam modificar, na essência, o que foi decidido, finalidade essa a que não se presta o recurso interposto.

Nesse sentido tem se firmado a jurisprudência:

São incabíveis os embargos declaratórios, quando inexistentes os vícios que caracterizam os pressupostos legais de admissibilidade,

Acesso ao Sumário

venha esse recurso, com desvio de sua função jurídico-processual, a ser utilizado com a indevida finalidade de instaurar nova discussão sobre a controvérsia jurídica já apreciada pelo Tribunal (**STF, EDAg. REg. no RE nº 156.576-9/RJ, Min. Celso de Mello**).

E ainda,

Os embargos de declaração não devem revestir-se de caráter infringente. A maior elasticidade que se lhes reconhece, excepcionalmente, em casos de erro material evidente ou de manifesta nulidade do acórdão (RTJ 89/548, 94/1167, 103/1210, 114/351), não justifica, sob pena de grave disfunção jurídico-processual dessa modalidade de recurso, a sua inadequada utilização com o propósito de questionar a correção do julgado e obter, em conseqüência, a desconstituição do ato decisório (**RTJ 154/233, 155/964, 158/264, 158/689, 158/993, 159/638**) (***in*** **Theotonio Negrão e José Roberto F. Gouvêa, Saraiva, 36ª ed., p. 629**).

Quanto ao prequestionamento dos dispositivos normativos apontados, os embargos não se prestam a tal finalidade, especialmente quando não conjugados com a efetiva omissão, contradição ou obscuridade do acórdão embargado, como ocorre no presente caso, consoante entendimento jurisprudencial (**STJ, AI n. 335.580/MG - AgRg, rel. Min. Gomes de Barros, j. 24.9.2002**).

Vale destacar também que, *Nos termos da jurisprudência reiterada desta Corte Superior, o prequestionamento não exige a expressa menção dos dispositivos tidos por violados, bastando que a matéria por eles versada tenha sido discutida pelo Tribunal de origem* (**STJ, REsp 1.215.574/ES, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 10/12/2013**).

Assim, não havendo no venerando acórdão qualquer ponto a ser declarado, impõe-se o desacolhimento dos embargos.

Daí sua ***rejeição***.

Acesso ao Sumário

Embargos Infringentes

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes nº 0152956-46.2010.8.26.0100/50003, da Comarca de São Paulo, em que é embargante CASA DO CONSTRUTOR CAMPOS DOS GOYTACAZES COMÉRCIO DE MÁQUINAS E ALUGUEL DE EQUIPAMENTOS LTDA. - ME, é embargado GUIA EXPRESS COMERCIAL LTDA. M.E.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Acolheram os embargos infringentes. Por maioria de votos, contra os votos do 3º e 4º juízes.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 976)**

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

São Paulo, 22 de setembro de 2015.

JOSÉ WAGNER DE OLIVEIRA MELATTO PEIXOTO, Relator

Ementa: EMBARGOS INFRINGENTES - Contrato de prestação de serviços de publicidade - Divergência a propósito da existência ou não de vínculo contratual entre as partes - Relação contratual negada - Negativa de subscrição de contrato por preposto nele figurante, que se desconhece quem seja - Forma impessoal da contratação que exigia cautelas de confirmação por parte da embargada - Embargante que toma providências imediatas notificando da discordância, e inclusive noticiando os fatos à autoridade policial e ao Ministério Público - A prova produzida nos autos favorece a tese da embargante acerca da não contratação dos serviços da embargada - Era ônus da embargada a produção de provas no sentido de infirmar as alegações da embargante, consoante os termos do artigo 333, II, do Código de Processo Civil, do que não se desincumbiu - Contratação que não subsiste - Embargos acolhidos - Apelação desprovida - Sentença restabelecida nos termos do v. minoritário.

VOTO

Trata-se de embargos infringentes opostos por Casa do Construtor Campos de Goytacazes Comércio de Máquinas e Aluguel de Equipamentos Ltda. ME em face do v. acórdão de fls. 226/234, que, por maioria, deu provimento ao recurso de Guia Express Comercial Ltda. ME, e reformando a r. sentença julgou improcedente ação declaratória de inexistência de relação jurídica cumulada com reparação de danos ajuizada em face desta.

Pretende a embargante a reforma do julgado, de modo a prevalecer o voto minoritário, de lavra do eminente Desembargador **ACHILE ALESINA**,

Acesso ao Sumário

que negava provimento ao recurso e preservava o desfecho oferecido pela r. sentença.

O recurso foi devidamente processado, e não respondido.

É o relatório.

No acolhimento do recurso e julgamento de improcedência da ação a d. maioria assentou, em síntese, que "*a conclusão que se chega é que as circunstâncias que cercavam a situação de fato eram suficientes para levar a apelante a tomar como válido o negócio celebrado. Ao contrário do insinuado pela apelada, nada leva a crer que a apelante, de má-fé, tenha aproveitado de oportunidade para criar situação jurídica que lhe seria favorável. De outra banda, se o negócio não tivesse mesmo ocorrido, a propaganda da apelada não teria sido inserida na mídia digital, como foi (cf. fls. 145/146). Por conta disso, não se patenteou qualquer causa que levasse à nulidade do negócio celebrado entre as partes. O não pagamento da obrigação, em verdade, implica enriquecimento sem causa, uma vez que a apelada receberia propaganda gratuita. Assim anotado, o dano moral não se patenteou. Em tais circunstâncias, a apelante podia negativar o nome da apelada, uma vez que a dívida oriunda do contrato era existente*".

Ficou vencido o eminente Desembargador **ACHILE ALESINA** que mantinha a sentença apelada ao entendimento de que "*o documento que embasa o pedido articulado pela apelante não contém a anuência do representante legal munido de documentos específicos para a celebração do contrato. Saliente-se ainda que não há maiores dados da pessoa representante da empresa apelada. Há apenas menção do nome e suposto cargo*".

Respeitado o entendimento expresso nos votos majoritários, comungo da fundamentação e julgamento esposados no voto minoritário.

É que na hipótese dos autos não se sustenta o contrato pela cópia apresentada a despeito de constar carimbo da empresa embargante/apelada (fls. 143), pois não há prova de regular contratação dos serviços por parte desta, já que o suposto funcionário que autorizou a contratação dos serviços de propaganda em mídia externa, de nome Adalberto Lopes, é pessoa desconhecida e não era sequer funcionário dela, ausentes elementos contrários.

Acesso ao Sumário

E de pronto a embargante manifestou sérias discordâncias, e iniciou tomada de providências, inclusive policiais.

De fato, o contrato teria sido pactuado em 19.02.2010 (fls. 143); em 31.03.2010 a embargante já notificou a embargada esclarecendo que "*em momento algum contratou o serviço de publicidade com a empresa*" (fls. 47); e, inclusive noticiou os fatos à autoridade policial, sendo lavrado boletim de ocorrência em que nega a negociação com a empresa embargada/apelante (fls. 52/54).

Seguindo com providências a embargante/apelada em 16.04.2010 enviou outra notificação à embargada/apelante esclarecendo que o nome mencionado no contrato "*Adalberto Lopes, não se refere a nenhum proprietário, sócio, procurador, funcionário, empregado ou preposto da Notificada, sendo então pessoa que NÃO possui e jamais possuiu poderes para assinar qualquer espécie de documento em nome da NOTIFICANTE, e muito menos de contratar algo em seu nome, já que com ela não mantém qualquer vínculo*", informando ainda que, além do boletim de ocorrência lavrado denunciando a situação ocorrida, "*efetivou uma representação junto ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro para tomada das devidas providências*" (fls. 55/56).

Cuidando, portanto, de negócio jurídico firmado de maneira impessoal, sem a presença dos contratantes, exigido era da embargada/apelante cautelas em confirmar não só a autenticidade do documento que lhe teria sido transmitido, como também se quem o firmou detinha efetivamente poderes de representação da pessoa jurídica, não bastando mera aparência.

Diante do quadro telado, é verossímil o quanto alegado pela embargante, ou seja, que Adalberto Lopes não era seu funcionário e tinha, por consequência, poderes para contratar em seu nome.

Chama atenção os documentos juntados aos autos pela embargante a demonstrar prática do chamado "golpe da lista telefônica" (fls. 70/73 e 93/105) que, ao que tudo indica, foi também vítima.

Era de ônus da embargada a produção de provas no sentido de infirmar as alegações da embargante negando contratação, consoante os termos do artigo 333, II, do Código de Processo Civil, do que não se mostrou diligente e nem se desincumbiu.

Em suma: inexiste prova efetiva de que a embargante/apelada tenha qualquer vínculo contratual com a embargada/apelante, já que não há nenhuma prova de que Adalberto Lopes fosse pessoa regularmente constituída para a contratação de serviços.

E não ampara o proceder da embargada/apelante, não constituindo cláusula de exclusão de responsabilidade e obrigação de indenizar, tenha veiculado a publicidade objetada no contrato, já que não cuidou de bem contratar, arredando em decorrência figura de enriquecimento sem causa da embargante/apelada.

Nessa quadra, respeitando embora o entendimento esposado pela maioria, pelo meu voto, provejo este recurso e desprovejo o apelo interposto pela embargada/apelante, restabelecida em decorrência a sentença que julgou procedente a ação aforada pela embargante/apelada.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes nº 0003626-53.2009.8.26.0441/50000, da Comarca de Peruíbe, em que é embargante AYMORÉ CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO S/A, é embargado MARIA APARECIDA BERBEL CUSTÓDIO.

ACORDAM, em 37ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram dos embargos infringentes, vencido o 5º Desembargador. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto n.º 6112)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEDRO KODAMA (Presidente), FERNANDO SASTRE REDONDO, JOÃO PAZINE NETO, SERGIO GOMES E JOSÉ TARCISO BERALDO.

São Paulo, 4 de agosto de 2015

PEDRO KODAMA, Relator

Ementa: Embargos infringentes. Ação revisional de contrato bancário de financiamento de veículo. Acórdão prolatado em juízo de retratação para reexame de recurso especial mantendo, por maioria de votos, a decisão anterior. Descabimento dos embargos infringentes. Não conhecimento.

VOTO

Trata-se de embargos infringentes opostos contra o v. acórdão de fls. 241/244, cujo relatório adoto em complemento, que, em ação revisional de contrato bancário de financiamento de veículo, por maioria de votos, manteve o v. acórdão anteriormente prolatado, que deu provimento à apelação da autora, nos termos do artigo 543-C, § 7º, II, do Código de Processo Civil.

Inconformado, interpõe o réu os embargos infringentes pretendendo a prevalência do voto vencido, vez que se encontra em total harmonia com a jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça no tocante à limitação dos juros à taxa média de mercado. Ressalta que a atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende que quando a taxa de juros não for estipulada expressamente ou, ainda, na ausência do contrato bancário, deve-se limitar à taxa média de mercado para a espécie do contrato, divulgada pelo Banco Central do Brasil. Requer o provimento dos embargos infringentes (fls. 251/254).

Não foram apresentadas contrarrazões (fls. 256).

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Versa o feito sobre ação revisional de contrato bancário, proposta por Maria Aparecida Berbel Custodio contra Aymoré Financiamentos ABN - Amro S/A.

A Meritíssima Juíza *a quo* julgou improcedente o pedido, nos seguintes termos (fls. 113/116):

> *"Ante o exposto, sendo exatamente este o cenário dos autos, resolvo o mérito na forma dos artigos 269, I e 285-A do Código de Processo Civil para JULGAR IMPROCEDENTE o pedido. Pela sucumbência, condeno a parte autora ao pagamento de custas e despesas judiciais, além de arcar com os honorários advocatícios que arbitro em R$ 800,00, por equidade, com fundamento no artigo 20, §4º do CPC. Realizada a prova pericial, defiro o levantamento dos honorários eventualmente depositados pelo expert, ante o princípio da causalidade."*

No primeiro julgamento da apelação realizado por esta C. Câmara, em 28.01.2014, foi dado provimento ao recurso interposto pela autora, sendo relator o desembargador DIMAS CARNEIRO, por votação unânime, com a seguinte ementa (fls. 181):

> *"AÇÃO REVISIONAL - FINANCIAMENTO VEICULAR - CONTRATO NÃO APRESENTADO - CONTRATAÇÃO DE JUROS SUPERIORES À TAXA LEGAL, CAPITALIZAÇÃO E TARIFAS BANCÁRIAS NÃO COMPROVADA - LIMITAÇÃO AO PISO ESTABELECIDO EM LEI - APELO PROVIDO".*

Constou da parte final do v. acórdão o seguinte: *"Em face do exposto, voto pelo provimento do recurso do autor, julgando-se a ação procedente para limitar o percentual dos juros remuneratórios e moratórios, ao mínimo legal e afastar a capitalização, inclusive anual, bem como as tarifas bancárias, invertendo-se a condenação sucumbencial"* (fls. 183).

O banco/réu interpôs recurso especial (fls. 186/193) e o recurso de apelação voltou a esta C. Câmara para nova análise da questão envolvendo a taxa de juros remuneratórios quando ausente sua fixação no contrato, considerando o julgamento dos recursos especiais 1112879/PR e 1112880/PR, submetidos ao procedimento do art. 543-C, do CPC (fls. 232/233).

Em novo julgamento realizado por esta C. Câmara, agora em 28.10.2014, o v. acórdão que deu provimento ao recurso de apelação da autora foi mantido por maioria de votos (fls. 241/244), sob o fundamento de ser incabível, no caso concreto, a alteração do posicionamento anteriormente adotado, já que não vieram aos autos cópias do instrumento contratual, razão pela qual a Turma Julgadora houve por bem limitar os juros remuneratórios a 1% ao mês. Participaram desse julgamento os desembargadores SERGIO GOMES (relator designado para o acórdão), JOSÉ TARCISO BERALDO (com voto vencedor) e JOÃO PAZINE NETO (relator sorteado com voto parcialmente vencido). O v. acórdão tem a seguinte ementa:

Acesso ao Sumário

"APELAÇÃO - BANCÁRIO - FINANCIAMENTO DE VEÍCULO - INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL - Devolução à Turma Julgadora para readequação ou manutenção da decisão (CPC, art. 543-C, § 7º, II) - V. acórdão desta e. Câmara que deu provimento parcial ao apelo para limitar o percentual dos juros remuneratórios e moratórios ao mínimo legal e afastar a capitalização, inclusive anual, bem como as tarifas bancárias, invertendo-se a condenação sucumbencial.

JUROS - BANCÁRIO - Situação que não se amolda ao quanto decidido por ocasião do julgamento - Recurso Especial 1.112.879/PR - O entendimento do c. Superior Tribunal de Justiça diz com situações nas quais há contrato nos autos porém nele não se encontra expressamente pactuada a taxa de juros remuneratórios. Aqui, porém, a situação é distinta, pois o contrato sequer foi apresentado. Assim, porque não apresentado o contrato, era mesmo de rigor a limitação dos juros remuneratórios a 1% ao mês - Vencido, o relator sorteado declarará. MANUTENÇÃO DO ACÓRDÃO QUE DEU PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO" (fls. 241).

De outra feita, constou da parte final do voto parcialmente vencido o seguinte:

"Nestes termos, pelo meu voto entendi devesse ser ajustado o anterior decidido para que os juros praticados sejam observados segundo a média do mercado nas operações da espécie, divulgada pelo Bacen, salvo se a taxa cobrada for mais vantajosa para o cliente, mantidas as demais disposições do v. acórdão de fls. 181/183, inclusive no tocante à sucumbência" (fls. 248).

Não são cabíveis os embargos infringentes.

Dispõe o artigo 530, do Código de Processo Civil, que:

"Cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado em grau de apelação a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência".

Por ocasião do julgamento da apelação, a decisão foi tomada por votação unânime, como acima mencionado.

Diante da interposição de recurso especial pela instituição ré e para os fins previstos no art. 543-C, § 7º, do Código de Processo Civil, o processo retornou a esta C. Câmara para novo exame da apelação.

O reexame da apelação pela Câmara destina-se a análise das condições de admissibilidade do recurso especial, conforme reza o § 8º, do dispositivo legal acima citado:

"Na hipótese prevista no inciso II do § 7º deste artigo, mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial".

Acesso ao Sumário

O recurso especial foi interposto pela instituição ré (fls. 186/193) e o exame de sua admissibilidade continua pendente de apreciação.

Em juízo de retratação, a C. Câmara manteve a decisão anterior.

A decisão embargada não foi prolatada em apelação e nem em ação rescisória, mas sim, em juízo de reexame.

Aplica-se, por simetria, a Súmula nº 390, do Superior Tribunal de Justiça: *"Nas decisões por maioria, em reexame necessário, não se admitem embargos infringentes".*

A hipótese em tela não é nenhuma daquelas previstas no art. 530, do Código de Processo Civil, para o cabimento dos embargos infringentes.

Descabidos, pois, os embargos.

Ante o exposto, pelo meu voto, não conheço dos embargos infringentes. Oportunamente, tornem os autos a E. Presidência da Seção de Direito Privado.

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2127821-31.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante ASSOCIAÇÃO DE ASSISTÊNCIA AOS ENCARCERADOS E EGRESSOS, é agravado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.540)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CARLOS MALHEIROS (Presidente) e CAMARGO PEREIRA.

São Paulo, 11 de agosto de 2015.

AMORIM CANTUÁRIA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CONDENATÓRIA – PRETENSÃO À DEVOLUÇÃO DE VERBA PÚBLICA – PEDIDO DE GRATUIDADE DE JUSTIÇA FORMULADO PELA RÉ, QUE É ENTIDADE FILANTRÓPICA – REQUISITOS – ATENDIMENTO ÀS CONDIÇÕES EXIGIDAS PELA LEI 1.060/50 – APRESENTAÇÃO DE DECLARAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA DE RECURSOS PARA CUSTEAR AS DESPESAS DO PROCESSO, SOB AS PENAS DA LEI.

A extensão dos benefícios da justiça gratuita também alcança, em princípio, as pessoas jurídicas pias, filantrópicas, consideradas por lei como socialmente relevantes, porém, desde que formulado o pedido nos termos dos requisitos exigidos pela Lei 1.060/50: a comprovação de que se trata de uma associação civil sem fins lucrativos, representada por quem detenha poderes para declarar, sob as penas da lei, estar impossibilitada de custear os encargos processuais sem prejudicar a própria manutenção, acompanhada

Acesso ao Sumário

de prova hábil para demonstrar a veracidade do conteúdo da declaração.
RECURSO PROVIDO.

VOTO

Agravo de Instrumento tirado pela **ASSOCIAÇÃO DE ASSISTÊNCIA AOS ENCARCERADOS E EGRESSOS AAEE** dos autos da ação ordinária que lhe promove a **FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, pleiteando a devolução de R$ 2.428.432,64, para impugnar a r. decisão de fls. 10 deste instrumento (fls. 3491 dos autos principais) que lhe indeferiu os benefícios da justiça gratuita. Invocou a Súmula 481 do E. STJ, afirmando que na qualidade de instituição sem fins lucrativos faz jus à benesse, especialmente porque alegou não ter receitas desde o ano de 2006, em virtude da extinção do convênio.

Recurso processado somente no efeito devolutivo (fls. 108/109).

Contraminuta (fls.114/117).

É o relatório do essencial.

O núcleo do inconformismo da recorrente está centrado na alegação de que por ser uma entidade filantrópica atende os requisitos exigidos pela Lei nº 1.060, de 1950, faz jus aos benefícios da justiça gratuita.

Data venia, não é bem assim. Apenas essa condição, segundo penso, não basta à concessão dos benefícios da justiça gratuita.

O primeiro aspecto que não me passou despercebido neste pedido de concessão dos benefícios da justiça gratuita, diz respeito à natureza jurídica de quem formula a pretensão: trata-se de um ente moral.

E, em relação àqueles, com a devida vênia de vv. precedentes em mão oposta, sequer admitindo a possibilidade das pessoas jurídicas fazerem jus ao benefício, considero possível também as pessoas jurídicas desfrutarem dos benefícios da assistência judiciária; pondero contudo, que diversamente do que ocorre com as pessoas naturais, nesse caso não basta à parte declarar a insuficiência de recursos, devendo o ente moral comprovar o fato de se encontrar em situação inviabilizadora da assunção dos ônus decorrentes do ingresso em juízo (STF – Pleno, Recl. 1.905-SP – Edcl-AgRg. – Rel. Min. Marco Aurélio, j. 15.08.02, DJU 20.09.02, p. 88).

Sucede, porém, preservado o convencimento do d. juiz *a quo*, que a aqui recorrente após fazer juntar declaração firmada por seu representante legal declarando estar impossibilitada de arcar com os custos da demanda (fls.125), trouxe, ainda, relatórios da Receita Federal (documentos de fls. 130 e seguintes), demonstrando o seu estado de penúria e dificuldades financeiras. Em suma, atendeu aos dois requisitos necessários à concessão do benefício.

Acesso ao Sumário

Demais disso, anoto ser a recorrente uma associação civil sem fins lucrativos destacando-se entre outras finalidades, expressas no artigo 2º. de seus estatutos (fls. 127 e seguintes), proporcionar o desenvolvimento social e humano dos indivíduos presos e inclusos no centro de ressocialização de Presidente Prudente.

Nesse sentido é o entendimento majoritário desta C. Câmara:

*Ementa: Agravo de Instrumento - Ação de indenização - impugnação ao valor da causa - O valor da causa nas indenizações por danos morais depende do arbitramento do Juiz - Pedido de justiça gratuita - **Entidade Filantrópica - Documentos comprobatórios - Concessão de rigor.** Agravo provido. 0201753-62.2010.8.26.0000 Erro Médico Relator(a): Marrey Uint Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Público Data do julgamento: 13/07/2010 Data de registro: 20/07/2010 Outros números: 990.10.201753-2*

*ASSISTÊNCIA JUDICIARIA GRATUITA - Indeferimento - **Reforma da decisão monocrática que se impõe - Obtenção dos benefícios da justiça gratuita, mediante simples afirmação de pobreza, que goza de presunção de veracidade - Situação de necessidade** - Ademais, cabe a quem alega provar as condições financeiras da outra parte, arcar com custas processuais e honorários advocatícios - Inteligência do art. 4°, parágrafo 1º, da Lei 1060/50 - Recurso provido. 0081203-19.2002.8.26.0000 Agravo de Instrumento / TAXA SINDICAL Relator(a): Antonio Carlos Malheiros Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Público Data de registro: 04/07/2005 Outros números: 308.098-5/0-00, 994.02.081203-0*

Por isso, conjugando as atividades da agravante com os documentos encartados nos autos concluo estar a demandante habilitada a fazer jus aos benefícios da justiça gratuita, na exata dicção do preceito acolhido pelo artigo 6º da Lei 1.060/50.

Nesse sentido, também, são os seguintes julgados, o primeiro deles do E. STJ:

*"EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. PESSOA JURÍDICA SEM FINS LUCRATIVOS. CONDIÇÃO DE POBREZA. ÔNUS DA PROVA. **1. O benefício da assistência judiciária foi instituído, originariamente, com fins de assegurar às pessoas naturais o efetivo cumprimento do desiderato constitucional do amplo acesso ao Poder Judiciário, já cogente ao tempo de sua edição (cf. artigo 141, parágrafo 4º, da Constituição Federal de 1946), bastando, à sua concessão, a simples afirmação de se tratar de pessoa necessitada, porque presumida, juris tantum, a condição de pobreza, nos termos do artigo 4º da Lei nº 1.060/50.***

Acesso ao Sumário

2. Mais tarde, doutrina e jurisprudência ampliaram significativamente tal benefício no sentido de alcançar não somente as pessoas naturais, mas também, com base na mesma norma, as pessoas jurídicas sem fins lucrativos e beneficentes, mantendo a presunção juris tantum sobre a impossibilidade de arcar com as despesas do processo sem prejuízo de sua manutenção.

3. Por fim, restou assegurada a concessão da assistência judiciária às pessoas jurídicas em geral, incluindo aqueloutras com fins lucrativos, cabendo-lhes, contudo, a comprovação da condição de miserabilidade, porque não há falar, aí, em presunção de pobreza, nos termos jurídicos.

4. As entidades sem fins lucrativos e beneficentes - tal como nos autos, em que se cuida de fundação mantenedora de hospital - fazem jus à concessão do benefício da justiça gratuita, sendo despicienda prévia comprovação da necessidade, porque gozam de presunção juris tantum de tal condição.

5. Precedente da Corte Especial (EREsp nº 388.045/RS, Relator Ministro Gilson Dipp, in DJ 22/9/2003).

6. Embargos de divergência acolhidos.

(EREsp 1055037/MG, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, CORTE ESPECIAL, julgado em 15/04/2009, DJe 14/09/2009)

Agravo de Instrumento. Locação. Pretensão de gratuidade da justiça postulada por entidade filantrópica. Possibilidade. As benesses da assistência judiciária são concedidas às pessoas jurídicas que ostentam condições especialíssimas, a exemplo das sociedades beneficentes ou assemelhadas, que não têm fins lucrativos. Agravo provido.

(AI. 711.012-00/3 – 10ª. Câm. – Rel. Juíza ROSA MARIA DE ANDRADE NERY – J. 15.8.01)

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA - PESSOA JURÍDICA - DESCABIMENTO.

O benefício da gratuidade não se estende às pessoas jurídicas, ***salvo às entidades pias e beneficentes sem fins lucrativos.***

(AI 505.848 - 11ª Câm. - Rel. Juiz MENDES GOMES - J. 20.10.97)

"ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA - PESSOA JURÍDICA - DESCABIMENTO.

A assistência judiciária objetiva preservar a provisão para as necessidades da pessoa humana, não beneficiando, desse modo, as pessoas jurídicas, como as sociedades por cotas, salvo as entidades pias e beneficentes, sem fins lucrativos.

(AI 522.644 - 3ª Câm. - Rel. Juiz JOÃO SALETTI - J. 5.5.98)

No caso presente, é indisputável a condição da agravante como sociedade sem fins lucrativos de caráter beneficente e filantrópico.

Ante o exposto, com a devida vênia, outra vez mais, para os fundamentos contidos na r. decisão guerreada, meu voto **DÁ PROVIMENTO AO RECURSO.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2121401-10.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, é agravada SHIRLEY DA SILVA SANTOS.

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 5396/15)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores TERESA RAMOS MARQUES (Presidente) e TORRES DE CARVALHO.

São Paulo, 17 de agosto de 2015.

ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, Relator

Ementa: Ação de nulidade de ato administrativo. Ajuizamento por candidata a cargo de professora aprovada em concurso público e declarada inapta em razão de disacusia, visando a anular a decisão administrativa. Sentença de procedência, com concessão de tutela antecipada. Apelação recebida com efeito apenas devolutivo, neste aspecto. Hipótese em que se justifica concessão de efeito suspensivo à apelação da Fazenda Pública Municipal. Agravo de instrumento provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

VISTOS.

Contra decisão que recebeu com efeito somente devolutivo apelação relativa a sentença de procedência de ação de nulidade de ato administrativo de declaração de inaptidão física de candidata aprovada em concurso público para o cargo de professora de ensino fundamental e médio – Educação Física (p. 14/15) opôs a Municipalidade de São Paulo agravo de instrumento alegando que há risco de dano de difícil reparação e que deve ser suspenso o cumprimento da sentença com medida acrescida de tutela antecipada (p. 72/77) porque a medida

terá consequências irreversíveis, com providências administrativas, embora não estejam presentes os requisitos legais de antecipação da tutela. Concedido efeito suspensivo/ativo (p. 97), foi apresentada contraminuta defendendo a decisão recorrida (p. 106/111).

É o relatório.

O pedido inicial é de anulação da decisão administrativa que considerou a autora inapta para o exercício das funções do cargo de professora de educação física em razão da avaliação médica pré-admissional que constatou disacusia ou perda auditiva neurossensorial leve bilateral, entre 02 e 06 Khz e risco de agravamento por exposição contínua a ruído excessivo, acima de 85 dB, conforme Comunicado n. 001/COGEP/2010.

A sentença acolheu o laudo pericial no sentido de que não haveria impedimento para o exercício do cargo, anulou a decisão administrativa de inaptidão e concedeu tal medida como tutela antecipada, do que deve decorrer, logicamente, a nomeação e posse, razão pela qual a apelação, neste aspecto, foi recebida sem efeito suspensivo.

A concessão de efeito suspensivo à apelação, nestas circunstâncias, tem cabimento em caso de flagrante falta de razoabilidade, de teratologia ou de risco de dano irreparável concomitante à possibilidade de final reforma do julgado.

Em princípio, assim, processa-se com efeito apenas devolutivo a apelação, no que se refira a deferimento de tutela antecipada em sentença de procedência de ação, admitida a execução provisória da medida.

Por outro lado, embora no caso concreto o Juízo tenha reconhecido esse direito em favor da autora, é possível a reforma da sentença, de modo que está demonstrada a existência de risco de dano irreparável para a ora agravante em caso de imediato cumprimento da sentença.

A sentença, em princípio, desautoriza afirmar a relevância dos fundamentos da apelação para efeito de suspensão, mas no presente caso o direito afirmado pelo Juízo é controvertido, de modo que se mostra razoável a concessão do efeito suspensivo.

É possível, em princípio, a reforma da sentença, de modo que está demonstrada a existência de risco de dano processual de difícil reparação para a ora agravante em caso de imediato cumprimento, com a inclusão da autora na folha de pagamentos da Municipalidade.

Em caso semelhante, no AI n. 2099327-93.2014.8.26.0000, a 1ª Câmara de Direito Público deste Tribunal de Justiça (rel. Des. Vicente de Abreu Amadei, 12.08.14) decidiu:

"Antecipação dos efeitos de tutela jurisdicional 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. 273 do Código de Processo Civil, pressupõe: **(a)** fundamentação relevante; **(b)** prova inequívoca - preexistente, idônea e portadora de elevado grau de convencimento - da verossimilhança do alegado; **(c)** situação específica de **(c.1)** fundado receio de dano irreparável ou lesão grave de difícil reparação, **(c.2)** de abuso de direito de defesa ou **(c.3)** de pedido incontroverso; **(d)** ausência de perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

No caso, não evidenciada a configuração de tais requisitos.

Conforme consta do parágrafo 2º do art. 7º da Lei nº 12.016/09:

"§ 2º. Não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza" (Grifei).

E determina o parágrafo 5º da mesma norma:

"§ 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 janeiro de 1973 - Código de Processo Civil".***

Em cotejo com isso, também é necessário observar o caso sob a luz das disposições contidas na Lei nº 9.494/97, que, em seu art. 2º-B, determina:

"Art. 2º-B. A sentença que tenha por objeto a liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive de suas autarquias e fundações, somente poderá ser executada após seu trânsito em julgado".

Portanto, em razão das hipóteses elencadas nesses dispositivos legais, dentre as quais se incluem "*liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou extensão de vantagens*", não se admite qualquer forma de provimento antecipatório ou de execução provisória.

Acesso ao Sumário

E, como já anotado pelo E. **Des. De Paula Santos**, "*por óbvio, determinar a posse imediata do candidato, implica, necessariamente, sua inclusão na folha de pagamento, o que, como visto, é vedado pelo ordenamento vigente*" (AI nº 990.10.343461-7, j. 06/10/2010). E o que a agravada pretende é que se autorize, por meio de antecipação dos efeitos da tutela, sua imediata posse. Todavia há óbice legal para essa concessão. Não fosse isso, é certo que existe todo um procedimento previsto para apuração da aptidão de um candidato à função que será por ele exercida, o que não pode ser ignorado nesta fase inicial da ação, com base apenas nos documentos apresentados pela autora, porque, mesmo tratando-se de laudos médicos e atestados oficiais, emanados na Administração Pública,

foram elaborados em outras oportunidades e circunstâncias, em anos anteriores (fls. 126/137). E, nesse momento, não são suficientes para afastar a presunção de legitimidade que recai sobre o ato administrativo atacado. Anote-se, ainda, que a inaptidão da agravada no exame médico, ao que parece, foi atestada, para a função, pelo corpo técnico do certame decisão mantida em grau de recurso administrativo (fls. 51/53, 60), segundo os parâmetros objetivos próprios da investigação necessária ao perfil exigível para o cargo. O fato de a agravada ter exercido função semelhante anteriormente na Administração Pública (fls. 75/125) não comprova, por si só, a possibilidade atual de exercício do cargo pretendido, pois "*no momento da posse a apelante deveria ter comprovado que gozava de boa saúde para o ingresso em cargo público*" (Ap. nº 0002361-16.2011.8.26.0483, rel. **Des. Aliende Ribeiro**, j. 23.10.2012).

Assim, nesta fase pórtica da ação, não cabe antecipar nenhum dos efeitos da tutela, sem que antes seja realizada a mínima instrução probatória e sem que se instaure o contraditório e a ampla defesa.

Nesse aspecto, vale lembrar o comentário do **Des. Ricardo Anafe** de que "*tendo em vista a necessidade de realização de perícia médica oficial, repita-se, mormente pelo fato de que se cuida do erário (...), o qual exige uma maior cautela, (...) mister a análise mais detalhada dos fatos, o que contraria, por ora, a concessão em sede de antecipação, ante a possibilidade de ofensa ao fundado receio de dano irreparável*" (AI nº 948.957 5/8-00, j. 24/02/2010).

Dessa forma, não há como sustentar o requisito legal da fundamentação relevante, pois além de todas essas questões há a já anotada vedação legal à tutela de urgência reclamada.

Não faltam julgados, neste sentido, desta Corte Paulista:

"Agravo de Instrumento. Mandado de segurança. Impetrante impedida de tomar posse em cargo público para professor de EMEI. Admissibilidade. Inaptidão para o exercício das funções detectada no exame psiquiátrico. Inocorrência de ilegalidade ou abuso de poder por parte da Administração Pública. Liminar para tomar posse no cargo indeferida. Decisão mantida. Recurso improvido" (AI nº 0252871-43.2011.8.26.0000, rel. **Des. Osni de Souza**, j. 09/12/2011);

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. Agente de organização Escolar. Admissão. Exame médico. Inaptidão. Obesidade mórbida. Ação Anulatória de Ato Administrativo. Antecipação da Tutela indeferida. Matéria fática que depende de produção de provas. Ausência dos requisitos do art. 273 CPC. Decisão mantida" (AI nº 0053334-66.2011.8.26.0000, rel. **Des. Paulo Galizia**, j. 11/04/2011);

"AGRAVO DE INSTRUMENTO - Concurso público - Ação anulatória de ato administrativo - Autora que foi considerada fisicamente inapta para ingressar no serviço público municipal - Exame médico admissional que atestou

disacusia neurossensorial bilateral - Decisão a quo que deferiu a antecipação dos efeitos da tutela e determinou a posse no cargo - Impossibilidade - Ausente a demonstração cabal da verossimilhança - Presunção de legitimidade do ato administrativo - Perspectiva processual de irreversibilidade não configurada - Não ocorrência dos requisitos necessários para a antecipação dos efeitos da tutela - Inteligência do art. 7º, §§ 2º e 5º, da Lei n° 12.016/09, c.c. o art. 2°-B da Lei n° 9.494/97 - Impossibilidade de inclusão liminar em folha de pagamento - Recurso provido" (AI nº 990.10.337770-2, rel. **Des. De Paula Santos**, j. 06/10/2010)*;*

"Ação sob o rito ordinário - Aprovação em concurso público - Inaptidão suscitada no exame médico - Sentença de procedência - Tutela antecipada para se proceder à nomeação deferida - Providência de natureza excepcional, mormente contra a Fazenda Pública - Ofensa ao art. 7º, § 2º e 5º da lei 12.016/09 - Agravo provido" (AI nº 979.535-5/4-00, rel. **Des., Corrêa Vianna** j. 23/02/2010);

"Concurso Público. Inaptidão no exame médico. Pedido de deferimento de liminar, denegada em primeiro grau, para serem-lhe assegurados a posse e o exercício no cargo para o qual fora aprovada em todas as etapas antecedentes. 'Periculum in mora' não configurado, porquanto não se pode compreender como a medida postulada se mostraria porventura ineficaz caso deferida a final, quando da sentença a ser proferida no "mandamus" em primeira instância. Ademais, não se pode conferir posse à impetrante-agravante sem prévia ouvida da autoridade impetrada, inclusive para que esclareça as razões pelas quais foi considerada medicamente inapta para o cargo público. Denegação da liminar que se mantém. Agravo improvido" (AI nº 948.651.5/1-00, rel. **Des. Aroldo Viotti**, j. 14/09/2009);

"Agravo de Instrumento. Liminar indeferida em mandado de segurança. Concurso Público. Exame de Sanidade Física. Inaptidão. Questão controvertida, que não autoriza, por ausência do requisito da relevância e da ausência de risco do perecimento do direito, a concessão da liminar. Art. 7º, II, da Lei 1533/51. Recurso improvido" (AI nº 311.755.5/6, rel. **Des. José Santana**, j. 03/06/2003).

Assim, os fatos e os documentos trazidos aos autos denotam, nesse momento processual, a necessidade de se reformar a decisão agravada, cassando a liminar antes deferida. Não se olvide, assim, que o ato administrativo goza de presunção de legitimidade e de veracidade, que resta não elidida. E conforme, mais uma vez, ensina **Hely Lopes Meirelles**, uma das consequências dessa presunção "*é a transferência do ônus da prova de invalidade do ato administrativo para quem a invoca. Cuide-se de argüição de nulidade do ato, por vício formal ou ideológico ou de motivo, a prova do defeito apontado ficará sempre a cargo do impugnante, e até sua anulação o ato terá plena eficácia*" (*Direito Administrativo Brasileiro*, 37ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 163).

Acesso ao Sumário

Em suma, se a própria Administração considera determinada candidata inapta para exercício de cargo público, por razões médicas, e dentro das previsões legais aplicáveis, não há como o Judiciário intervir para assegurar a pretensão da candidata".

Ante o exposto, dá-se provimento ao agravo de instrumento para que a apelação se processe com efeito suspensivo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2068175-90.2015.8.26.0000, da Comarca de Mauá, em que é agravante OSWALDO DIAS, é agravado 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 provimento ao recurso, com observação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº AI-4.441/15)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores TERESA RAMOS MARQUES (Presidente) e PAULO GALIZIA.

São Paulo, 3 de agosto de 2015.

TORRES DE CARVALHO, Relator

Ementa: IMPROBIDADE. Mauá. Prefeito. Prescrição. Inépcia da inicial. Agente político. LF nº 8.429/92. DL nº 201/67. – 3. Prescrição. O agravante exerceu os mandatos de 1997 a 2000 e de 2001 a 2004 e a ação de improbidade foi proposta em 2011, quando decorrido o quinquênio prescricional. A eleição para novo mandato quatro anos depois (de 2009 a 2012) não interrompe a prescrição em curso nem reabre o prazo previsto em lei. O pedido de ressarcimento do dano não prescreve, nos termos do art. 37 § 5º da Constituição Federal; a ela não se aplica, portanto, o prazo de cinco anos previsto no artigo 23 da LF nº 8.429/92. Prescrição, no entanto, das demais sanções previstas no art. 12, II da LF nº 8.429/93. – 2. Prefeito. Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração

Acesso ao Sumário

direta ou indireta serão punidos na forma da LF nº 8.429/92 (art. 1º). Os denominados 'agentes políticos' estão compreendidos na cláusula aberta 'qualquer agente público, servidor ou não', constante do art. 1º. Inexistência de conflito da LF nº 8.429/92, que cuida da ação civil e da responsabilidade administrativa, com o DL nº 201/67, que cuida da responsabilidade e da ação criminal. A LF nº 8.429/92 se aplica ao prefeito, agente político não submetido à jurisdição originária do STF e não beneficiado pela interpretação dada na Recl nº 2.138-DF, como esclarecido na Recl nº 2.735-PE, STF, Rel. Carmen Lúcia. – 3. Inépcia da inicial. A responsabilidade por improbidade é subjetiva e exige a descrição da conduta irregular, do resultado e do elemento subjetivo do réu. A inicial não descreve nenhuma conduta praticada pelo agravante e extrai a sua responsabilidade tão somente do fato de ser o prefeito na ocasião, em responsabilidade objetiva que a lei e a jurisprudência não aceitam. A petição inicial é inepta, ante a inexistência de causa de pedir e, em decorrência, de justa causa para prosseguimento da lide. Agravo provido para indeferir a inicial por inépcia, sem prejuízo de pedido de ressarcimento em ação própria.

VOTO

1. Trata-se de agravo contra a decisão de fls. 3694/3699, aqui fls. 69/74, que recebeu a inicial da ação de improbidade administrativa proposta por irregularidade na dispensa de licitação, ilegalidade de licitação pela modalidade tomada de preço, bem como irregularidades na execução e cumprimento do contrato referente à locação de equipamentos para eventos.

Acesso ao Sumário

O agravante alega que (i) ocorreu a prescrição, já que ultrapassado o prazo de 5 anos entre o final do mandato (31-12-2004) e a propositura da ação (19-7-2011), nos termos do art. 23, I da LF nº 8.429/92; a reparação dos danos, do mesmo modo, está prescrita, nos termos do art. 1º- C da LF nº 9.494/97; (ii) a inicial é inepta, pois não é possível verificar se a imputação é de infração ao artigo 9º, 10 ou 11 da Lei de Improbidade, impedindo o exercício da defesa; (iii) a LF nº 8.429/92 não se aplica aos agentes políticos, sob pena de configurar *bis in idem* em relação ao DL nº 201/67; (iv) não houve improbidade administrativa, uma vez que não há mácula no processo administrativo, a modalidade de licitação escolhida foi correta e os serviços foram prestados pela

contratada; (v) o autor não demonstrou ter havido dolo na conduta; (vi) inexiste prova de superfaturamento; de prejuízo ao erário municipal; ou de que tenha se beneficiado pessoalmente com a transação levada a efeito; (vii) a execução do contrato ocorreu a contento.

A Des. Teresa Ramos Marques, nos termos do art. 70, § 1º do RITJSP, negou o efeito suspensivo (3249/3250). Devidamente processado, o Ministério Público apresentou contraminuta a fls. 3265/3284.

É o relatório.

2. Trata-se de ação de improbidade administrativa proposta em razão de irregularidades apontadas pelo Tribunal de Contas na contratação da empresa Expanson Promoções e Eventos Ltda., nos anos de 2003 e 2004, para locação de equipamentos para eventos. Uma das contratações foi realizada com dispensa de licitação e a outra mediante tomada de preço.

O agravante era prefeito municipal na época dos fatos e ao tempo da propositura da ação; o Ministério responsabiliza-o pela ilegalidade da contratação por dispensa de licitação, pela ilegalidade na licitação tomada de preços e pela desclassificação dos concorrentes, pela contratação por preços superiores aos anteriormente cotados, por ter a administração praticado diversas irregularidades no controle da execução do contrato de prestação de serviço, realizando pagamentos indevidos e pelo dano ao erário municipal decorrente das ilegalidades. Pede a condenação do agravante nas penas constantes do art. 12, II da LF nº 8.429/92.

3. Prescrição. Oswaldo dias foi eleito para ocupar o cargo de Prefeito de Mauá em 1997 e foi reeleito em 2001, permanecendo no cargo até 2004. Em 2005 foi eleito Leonel Damo, cumprindo mandato até 2008, quando novamente foi eleito Oswaldo Dias, o qual permaneceu no cargo até 2012. Portanto, o agravante exerceu dois mandatos sucessivos de 1997 a 2004 e um novo mandato de 2009 a 2012. A jurisprudência afirma a uma voz que a prescrição se conta a partir do término do segundo mandato em caso de reeleição, quando se rompe o vínculo com a administração:

> [...] 1. A jurisprudência deste Superior Tribunal é assente em estabelecer que o termo inicial do prazo prescricional da ação de improbidade administrativa, no caso de reeleição de prefeito, se aperfeiçoa após o término do segundo mandato. [...] (Paschoal Baylon das Graças Pedreira vs Ministério Público Federal e Município de Silvanópolis, AgRg-Ag-Resp nº 161.420-TO, STJ, 2ª Turma, 3-4-2014, Rel. Humberto Martins)
>
> [...] 3. Interpretação da Lei n. 8.429/92. Método teleológico. Verifica-se claramente que a mens legis é proteger a moralidade administrativa e todos seus consectários por meio de ações contra o enriquecimento ilícito de agentes públicos em detrimento do erário e em atentado aos princípios

Acesso ao Sumário

da administração pública. Nesse sentido deve ser lido o art. 23, que trata dos prazos prescricionais. 4. Método histórico de interpretação. A LIA, promulgada antes da Emenda Constitucional n. 16, de 4 de junho de 1997, que deu nova redação ao § 5º do art. 14, da Constituição Federal, considerou como termo inicial da prescrição exatamente o final de mandato. No entanto, a EC n. 16/97 possibilitou a reeleição dos Chefes do Poder Executivo em todas as esferas administrativas, com o expresso objetivo de constituir corpos administrativos estáveis e cumprir metas governamentais de médio prazo, para o amadurecimento do processo democrático. 5. A Lei de Improbidade associa, no art. 23, I, o início da contagem do prazo prescricional ao término de vínculo temporário, entre os quais, o exercício de mandato eletivo. De acordo com a justificativa da PEC de que resultou a Emenda n. 16/97, a reeleição, embora não prorrogue simplesmente o mandato, importa em fator de continuidade da gestão administrativa. Portanto, o vínculo com a Administração, sob ponto de vista material, em caso de reeleição, não se desfaz no dia 31 de dezembro do último ano do primeiro mandato para se refazer no dia 1º de janeiro do ano inicial do segundo mandato. Em razão disso, o prazo prescricional deve ser contado a partir do fim do segundo mandato. [...] (Ministério Público de São Paulo vs Luiz Antonio de Mitry Filho e outro, REsp nº 1.107.833-SP, STJ, 2ª Turma, 8-9-2009, Rel. Mauro Campbell Marques).

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. REELEIÇÃO. TÉRMINO DO SEGUNDO MANDATO. 1. O prazo prescricional nas ações de improbidade administrativa deve ser contado a partir do segundo mandato em caso de reeleição porquanto, em que pesem sejam mandatos diferentes, existe uma continuidade no exercício da função pública pelo agente público. 2. Agravo regimental não provido. (José Martins Cavalcante vs Ministério Público Federal, AgRg-REsp nº 1.259.432-PB, STJ, 2ª Turma, 6-12-2012, Rel. Castro Meira). Consta do acórdão: "Como bem ressaltou o Ministro Mauro Campbell Marques: 'De acordo com a justificativa da PEC de que resultou a Emenda n. 16/97, a reeleição, embora não prorrogue simplesmente o mandato, importa em fator de continuidade da gestão administrativa. Portanto, o vínculo com a Administração, sob ponto de vista material, em caso de reeleição, não se desfaz no dia 31 de dezembro do último ano do primeiro mandato para se refazer no dia 1º de janeiro do ano inicial do segundo mandato. Em razão disso, o prazo prescricional deve ser contado a partir do fim do segundo mandato, uma vez que há continuidade do exercício da função de Prefeito, por não ser exigível o afastamento do cargo' (AgRg no AREsp 119.023/MG, Segunda

Acesso ao Sumário

Turma, DJe 18/04/2012)".

4. Os precedentes sustentam que a reeleição implica na continuidade sem afastamento do titular do cargo, a conferir unicidade à atividade; o art. 23, inciso I da LF n 8.429/92 trata de vínculos de natureza temporária e o lapso temporal está atrelado à sua cessação, que somente ocorrerá com o término do último mandato; a associação do termo 'a quo' à cessação do vínculo está diretamente relacionada à influência que poderá ser exercida pelo agente na apuração dos fatos, o que reforça a tese de que a prescrição somente tem início com o afastamento do agente (Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, Improbidade Administrativa, 4ª Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008, pág. 501/502, citação no caso Luiz Antonio de Mitry Filho, REsp nº 1.107.833-SP).

Se assim é, a prescrição teve início ao término do segundo mandato em 2004 (reeleição é a eleição para um mandato sucessivo, não para outro posterior) e escoou por inteiro em 31-12-2009, antes da propositura da ação. A interpretação feita pelo Ministério Público e pelo juiz leva à situação esquisita de a prescrição ter iniciado em janeiro de 2005 e ter sido interrompida pela nova eleição em janeiro de 2009, não prevista na lei e destoante do fundamento adotado na jurisprudência: a lei considera como termo inicial a cessação do vínculo, pois diretamente relacionada à influência que poderá ser exercida pelo agente na apuração dos fatos. A ação foi proposta em 2011, quando decorrido o quinquênio previsto no art. 23, inciso I da LF nº 8.429/92. As sanções não pecuniárias não podem ser-lhe aplicadas.

5. A prescrição não alcança o ressarcimento do dano, uma vez que o art. 23 I da LF nº 8.429/92 cede à previsão do art. 37 § 5º da Constituição Federal; e a ação de improbidade é via adequada ao pedido de ressarcimento, ainda que prescritas as demais sanções:

> DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PEDIDO DE RESSARCIMENTO. POSSIBILIDADE. AÇÃO IMPRESCRITÍVEL. PRECEDENTES.
>
> 1. É entendimento desta Corte que a ação civil pública, regulada pela Lei 7.347/85, pode ser cumulada com pedido de reparação de danos por improbidade administrativa, com fulcro na Lei 8.429/92, bem como que não corre a prescrição quando o objeto da demanda é o ressarcimento do dano ao erário público. Precedentes: REsp 199.478/MG, Min. Gomes de Barros, Primeira Turma, DJ 08/05/2000; REsp 1185461/PR, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 17/06/2010; EDcl no REsp 716.991/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 23/06/2010; REsp 991.102/MG, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 24/09/2009; e REsp 1.069.779/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe

Acesso ao Sumário

13/11/2009. 2. Agravo regimental não provido. (Haroldo Moreira Felício e outros vs Ministério Público Federal, AgRg no REsp nº 1.138.564-MG, STJ, 1ª Turma, 16-12-2010, Rel. Benedito Gonçalves).

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO DE DANO AO ERÁRIO. IMPRESCRITÍVEL. PRECEDENTES.

RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. Cuida-se, na origem, de Ação de Improbidade Administrativa proposta pelo Ministério Público Federal contra os recorridos, objetivando a condenação por ato ímprobo. 2. O Juiz de 1º Grau recebeu a petição inicial e extinguiu o processo com resolução de mérito em relação a uma da rés, em razão de acolher a arguição de prescrição. Desta decisão, o Parquet interpôs Agravo de Instrumento, sustentando que a pretensão de ressarcimento do dano é imprescritível. 3. O Tribunal a quo negou provimento ao Agravo de Instrumento do Ministério Público Federal. 4. Quanto à pretensão de ressarcimento de danos ao Erário, o STJ pacificou o entendimento de que é imprescritível. Nesse sentido: AgRg no AREsp 663.951/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 20.4.2015, AgRg no AREsp 488.608/RN, Rel. Ministra Marga Tessler (Juíza Federal Convocada do TRF 4ª Região), Primeira Turma, DJe 19.12.2014, AgRg no REsp 1.427.640/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 27.6.2014, REsp 1.289.609/DF, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe 2.2.2015, REsp 1.405.346/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 19.8.2014, AgRg no AREsp 513.006/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 29.9.2014, Documento: 1222225 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 30/06/2015 Página 1 de 13 Superior Tribunal de Justiça AgRg no AREsp 79.268/MS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 29.11.2013, REsp 1.331.203/DF, Rel. Ministro Ari Pargendler, Primeira Turma, DJe 11/04/2013, REsp 1.089.492/RO, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 18.11.2010, EREsp 1.218.202/MG, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Seção, DJe 28.9.2012, REsp 1.312.071/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 22.5.2013. 5. Recurso Especial provido. (Ministério Público Federal vs RLLC, REsp nº 1.303.030-AL, STJ, 2ª Turma, 2-6-2015, Rel. Herman Benjamin).

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ATO DE IMPROBIDADE. AÇÃO PRESCRITA QUANTO AOS PEDIDOS CONDENATÓRIOS (ART. 23, II, DA LEI N.º 8.429/92). PROSSEGUIMENTO DA DEMANDA QUANTO AO PLEITO RESSARCITÓRIO. IMPRESCRITIBILIDADE. 1. O ressarcimento

Acesso ao Sumário

> do dano ao erário, posto imprescritível, deve ser tutelado quando veiculada referida pretensão na inicial da demanda, nos próprios autos da ação de improbidade administrativa ainda que considerado prescrito o pedido relativo às demais sanções previstas na Lei de Improbidade. [...] (Ministério Público Federal vs Pedro Pereira de Oliveira, REsp nº 1.089.492-RO, STJ, 1ª Turma, 4-11-2010, Rel. Luiz Fux) (o tribunal 'a quo' havia entendido que o ressarcimento, embora imprescritível, não podia ser feito em ação de improbidade se prescritas as demais sanções).

A ação prossegue tão somente para apreciação do pedido de ressarcimento, pois prescritas as demais sanções.

6. Improbidade administrativa. Prefeito. A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Recl nº 2.138-DF, quando por escassa maioria de seis a cinco definiu que as autoridades sujeitas à jurisdição originária daquele Tribunal não são alcançadas pela LF n 8.429/92, não alcança outros agentes políticos; não beneficia, portanto, os prefeitos.

Cuidou-se no caso citado de ação de improbidade movida em primeiro grau contra Ministro de Estado; entendeu o Supremo Tribunal Federal que, sendo a conduta prevista tanto na LF nº 1.079/50 como na LF nº 8.429/92, prevalecia aquela para que não se usurpasse a competência do próprio Supremo Tribunal Federal estabelecida no art. 102 I 'c'. A LF nº 1.079/50 define os crimes de responsabilidade praticados pelo Presidente da República, Ministros de Estado, Ministros do Supremo Tribunal Federal e Procurador Geral da República, Governadores e Secretários de Estado; não cuida de crimes de responsabilidade de prefeitos, vereadores e secretários municipais, objeto do DL nº 201/67. É outra a posição atinente às demais autoridades, inclusive aquelas dos municípios; o foro privilegiado para prefeitos em processos de improbidade administrativa foi afastado pelo Supremo Tribunal na ADI nº 2.797-DF, Rel. Sepúlveda Pertence, quando foi declarado inconstitucional a LF nº 10.628/02, que inseriu parágrafos no art. 84 do CPP. Essa é a posição tranquila na Corte: *Alberto Victolo vs Ministério Público*, AI nº 770.308-SP, STF, 28-10-2009, Rel. Ricardo Lewandowski, decisão monocrática. Os prefeitos não possuem foro privilegiado.

O alcance da decisão proferida na Recl nº 2.138-DF foi esclarecido na Recl nº 2.735-PE, 28-5-2008, Rel. Carmen Lúcia:

> [...] É importante ressaltar, ainda, que a Reclamação nº 2.381-MG teve como litisconsorte ativo Senador da República e foi ajuizada com fundamento em usurpação da competência deste Supremo Tribunal Federal (art. 102 I 'b' da Constituição da República). A espécie dos autos é de todo diferente, uma vez que o Reclamante, investido no cargo de prefeito, não teria foro especial perante este Supremo Tribunal Federal no

Acesso ao Sumário

momento do ajuizamento desta reclamação.

Ao julgar procedente a Recl nº 2.138-DF, ajuizada por Ministro de Estado com fundamento em suposta usurpação da competência prevista no art. 102, inciso I alínea 'c' da Constituição da República, o Supremo Tribunal Federal em 2007 assentou a 'incompetência dos juízos de primeira instância para processar e julgar ação civil de improbidade administrativa ajuizada contra agente político que possui prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal, por crime de responsabilidade, conforme o art. 102 I 'c' da Constituição' (DJ 18-4-2006).

[...] A seguir, a Min. Carmen Lúcia cita diversos precedentes daquela Corte afastando a aplicação da Recl nº 2.138-DF a prefeitos; e o parecer ministerial prossegue para informar que aquela escassa maioria não existe mais: no mesmo dia em que foi julgada, o Supremo Tribunal Federal, agora por unanimidade, na Petição nº 3.923 entendeu que o regime de responsabilidade dos prefeitos é diferente daquele dos Ministros de Estado. Estes fundamentos são suficientes para afastar a alegação do agravante: os prefeitos estão sujeitos à LF nº 8.429/92.

7. Inicial. Inépcia. A petição inicial (fls. 2/20, aqui fls. 92/110) descreve os contratos tidos por irregulares e indica a participação nos fatos dos réus VALDIRENE DARDIN, Secretária Municipal de Finanças que tinha as condições e a obrigação de saber que o valor da contratação anual era superior ao limite estabelecido no art. 24, II da LF nº 8.666/93, tornando obrigatória a licitação; MARIA DE FÁTIMA O. DE SOUZA, Procuradora do Município que em parecer desconsiderou o valor do orçamento básico da licitação, que obrigaria a licitação na modalidade concorrência, erro grave a gerar responsabilidade; ARMANDO JOSÉ MOLINA, VALDEMIR SEVERINO DA SILVA e MARIA LÚCIA JABLAUSKY, membro da Comissão Permanente de Licitação que concorreram para a prática dos atos ilegais; e EXPANSON PROMOÇÕES E EVENTOS LTDA., a empresa contratada por ser beneficiária da irregularidade, alcançada pela norma de extensão do art. 3º da LF nº 8.429/92. A jurisprudência tem afirmado, igualmente sem dissonância, que o ato de improbidade não se confunde com a mera irregularidade; exige o dano e o elemento subjetivo a ser descrito na inicial, como observou a câmara ao indeferir a inicial em relação à ré MARIA DE FÁTIMA OLIVEIRA DE SOUZA:

> [...] Justa causa. É preciso que a inicial descreva e demonstre suficientemente o ato de improbidade ou dê a razão da impossibilidade de apresentação dessas provas, a teor do art. 17 § 6º da LF nº 8.429/92. No caso, a inicial apenas afirma que ora agravante errou grosseiramente ao exarar o parecer jurídico favorável à licitação considerada irregular pelo Tribunal de Contas.
>
> No entanto, não indica a inicial qualquer interesse pessoal da Procuradora Jurídica na licitação; não há indício de conluio com a empresa contratada

Acesso ao Sumário

nem de dolo ou culpa grave para lesar o erário. Ademais, o parecer limitou-se a analisar o edital apresentado, que orçava o serviço em R$-271.000,00 (fls. 2205, aqui fls. 57), valor inferir aos R$-628.000,00 da contratação; além de não ser vinculante e indicar diversas alterações no edital (fls. 2258/2260, aqui fls. 54/56), não contestadas pelo Ministério Público, foi acolhido pelo Procurador Geral do Município (fls. 2264, aqui fls. 60), que assumiu a responsabilidade pelo entendimento esposado e sequer foi incluído no polo passivo da ação de improbidade. Ao parecer se resume a participação da agravante; o edital foi preparado e a licitação foi executada por comissão formada por três servidores municipais também incluídos no polo passivo, sem outra participação sua. A administração não realizou a licitação com base no parecer subscrito pela agravante, mas sim na ratificação do Procurador Geral.

Nesse contexto, a inicial não descreve nem traz qualquer indício do elemento subjetivo (dolo ou má-fé, com o que não se confunde eventual erro na análise jurídica, que sequer transparece com clareza) considerado essencial para a caracterização da improbidade administrativa, conforme reiteradas decisões do Superior Tribunal de Justiça (por todas cita-se EDcl no REsp nº 716.991/SP, 1ª Turma, 18-5-2010, Rel. Luiz Fux, v.u.). Admite-se que o advogado é responsável por seus atos e pode responder por improbidade, mas desde que haja indício suficiente do erro consciente e do relevo dele no resultado, sem o que não se pode cogitar, ainda que inicialmente, de conduta ímproba. (Maria de Fátima Oliveira de Souza vs Ministério Público, AI nº 2062510-93.2015, 10ª Câmara de Direito Público, 15-6-2015, Rel. Torres de Carvalho).

8. O agravante OSWALDO DIAS é mencionado na petição inicial a fls. 2 na relação de réus, fls. 3 ao mencionar que as irregularidades ocorreram em seu mandato e fls. 18/19 na descrição dos pedidos. A inicial não descreve a sua conduta nem a sua participação nos fatos; pretende inculpá-lo, ao que parece, tão somente pelo fato objetivo de ser o prefeito na ocasião, conforme se depreende da resposta ao agravo (fls. 3270): "Ademais, é certo que o agravante, na condição de chefe do Executivo municipal, tinha o poder-dever de exercer a autotutela administrativa e, portanto, tornou-se responsável por todas as ilegalidades nas contratações guerreadas".

Ser o prefeito não é uma conduta, mas um fato; e disso não decorre a participação consciente nas irregularidades descritas e praticadas, segundo a inicial, pelos outros réus. A jurisprudência admite que para fins do juízo preliminar de admissibilidade, previsto no art. 17, §§ 7º, 8º e 9º, da Lei 8.429/1992, é suficiente a demonstração de indícios razoáveis de prática de atos de improbidade e autoria, para que se determine o processamento da ação, em obediência ao princípio do *in dubio pro societate*, a fim de possibilitar o maior

Acesso ao Sumário

resguardo do interesse público (AgRg no REsp nº 1384970/RN, 2ª Turma, 18-9-2014, Rel. Humberto Martins, v.u.); mas aqui nenhum fato, conduta ou indício contra o agravante foi anotado na inicial. A responsabilidade por improbidade é subjetiva, como já se disse, e não objetiva como pretende o autor. Nesse contexto, não se entrevê a justa causa para o prosseguimento da ação contra o agravante, assim como não se entreviu contra a corré acima nomeada. A inicial é inepta.

O voto é **pelo provimento do agravo** para indeferir a inicial em relação ao agravante OSWALDO DIAS por inépcia da inicial, de que decorre a não demonstração da justa causa para prosseguimento, sem prejuízo de eventual pedido de ressarcimento em ação autônoma.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2088024-48.2015.8.26.0000, da Comarca de Jundiaí, em que é agravante USINAGEM E FERRAMENTARIA GLAUDYJ LTDA., é agravado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.253)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIS GANZERLA (Presidente sem voto), AROLDO VIOTTI e RICARDO DIP.

São Paulo, 17 de agosto de 2015.

OSCILD DE LIMA JÚNIOR, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Agravo de Instrumento. Ação Cautelar. Decisão que condicionou a sustação de protesto de CDA mediante a caução de dinheiro, veículo ou imóvel – Agravante que ofereceu uma empilhadeira de propriedade dele e no valor do crédito – Suficiência da caução verificada – O art. 804 do CPC, como expressão do poder geral de cautela, não exige que a caução seja ofertada em dinheiro, veículo ou imóvel – O bem ofertado é suficiente a amparar o pedido diante da presença (i) do *fumus boni iuris* consistente na declaração de inconstitucionalidade da alíquota

aplicada para a correção do valor do título, (ii) do *periculum in mora*, uma vez que o protesto impede a concessão de vários benefícios e (iii) da possibilidade da Fazenda ingressar com a execução fiscal e lá exigir a observância da gradação prevista no art. 11 da Lei 6830/80, tendo em vista que a sustação do protesto não suspende a exigibilidade do título – Recurso provido.

VOTO

Trata-se de Agravo de Instrumento, com pedido de concessão de efeito suspensivo ativo, da decisão copiada a fls. 68 que, nos autos da ação cautelar de sustação de protesto, considerou inidôneo o bem ofertado a título de garantia do juízo, determinando à autora a apresentação de nova caução, sob pena de revogação da liminar.

A agravante sustenta que foi surpreendida com a intimação da lavratura de protesto da CDA de n.º 1.177.087.960 perante o Tabelião de Protesto de Letras e Títulos de Jundiaí/SP no importe de R$14.849,10.

Alega que ao verificar o débito constatou que a correção monetária e os juros moratórios foram calculados de acordo com os artigos 85 e 96 da Lei Estadual n.º 6.374/89 com a redação dada pela Lei 13.918/2009, cuja alíquota foi julgada inconstitucional pelo C. Órgão Especial deste Tribunal, razão pela qual propôs a cautelar visando à sustação do protesto.

O MM juízo *a quo* deferiu a liminar mediante a apresentação de caução, contudo, recusou aceitar como garantia do juízo uma empilhadeira Yale 2.5 Ton no valor de R$15.000,00 (quinze mil reais), determinando seja oferecido dinheiro, veículo ou imóvel como caução, motivo da irresignação.

A agravante defende que a lei não limita a caução a estes bens e que a imposição do depósito em dinheiro, veículo ou imóvel se justificaria se a garantia oferecida (real ou fidejussória) fosse evidentemente insuficiente, ou ainda, se implicasse em risco real de dano em desfavor do sujeito passivo da ação, o que não se observa, dada a comprovação de propriedade do bem indicado, o local em que se encontra e indicação de depositário fiel a ser nomeado pelo i. Magistrado.

Assim, requer a reforma da decisão agravada para que seja aceito o bem oferecido à caução, mantendo-se os efeitos da liminar de sustação do protesto outrora concedida.

Em sede de análise preliminar, foi deferido o efeito suspensivo e ativo para o fim de determinar a sustação do protesto da CDA n.º1.177.087.960 mediante a caução do bem já ofertado nos autos, qual seja, uma empilhadeira Yale 2.5 Ton, sendo desnecessária caução de dinheiro, veículo ou imóvel (fls. 70/73).

Contraminuta a fls. 83/91 aduzindo, em síntese, que a ação não é apta

Acesso ao Sumário

à discussão da constitucionalidade da Lei 13.918/2009; que a Fazenda pode recusar o bem ofertado, pois é o penúltimo da ordem de gradação legal dos bens aptos à penhora ou arresto; que o protesto de CDA é legítimo.

É o relatório.

O recurso merece acolhimento.

O art. 804 do Código de Processo Civil faculta ao magistrado determinar a prestação de caução de bens ou a fidejussória, sendo uma expressão do poder geral de cautela, razão pela qual a lei não impõe que seja prestada a caução necessariamente em dinheiro, veículo ou imóvel.

O condicionamento da tutela de urgência à imposição de caução deve ser sempre norteado pelo princípio da proporcionalidade, de modo que afigura ser possível, no presente caso, a prestação da caução por meio de bens de propriedade da agravante.

Isso porque, a caução ofertada para sustar o protesto do título em comento não inibe a Fazenda do Estado de ajuizar a competente execução fiscal e lá exigir que se observe o rol do art. 11 da Lei 6.830/80 quando do oferecimento de bens à penhora.

É dizer, não se está aqui a aplicar a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, mas, tão somente, discutindo-se a caução adequada para se propiciar a sustação de protesto de título que se mantém incólume até que e se declarado ilegal/inconstitucional.

Nesse sentido, considero que o bem ofertado atende ao princípio da proporcionalidade, sendo suficiente à sustação do protesto, notadamente diante (i) do *fumus boni iuris* consistente na existência de declaração de inconstitucionalidade da alíquota prevista na Lei 13.918/2009; (ii) do *periculum in mora*, uma vez que perdurando os efeitos do protesto, o agravante não poderá obter certidões negativas/positivas (com efeitos de negativa), participar de certames licitatórios e/ou de receber valores da Administração Pública e (iii) da possibilidade da Fazenda ajuizar a competente execução fiscal.

Posto isso, pelo meu voto, dou provimento ao recurso para o fim de determinar a sustação do protesto da CDA n.º1.177.087.960 mediante a caução do bem já ofertado nos autos, qual seja, uma empilhadeira Yale 2.5 Ton, sendo desnecessária caução de dinheiro, veículo ou imóvel.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2107396-80.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante

MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, é agravado UNIDAS UNIÃO NACIONAL DAS INSTITUIÇÕES DE AUTOGESTÃO EM SAÚDE – UNIDAS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.250)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EUTÁLIO PORTO (Presidente), RAUL DE FELICE e ERBETTA FILHO.

São Paulo, 11 de agosto de 2015.

EUTÁLIO PORTO, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Embargos à execução fiscal. 1) Alegação de nulidade da decisão agravada por falta de fundamentação – Inocorrência. 2) ISS – Empresa que se ativa em planos de autogestão em saúde – Decisão que recebeu os embargos no efeito suspensivo – Aplicação do art. 739-A, § 1º, do CPC – Preenchimento dos requisitos legais – Relevância dos fundamentos dos embargos – Penhora de imóvel em valor superior ao débito – Decisão mantida – Recurso improvido.

VOTO

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto pela MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO em face de UNIDAS UNIÃO NACIONAL DAS INSTITUIÇÕES DE AUTOGESTÃO EM SAÚDE, objetivando a reforma da decisão de fls. 120, proferida pela MM. Juíza Ana Paula Marconato Simões Matias, que rejeitou os embargos de declaração e manteve o recebimento dos embargos à execução fiscal no efeito suspensivo.

Sustenta a agravante que a decisão agravada é nula por ausência de fundamentação, arguindo a ausência de efeito suspensivo nos embargos à execução.

O recurso foi processado sem o deferimento do efeito suspensivo (fls. 127/128).

A agravada apresentou contraminuta às fls. 132/146.

Este é, em síntese, o relatório.

VOTO

O agravo não merece provimento.

Acesso ao Sumário

Inicialmente, não se verifica a alegada nulidade da decisão por ausência de fundamentação, pois a decisão atende ao disposto no art. 93, IX, da CF, tendo o Juiz monocrático exposto de forma clara os motivos que levaram ao deferimento do efeito suspensivo aos embargos à execução.

Com efeito, ainda que de forma sucinta, houve pronunciamento sobre os requisitos de concessão do efeito suspensivo, nos termos do art. 739-A, § 1º do CPC, que dispõe que: "O juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando, sendo relevantes seus fundamentos, o prosseguimento da execução manifestamente possa causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação, e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes".

De sorte que o recebimento dos embargos à execução fiscal no efeito suspensivo fica a critério do juiz (§ 1º do art. 739- A), uma vez que, doravante, compete ao magistrado suspender ou não a execução fiscal, mesmo mediante garantia, levando em conta as circunstâncias do caso.

Isto porque, "na linha da jurisprudência do STJ, consolidada no julgamento do Recurso Especial 1.272.827/PE, submetido ao rito do art. 543-C do CPC, o art. 739-A do CPC aplica-se às execuções fiscais e a atribuição de efeito suspensivo aos Embargos do Devedor está condicionada ao cumprimento de três requisitos: apresentação de garantia da execução; verificação, pelo juiz, da relevância da fundamentação (*fumus boni iuris*) e da ocorrência de grave dano de difícil ou incerta reparação que o prosseguimento da execução possa causar ao executado (*periculum in mora*)" (AgRg no AREsp 377.572/PI, 2ª Turma, Rel. Ministra Assusete Magalhães, j. 08/04/2014, DJe 22/04/2014).

Assim, resta analisar a existência dos pressupostos aptos a ensejar a suspensividade da execução fiscal.

Conforme se verifica nos autos, a execução fiscal fora adequadamente garantida, com penhora de imóvel de valor superior ao débito executado, cujo bem foi aceito pela Municipalidade.

Quanto aos demais requisitos para a concessão do efeito suspensivo debatido, o artigo 739-A, § 1º, do CPC, exige que sejam relevantes os fundamentos dos embargos e que o prosseguimento da execução possa causar dano de difícil ou impossível reparação.

De sorte que os argumentos expendidos pela embargante nos embargos à execução no que tange à não incidência do ISS são relevantes e merecem análise detida, o que exige que a controvérsia seja dirimida no curso da demanda, razão pela qual, por ora, a situação exige cautela.

Ademais, ressalta-se que "a decisão relativa aos efeitos dos embargos poderá, a requerimento da parte, ser modificada ou revogada a qualquer tempo, em decisão fundamentada, cessando as circunstâncias que a motivaram", a teor

do artigo 739-A, § 2º, do CPC.

Face ao exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2112918-88.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante SILVIA MARGARITA BAEZ MENDES, é agravado UNIVERSIDADE 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 10.947)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CARLOS VIOLANTE (Presidente sem voto), VERA ANGRISANI e JOSÉ LUIZ GERMANO.

São Paulo, 26 de agosto de 2015.

CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CAUTELAR. Liminar. Pretensão de manutenção em moradia estudantil, bem como matrícula em disciplinas de curso superior, a despeito de jubilamento. Inviabilidade. A concessão de liminar é ato de livre convicção e prudente arbítrio do juiz, inserindo-se no poder geral de cautela do julgador, somente podendo ser revista em caso de manifesta ilegalidade ou abuso de poder. Regularidade do jubilamento que é objeto de mandado de segurança. Documentação que evidencia que a Agravante iniciou o curso há cerca de 10 anos, sem concluí-lo, quando o prazo máximo seria de 7 anos e meio. Ausência dos requisitos para a concessão da liminar pleiteada. Recurso improvido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento (fls. 01/14) interposto por Silvia

Margarita Baez Mendes contra a r. decisão (fls. 16), que indeferiu a liminar pleiteada nos autos da ação cautelar ajuizada em face da Universidade de São Paulo, pretendendo seja-lhe assegurada a permanência na moradia estudantil da USP, bem como a matrícula nas matérias que especifica.

Sustenta a Agravante, em síntese, que seria ilegal o procedimento administrativo de jubilamento, bem como as medidas dele derivadas, inclusive sua notificação para desocupar a moradia estudantil. Pugna pelo provimento do recurso.

Negada a liminar a fls. 110, foram apresentadas contrarrazões às fls. 115/120, pelo improvimento do recurso.

A D. Procuradoria absteve-se de intervir no feito (fls. 123).

É o relatório.

1. Trata-se de agravo contra decisão que indeferiu liminar em ação cautelar ajuizada pela Agravante.

A Agravante impetrou mandado de segurança, que está em tramitação, cujo objeto é afastar o jubilamento, questionando a regularidade de tal procedimento.

Note-se que postula em sede de cautelar seja reconhecida a nulidade do jubilamento, seja feita sua matrícula e seja ela autorizada a continuar na moradia estudantil.

2. Primeiramente, deve-se ressaltar que este recurso limita-se à análise da presença ou não dos requisitos autorizadores da concessão da liminar (mérito do agravo), vedado o exame da matéria de fundo.

Nesse sentido, a decisão do juiz de primeiro grau, que indefere liminar em ação cautelar, por entender inexistentes os requisitos legais (fundamento relevante e possibilidade de que do ato impugnado resulte a ineficácia da medida, caso seja deferida ao final), é ato que se insere na esfera de discricionariedade do julgador.

Dessa maneira, somente deverá ser alterada quando houver evidência de que o indeferimento provoque fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

3. Consequentemente, fixadas essas premissas, na espécie, a decisão agravada deve ser mantida.

Com efeito, inviável o exame em sede de liminar e neste agravo da regularidade ou não do jubilamento, pois este é o objeto do mandado de segurança, o mérito de tal demanda, não sendo possível sua análise neste momento.

Quanto aos demais pleitos, inviável a esta altura, no meio do ano, seja deferida ou determinada a matrícula da Agravante, que por ora, não mais mantém vínculo com a instituição, pois teria se desligado da instituição com o

jubilamento.

Além disso, pela documentação juntada, efetivamente faz cerca de 10 anos que iniciou o curso, sem concluí-lo, sendo que o prazo máximo era de 7 anos e meio.

Deste modo, não se pode, numa análise superficial, reconhecer como presentes o "fumus boni iuris" e o "periculum in mora".

Destarte, de rigor seja mantida a r. decisão agravada.

Isto posto, **conheço e nego provimento** ao recurso, mantendo na íntegra a r. decisão de fls. 16.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2105522-60.2015.8.26.0000, da Comarca de Jaú, em que é agravante PAULO ROBERTO ALVES TEIXEIRA, é agravado PREFEITURA MUNICIPAL DE JAÚ.

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 em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.463)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EUTÁLIO PORTO (Presidente sem voto), SILVA RUSSO e RODRIGUES DE AGUIAR.

São Paulo, 13 de agosto de 2015.

ERBETTA FILHO, Relator

Ementa: TUTELA ANTECIPADA – Ação Anulatória – Taxa de limpeza pública, conservação de vias, serviços de bombeiros e iluminação pública – Município de Jaú – Insurgência parcial contra decisão que indeferiu a medida – Reforma da decisão apenas quanto à Taxa de Conservação de Vias – Hipótese de ausência de elementos que indiquem a divisibilidade e a especificidade – Preenchimento dos requisitos do art. 273 do CPC neste tocante – Recurso parcialmente provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de decisão que, nos autos da ação anulatória cumulada com repetição de indébito intentada pela ora recorrente, indeferiu o pedido de antecipação de tutela, por entender não preenchidos os requisitos ensejadores da concessão. Insiste o agravante no cabimento da antecipação, nesse sentido expondo, em síntese: taxas de limpeza pública, de conservação de vias e de serviço de bombeiros, não preenchem os requisitos de divisibilidade e especificidade, nos moldes do art. 145, inciso II da CF e arts. 77 e seguintes do CTN; acrescente-se, com relação a taxa de serviço de bombeiros, que a Municipalidade-agravada não possui competência para a sua instituição, pois o serviço a que ela se refere é prestado pelo Estado de São Paulo, nos termos dos arts. 139 e 142 da Constituição Estatual; por fim, há identidade da base de cálculo das mencionadas taxas com a do IPTU, em contrariedade com a proibição imposta no art. 145, § 2º da CF.

Regularmente processado, com a concessão de parcial efeito ativo, seguindo-se contraminuta.

Por fim, não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Não cabe no recesso do presente recurso, por razões óbvias, adiantar um pronunciamento definitivo em torno do mérito das questões de direito que se colocam, concluindo-se a partir da aferição provisória das alegações da autora, todavia, estar o recorrente assistido de pelo menos no tocante a uma das taxas.

Trata-se de ação anulatória em sede da qual pretende o contribuinte, ora agravante, ver reconhecida a ilegalidade da instituição de taxa de limpeza pública, taxa de conservação de vias e logradouros e taxa de bombeiros, sob a alegação de não preencherem as mesmas os requisitos da especificidade e divisibilidade, nos termos do art.145, II da CF e do art. 79, incisos II e III do CTN.

Acesso ao Sumário

Em que pese a ação ser voltada para os tributos acima delineados, o pedido do agravo de instrumento, com vistas a concessão de efeito ativo, abarca apenas as taxas de conservação e de limpeza pública, sobre as quais se passa a analisar.

De fato, a análise da documentação coligida aos autos demonstra, a uma primeira vista, que a redação dada ao art. 137 do Código Tributário do Município de Jaú (Decreto 5.779/2008), que institui a chamada taxa de conservação de vias e logradouros, é vaga, não sendo possível aferir-se, em uma análise perfunctória, o preenchimento dos requisitos da especificidade e da divisibilidade dos serviços prestados ou postos à disposição do contribuinte, em especial por sugerir que beneficiam a toda a coletividade, indistintamente, de modo que o custeio deveria ficar por conta do produto da arrecadação dos impostos gerais.

Não se identifica a verossimilhança das alegações, contudo, em relação à cobrança da taxa de limpeza pública.

A despeito das divergências acerca da cobrança, não se pode inquinar aprioristicamente de ilegítima a taxa de limpeza pública, uma vez que, a despeito do *nomen juris* a ela atribuído, as disposições dos artigos 135 e 136 do Código Tributário Municipal dão conta que o seu fato gerador é a utilização, efetiva ou potencial, dos serviços de coleta e remoção periódica de lixo produzido no âmbito do Município, cuja especificidade e individuação revela-se nítida, em um primeiro momento.

À vista desse quadro, e revelando-se preenchidos, *in casu*, os requisitos do art. 273 do CPC em relação à taxa de conservação de vias e logradouros, melhor será conceder apenas parcialmente a antecipação de tutela pretendida em relação aos imóveis inscritos sob o cadastro Municipal nº 06.4.01.33.0319-000, 06.4.01.88.0020-001e 06.2.58.46.0321-000, descriminados nos carnês de fls. 32 a 34.

Na conformidade do exposto, em suma, meu voto dá provimento parcial ao agravo, confirmando o efeito ativo concedida *in limine.*

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2106865-91.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante JOCKEY CLUB DE SÃO PAULO, é agravado MUNICÍPIO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.657)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MARIA OLÍVIA ALVES (Presidente sem voto), SIDNEY ROMANO DOS REIS e REINALDO MILUZZI.

São Paulo, 31 de agosto de 2015.

LEME DE CAMPOS, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Desapropriação – Pretensão de levantar o valor depositado a título de indenização – Impossibilidade – Não cumprimento do disposto no art. 34 do Decreto-Lei 3.365/41 – Certidão positiva com efeito

Acesso ao Sumário

de negativa que não se presta para tal finalidade – Decisão mantida – Recurso improvido.

VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal, interposto contra a r. decisão copiada às fls. 19/20, que, em sede de ação de desapropriação, indeferiu o pedido de levantamento da indenização decorrente da expropriação.

Registra a agravante, inicialmente, que o débito fiscal a que se refere a penhora já se encontra quitado, em razão do acordo celebrado com o agravado.

Ademais, em relação à quitação das dívidas fiscais, alega que: (i) o IPTU referente ao exercício de 2015 não é devido, porquanto seu fato gerador é posterior à imissão provisória na posse; e (ii) os débitos referentes aos exercícios de 2009 a 2011encontram-se com a exigibilidade suspensa, haja vista a existência de certidão positiva com efeito de negativa.

Colaciona julgados.

Aduz estarem presentes os requisitos necessários à concessão da medida antecipatória.

Requer a concessão do efeito suspensivo e, ao final, o provimento do recurso.

Agravo regularmente processado apenas no efeito devolutivo (fl. 279), com apresentação de informações à fl. 283.

Decorreu o prazo legal sem apresentação de contraminuta, conforme certificado à fl. 284.

É o relatório.

Para fins de acesso aos Egrégios Tribunais Superiores, fica prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional abordada.

O agravante pretende o levantamento de parte dos valores já depositados por ocasião da imissão provisória na posse.

Acesso ao Sumário

De rigor, portanto, a análise dos requisitos previstos no artigo 34 do Decreto-lei nº 3.365/41, que assim determina:

"O levantamento do preço será deferido mediante prova de propriedade, de quitação de dívidas fiscais que recaiam sobre o bem expropriado, e publicação de editais, com o prazo de 10 dias, para conhecimento de terceiros." (grifos nossos)

No caso, o embate cinge-se exclusivamente à quitação dos débitos fiscais incidentes sobre o imóvel, porquanto os demais pressupostos mostram-se preenchidos (fls. 87/89 e 132/135).

Neste ponto, contudo, não se positivou o integral cumprimento das

exigências do citado artigo 34, donde se extrai a pertinência da decisão proferida pelo juízo "a quo".

Com efeito, prevalece o entendimento desta Câmara no sentido de que as Certidões Positivas com Efeito de Negativa não se prestam ao mister almejado, notadamente considerando-se que a exigência diz respeito à **quitação** da dívida tributária e não a simples garantia desta.

Por pertinente:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – Execução de sentença – Indenização por desapropriação – Indeferimento do levantamento de valores depositados – Pretensão de reforma – Impossibilidade – Ausência de cumprimento dos requisitos previstos no artigo 34 do Decreto-Lei nº 3.365/41 – Necessidade de quitação dos débitos fiscais que recaiam sobre o bem – Certidão positiva com efeito de negativa que não se presta para tal finalidade – Precedentes – Não provimento do recurso." (AI nº 2196671-74.2014.8.26.0000, Rel. Des. MARIA OLÍVIA ALVES, j. de 02.02.2015).

De mais a mais, o acordo firmado entre as partes (fls. 156/159) não elide o raciocínio delineado acima, porquanto, ao que tudo indica, o montante separado para saldar os débitos fiscais (80% do valor provisório) não foi suficiente para quitar a dívida em sua integralidade, de modo que a pretensão não é de ser deferida, ao menos por ocasião do momento.

Desta forma, sob qualquer ângulo que se analise a questão, vê-se que não houve o preenchimento dos requisitos necessários para o levantamento do valor depositado a título de indenização.

Assim, nenhuma reforma está a merecer o r. *decisum* monocrático - o qual inclusive fica ratificado, nos termos do art. 252 do Regimento Interno desta E. Corte de Justiça - proferido em consonância com os argumentos acima articulados, não se vislumbrando, para fins de prequestionamento, qualquer violação aos dispositivos legais e constitucionais invocados pela agravante.

Isso posto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2006279-80.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, ALP ADMINISTRAÇÃO DE BENS LTDA. e CARDOSO & ALMEIDA CONSTRUTORA E INCORPORADORA LDTA., são agravados LUÍS ALEXANDRE CARDOSO DE MAGALHÃES, ANA LUZIA DOS PASSOS

Acesso ao Sumário

ROSA DE MAGALHÃES, FINTIB LOTERIAS LTDA. e SORTE-SHOP LOTERIAS LTDA.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.081)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CARLOS MALHEIROS (Presidente) e CAMARGO PEREIRA.

São Paulo, 8 de setembro de 2015.

MARREY UINT, Relator

Ementa: Agravo de instrumento tirado de decisão que, nos autos de medida cautelar preparatória, indeferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela que objetivava a quebra do sigilo bancário, financeiro e fiscal dos Agravados – Presentes os requisitos legais autorizadores da medida requerida – Fatos descritos nestes autos foram amplamente divulgados pela imprensa nacional denominando-os de "Máfia do ISS" – Os sigilos bancário, financeiro e fiscal, espécie de direito à privacidade, devem ceder diante dos interesses público, social e da Justiça – Decisão reformada – Recurso provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão (fls. 211/212, prolatada pelo MM. Juiz Claudio Campos da Silva) que, nos autos de medida cautelar preparatória, indeferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela que objetivava a quebra do sigilo bancário, financeiro e fiscal dos Agravados.

Acesso ao Sumário

O recurso foi conhecido com a antecipação dos efeitos da tutela requerida, para autorizar a quebra de sigilo bancário, financeiro e fiscal dos Agravados, visto que presentes os pressupostos para a sua concessão, expedindo a ordem em conformidade com o pedido constante dos itens 4.1, 4.2 e 4.3 da petição inicial, atinentes às providências do programa SIMBA (fls. 214).

Muito embora intimados (fls. 222/225, 226, 229/ 233, 235/ 245 e 266/277), os Agravados não apresentaram contraminuta (fls. 278).

Em parecer, a Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso (fls. 254/263).

É o relatório do essencial.

O feito principal cuida de ação cautelar de exibição de documentos ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, ora Agravante, pretendendo a quebra do sigilo bancário, financeiro e fiscal dos Requeridos, ora Agravados.

Os fatos descritos nestes autos foram amplamente divulgados pela imprensa nacional[1], a saber:

"Máfia do ISS gera rombo em São Paulo

Corregedoria aponta fraude de fiscais na cobrança do imposto na capital

MARIO CESAR CARVALHO

DE SÃO PAULO

Fiscais corruptos existem em São Paulo desde o século 19, pelo menos, mas a máfia do ISS (Imposto sobre Serviços) descoberta em outubro, com a prisão de quatro de seus integrantes, inovou no método, na extensão dos achaques e na cobertura política, um arco ecumênico que vai do PT ao PR.

O método é empresarial. Uma planilha eletrônica apreendida pelo Ministério Público mostra que os fiscais contabilizavam os subornos.

Em 16 meses, de junho de 2010 a outubro de 2011, o grupo arrecadou R$ 29 milhões de 410 empreendimentos imobiliários. A prefeitura estima que foi causado um prejuízo de R$ 500 milhões ao reduzir o valor do ISS que empreendedores teriam de pagar para obter o Habite-se.

Todos os grandes empreendedores de São Paulo estão envolvidos com a máfia, segundo o promotor Roberto Bodini, da Cyrela à Brookfield, da Tenda (subsidiária da Gafisa) à Tecnisa.

Cinco empresas já admitiram ter pago propina aos fiscais, segundo o Ministério Público . A Brookfield, por exemplo, deu R$ 4,1 milhões. Outras empresas dizem ter sido achacadas pelo grupo.

A pergunta óbvia que o promotor fez é quem dava proteção política a um grupo tão organizado e atuante.

O fiscal Luís Alexandre de Magalhães contou que entregava R$20 mil por mês ao vereador Antonio Donato (PT) em 2012, que se tornaria o principal secretário do prefeito Fernando Haddad (PT).

Donato pediu demissão com as suspeitas e rebateu as acusações do fiscal.

Também foram envolvidos o irmão de Rodrigo Garcia (DEM), deputado federal licenciado e secretário do governador Geraldo Alckmin (PSDB), e o vereador Aurélio Miguel (PR). Todos negam envolvimento no esquema.

A maior novidade sobre a máfia talvez seja a maneira com o foi descoberta: por meio de investigação da Corregedoria Geral do Município, órgão criado por Haddad.

1 (endereço eletrônico constante do texto original)

Acesso ao Sumário

A corregedoria comparou os bens com os salários recebidos pelos fiscais e descobriu um nicho de novos milionários."

(SIC!) (grifos nossos)

O Agravado, Luís Alexandre Cardoso de Magalhães, inclusive concedeu entrevista ao programa Fantástico, da Rede Globo de Televisão, onde admitiu os atos de corrupção, em matéria denominada "confissões de um corrupto"[2].

Em resumo, os agentes públicos que ocupavam graduada posição no quadro funcional do Município transformaram diferentes unidades administrativas da Prefeitura em balcão de negócios, obtendo enriquecimento ilícito e prejuízo aos cofres municipais em proporções gigantescas. Organizaram esquema que negociava certidão de quitação de ISS e concessão de Habite-se para liberação de empreendimentos imobiliários, ficando conhecidos, conforme já acima informado, como a máfia dos fiscais de São Paulo (fls. 35/114).

Destaca-se a própria confissão de Luís Alexandre, admitindo participação na organização criminosa (fls. 116/121). As provas indicaram, ainda, aquisição de alentado patrimônio, cuja avaliação feita em pesquisa junto ao mercado aponta para a cifra de dezenove milhões de reais (fls. 123/127).

No depoimento prestado à promotoria, o Agravado admite possuir os bens sequestrados na esfera criminal, assinalando que parte deles está em seu nome, e a outra parte em nome de Ana Luzia e das empresas ora Agravadas (fls. 155/162). Menciona, ainda, que ao ingressar no serviço público o patrimônio do casal cingia-se a um veículo Chevrolet Kadett com alguns anos de uso, enquanto sua mulher, Ana Luzia, possuía um veículo Chevrolet Corsa.

Cediço que a melhor doutrina[3] e jurisprudência[4] já se sedimentaram no sentido de que o sigilo bancário, espécie de direito à privacidade, deve ceder diante dos interesses público, social e da Justiça, ainda mais em se tratando de servidor público.

Induvidoso que há necessidade de determinados documentos para que a ação de improbidade administrativa, a ser ajuizada, seja bem instruída. Ainda que os documentos requeridos estejam na posse de entidades idôneas (BACEN, etc.), forçoso reconhecer que um grande interregno temporal pode, eventualmente, causar descompasso no cerne de seus conteúdos, o que deve ser evitado.

Desse modo, o "fumus boni juris" é flagrante. Os Agravados, e suas empresas, são investigados, dentre outros motivos, em razão de desproporcionais evoluções patrimoniais. A documentação acostada, juntamente com a confissão

Acesso ao Sumário

2 (endereço eletrônico constante do texto original)

3 Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Branco, em Curso de Direito Constitucional, p. 376.

4 STF: AI 823.152/MT, relator Ministro Ricardo Lewandoviski.

de Luís Alexandre, torna forte a probabilidade do direito invocado pelo "Parquet" merecer guarida (documentos fiscais).

Noutro giro, o "periculum in mora" decorre da impossibilidade de se investigar a fundo eventual enriquecimento ilícito dos Agravados e suas ramificações, sem a quebra do sigilo fiscal e bancário. Aliás, manobras de dissimulação do patrimônio, por meio de transações imobiliárias, avultam o risco de uma ação principal ser deficientemente proposta.

Em parecer, a Douta Procuradoria Geral de Justiça bem abordou a questão, razões estas que também integram este Acórdão (fls. 263):

(...)

No caso concreto há real necessidade de quebrar os sigilos, pois as informações obtidas no inquérito civil dão conta de desvios de valores dos cofres do município ensejando vultoso acúmulo patrimonial dos agentes públicos envolvidos. Sendo assim, penso que absolutamente necessárias se revelaram as quebras, pois somente desse modo poderão ser obtidos os elementos probatórios necessários.

Os sigilos bancário e fiscal têm raiz no direito à intimidade, não sendo absoluto, mas dependendo de autorização judicial sua quebra. Portanto, há necessidade fática de se obter a prova e, por outro lado, apenas com ordem judicial tais elementos serão entregues ao Ministério Público autor, notadamente os documentos provenientes da Receita Federal e bancos. Sendo assim, patente a necessidade da medida.

(...)

Por tudo, de rigor autorizar-se a quebra de sigilo bancário, financeiro e fiscal dos Agravados, visto que presentes os pressupostos para sua concessão, expedindo-se a ordem em conformidade com o pedido constante dos itens 4.1, 4.2 e 4.3 da petição inicial, atinentes às providências do programa SIMBA, confirmando-se a antecipação da tutela recursal outrora deferida.

Em face do exposto, dá-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2054297- 98.2015.8.26.0000, da Comarca de Casa Branca, em que é agravante MUNICÍPIO DE CASA BRANCA, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO 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 em parte ao recurso. V.U., de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.624)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JARBAS GOMES (Presidente sem voto), ANTONIO CELSO FARIA e PAULO DIMAS MASCARETTI.

São Paulo, 10 de agosto de 2015.

CRISTINA COTROFE, Relatora

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – TRATAMENTO MÉDICO.

1. Correção de mielomeningocele – Cirurgia intrauterina – Tutela antecipada deferida – Admissibilidade – Presença dos requisitos autorizadores da medida cautelar – Perigo na demora da prestação justificado – Tutela constitucional do direito à saúde e dignidade da pessoa humana – Dever de prestar integral atendimento.

2. *Astreintes* – Admissibilidade - Forma de compelir a parte ao cumprimento da decisão – Fixação que deve guardar parâmetro com a obrigação que se pretende alcançar – Valor que deve atender aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade – Multa diária reduzida para R$ 1.000,00.

Recurso parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo ***Município de Casa Branca*** contra a respeitável decisão de fls. 13, que, nos autos da ação civil pública proposta pelo ***Ministério Público do Estado de São Paulo***, deferiu a liminar para determinar que requerida providenciasse a cirurgia intrauterina de Daiana Aparecida da Silva Magalhães para a correção de mielomeningocele, sob pena de pagamento de multa diária no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais).

A agravante argui, preliminarmente, a falta de interesse processual, haja vista que o presente caso trata-se de relação consumerista entre a paciente e o plano de saúde Amil, o qual não quer cobrir as despesas com a cirurgia em questão. No mérito, sustenta, em síntese, que somente pode arcar com os custos de tratamento da saúde da população mais carente e que não possui recursos financeiros para atender a Sra. Daiana. Subsidiariamente, requer a exclusão das

Acesso ao Sumário

astreintes e que o atendimento seja prestado pelo Ente Público Estadual.

Regularmente processado o recurso sem a outorga do efeito suspensivo, foram dispensadas informações do Juízo *a quo* e apresentação de contraminuta.

Intimado, o agravado apresentou contraminuta.

A douta Procuradoria de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso

É o relatório.

O recurso comporta parcial provimento.

Inicialmente, cabe ressaltar que o julgamento deste recurso (mérito do agravo) limita-se à presença ou não dos requisitos autorizadores da concessão da tutela antecipada, vedado o exame da matéria de fundo da impetração originária.

Com efeito, o deferimento da antecipação dos efeitos da tutela, de acordo com o art. 273, CPC, está condicionado à demonstração da verossimilhança da alegação (*fumus boni juris*) e do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (*periculum in mora*).

Ademais, a concessão da medida constitui faculdade atribuída ao Magistrado, prendendo-se ao seu prudente arbítrio e livre convencimento, dependendo o deferimento da relevância do fundamento do pedido e do risco da ineficácia da medida, na hipótese de se aguardar a providência final.

Tratando das decisões que antecipam os efeitos da tutela, já se decidiu que:

> *"Ressalta-se desaconselhável modificar as decisões de primeiro grau de jurisdição que concedem ou neguem antecipação da tutela, salvo quando ilegais, irregulares, teratológicas ou eivadas de nulidade insanável, o que não é o caso dos autos, cabendo, ao Juiz de primeira instância, por mercê dos elementos de convicção que objetivamente lhe sejam presentes, além da valoração personalíssima que forçosamente o incline a entender verossímil o pedido, concluir ser o caso de antecipar a tutela jurisdicional ou não".*[1]

No caso em comento, verifica-se que o conjunto probatório existente nos autos é suficiente para que se conclua sobre a necessidade da antecipação da tutela almejada, vez que o agravado comprovou o perigo na demora e a verossimilhança de suas alegações ao trazer os autos o relatório médico e demais documentos que demonstram a necessidade da realização de cirurgia intrauterina em Daiana Aparecida da Silva Magalhães para a correção de mielomeningocele.

Ressalte-se que, cabe ao médico, que é o profissional habilitado, avaliar a situação de cada paciente e prescrever-lhe o melhor tratamento, como ocorreu no caso em tela.

Ademais, eventuais limitações orçamentárias não podem justificar o

Acesso ao Sumário

1 TJSP, Ag. Inst. n. 525.901-4/5-00, rel. Des. JUSTINO MAGNO ARAÚJO.

descumprimento de obrigação imposta pela Constituição Federal.

Oportuno, citar aqui a decisão do eminente Ministro Celso de Mello, do Pretório Excelso, proferida na medida liminar intentada pelo Estado de Santa Catarina (petição nº 1.246-1), a saber:

> *"Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, 'caput'), ou fazer prevalecer, secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida".*

Portanto, quanto à determinação da realização de cirurgia em questão não se entrevê qualquer ilegalidade ou abuso que possa macular a decisão atacada, notadamente porque devidamente fundamentada na tutela do direito à saúde e dignidade da pessoa humana.

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*."

E, na eventualidade de se acolher a tese de irresponsabilidade do Município pelo fornecimento do tratamento requerido, poderá ele se voltar contra quem entender responsável para tanto.

Contudo, no tocante à fixação de *astreintes*, a sentença *a quo* merece uma pequena reforma.

Com efeito, cumpre consignar que não há qualquer óbice para a fixação de multa diária para o caso do não cumprimento da determinação imposta, tendo em vista ser perfeitamente possível a aplicação do disposto no artigo 644 do Código de Processo Civil às Fazendas Públicas, visto que não estão acobertadas pelo privilégio de, por serem entes públicos, ficarem inertes ao comando judicial.

No entanto, muito embora não haja limites para a fixação de *astreintes*, ela deve se assentar em critérios de razoabilidade e proporcionalidade à tutela judicial que se visa almejar.

Acesso ao Sumário

Destarte, uma vez que o objetivo da multa do artigo 461 do Código de Processo Civil é coagir o devedor ao cumprimento de obrigação específica, o valor imposto deve ser razoável, não se admitindo quantia ínfima nem tampouco excessiva.

Assim, a redução da multa diária para R$ 1.000,00 (um mil reais) é salutar, pois o valor fixado pelo Juízo a quo mostra-se excessivo, fugindo dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade que se impõem para não transmudar a penalidade em obrigação principal.

Por fim, observa-se que os demais argumentos expostos na inicial do agravo de instrumento envolvem matéria de mérito da própria ação civil pública, inibindo maiores considerações nesta sede recursal, sob pena de supressão de juízo de cognição.

De qualquer modo, para viabilizar eventual acesso às vias extraordinária e especial, considero prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando o pacífico entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida (EDROMS 18205/SP, Ministro FELIX FISCHER, DJ 08.05.2006 p. 240).

Ante o exposto, pelo meu voto, ***dá-se parcial provimento*** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2128442-28.2015.8.26.0000, da Comarca de Jundiaí, em que é agravante VENTTURINI ENGENHARIA PARTICIPAÇÕES E GERENCIAMENTO LTDA., é agravado PREFEITURA MUNICIPAL DE CAJAMAR.

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 0804)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EUTÁLIO PORTO (Presidente sem voto), SILVA RUSSO e RODRIGUES DE AGUIAR.

São Paulo, 24 de agosto de 2015.

RAUL DE FELICE, Relator

Ementa: Agravo de instrumento – Execução fiscal – Exceção de pré- executividade – Município de Cajamar – IPTU dos exercícios de 2006 a 2008 – Pretendido reconhecimento da ilegitimidade de parte da excipiente – Possibilidade – Transcrição da alienação do bem no competente Cartório de Registro de Imóveis efetuada em momento anterior ao ajuizamento da ação – Honorários advocatícios devidos por aplicação do princípio da causalidade – Decisão reformada – Agravo provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto por **VENTTURINI ENGENHARIA PARTICIPAÇÕES E GERENCIAMENTO LTDA.** contra a decisão copiada a fls. 24/26, que, nos autos da execução fiscal em face dela proposta pela **PREFEITURA MUNICIPAL DE CAJAMAR**, rejeitou a exceção de pré-executividade apresentada, com fundamento na legitimidade da executada para figurar no polo passivo da ação, vez que ela era proprietária do imóvel à época dos fatos geradores.

Alega a agravante, em síntese, que a decisão atacada merece reforma, pois o imóvel foi vendido por meio de instrumento particular devidamente registrado perante o competente Cartório de Imóveis, em 18 de outubro de 2008, para a empresa Carla Participações Ltda., que assumiu toda a dívida de IPTU incidente sobre o bem. Requer a concessão de efeito suspensivo ao recurso, e seu posterior provimento, para que a ação seja extinta em relação à agravante.

O recurso foi recebido e processado com a concessão parcial do efeito suspensivo, tendo a Municipalidade apresentado contraminuta a fls. 62/65, pleiteando a manutenção da r. decisão agravada, sob o argumento de que o imóvel transferido a Carla Participações Ltda. (matrícula 79.971) é diverso daquele que é objeto da presente ação (matrícula 16.704) e, mesmo que se trate de desmembramento, conforme alegado, de qualquer forma subsistiria o débito, pois não há menção ao imóvel nos registros Municipais, de modo que o pleito teria ocorrido por desídia da agravante.

É O RELATÓRIO.

O presente recurso merece ser provido.

Verifica-se que em dezembro de 2010 a Municipalidade de Cajamar ajuizou execução fiscal relativa ao IPTU de 2006 a 2008 em face da agravante, que apresentou exceção de pré-executividade alegando ilegitimidade passiva, sob o argumento de que o imóvel havia sido transferido por meio de Instrumento Particular de Promessa Irretratável e Irrevogável de Transmissão de Propriedade de Bens Imóveis como Dação em Pagamento, Quitação de Dívida e Outras Avenças, datado de 30 de julho de 2008, devidamente registrado perante o 2º Oficial de Registro de Imóveis da Comarca de Jundiaí, em outubro de 2008, no qual a compradora se responsabilizou pelas dívidas de IPTU incidentes sobre o bem.

O D. juízo *a quo* entendeu por bem não acolher a objeção, sob o argumento de que a excipiente é responsável pelos débitos existentes até a data da transferência da propriedade do imóvel, e ainda, que as convenções entre particulares não obrigam a Fazenda, cabendo à parte que se sentir lesada ajuizar

Acesso ao Sumário

ação de regresso em face de quem de direito.

Sem razão.

Isso porque, o art. 34 do Código Tributário Nacional atribui a condição de contribuinte do IPTU ao proprietário, ao titular do domínio útil ou ao possuidor do imóvel a qualquer título, enquanto o artigo 1.245 do Código Civil é expresso ao dispor que:

"Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis.

§ 1º Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel."

Extrai-se dos autos que a transferência da propriedade do imóvel foi registrada no cartório competente (fls.43/44), em 02.10.2008, momento em que a adquirente passou a ser responsável pelas dívidas incidentes sobre o imóvel, em razão da natureza *propter rem* da obrigação relativa ao IPTU, que não acompanha o proprietário, mas sim, o imóvel. Vale dizer que, conforme consta da matrícula, o imóvel é objeto de desmembramento, e, além disso, situa-se no mesmo endereço constante na CDA, de modo que o imóvel transferido é o mesmo que integra o objeto da execução.

Posto isso, é de rigor a exclusão da agravante do polo passivo do feito, vez que ela deixou de ser responsável pelos tributos e dívidas incidentes sobre o imóvel em momento anterior ao ajuizamento da execução fiscal.

Por fim, a responsabilidade pelos encargos processuais deve ser solucionada com base no princípio da causalidade, estampado no art. 20 do Código de Processo Civil, que dispõe que:

"A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria".

Embora a exceção de pré-executividade seja mero incidente processual, ou seja, não se trata de instauração de um processo autônomo, a condenação nos honorários nos moldes de sobredito artigo se justifica quando ela ocasionar a extinção da execução, como no caso dos autos.

Nesse sentido:

"PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. HONORÁRIOS DE ADVOGADO, EM PRINCÍPIO, SÃO DEVIDOS (CPC, ART. 20, § 4º). DISTINÇÃO ENTRE EXECUÇÃO EXTINTA E EXECUÇÃO NÃO ENCERRADA. Em linha de princípio, na exceção de pré-executividade, cabe a condenação em verba honorária, convindo, porém, fazer a distinção entre a exceção extintiva ou não

Acesso ao Sumário

da execução. ***Se importar, por iniciativa do devedor, em extinção da execução impõe-se a condenação em verba honorária, eis que caracterizada a sucumbência****. Não extinta a execução, a exceção de pré-executividade tem caráter de nímio incidente processual, descabendo impor-se o encargo da verba de patrocínio. Recurso não conhecido* (STJ - REsp. nº 442.156 - SP - Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca - J. 15.10.2002 - DJ 11.11.2002). (Grifei)

Desse modo, deve a Municipalidade arcar com os honorários advocatícios da agravante, que arbitro em R$ 500,00 (quinhentos reais) em consonância com o art. 20, § 4º do Código de Processo Civil, segundo o qual, *"nas causas de pequeno valor, nas causas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação eqüitativa do juiz (...)"*.

Pelo exposto, **dá-se provimento ao recurso interposto**, para que a agravante seja excluída do feito executivo, nos termos do acórdão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2092673-56.2015.8.26.0000, da Comarca de Jaguariúna, em que é agravante PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. - PETROBRAS, são agravados AILTON BENEDITO SOARES, LAURA RAMPÁZIO SOARES, JOÃO BATISTA PEREIRA, JOSÉ LUIZ BUENO DA SILVA, NEUZA CRISTINA DA CUNHA, EDERALDO JOSÉ CHIAREGATO e LISETE BARBOSA CHIAVEGATO.

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 20.228)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CARLOS EDUARDO PACHI (Presidente) e REBOUÇAS DE CARVALHO.

São Paulo, 26 de agosto de 2015.

MOREIRA DE CARVALHO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Ação de constituição de servidão administrativa em fase de execução – Determinação de apuração do valor devido por meio de perícia contábil para dirimir as impugnações apresentadas pelas partes – Desnecessidade de perícia contábil – Verificação

do cálculo que deverá ser efetivada pelo Contador Judicial – Decisão reformada e recurso provido.

VOTO

AGRAVO DE INSTRUMENTO interposto por **PETROBRAS PETRÓLEO BRASILEIRO S.A.** nos autos de ação de servidão administrativa de passagem movida em face de **AILTON BENEDITO SOARES E OUTROS**, em fase de execução, contra decisão que determinou a realização de cálculo do valor devido ao expropriado por Perito Judicial, arbitrou seus honorários e determinou o depósito pela expropriante no prazo de dez dias. Inconformada, alega que é função da contadoria judicial a elaboração dos cálculos judiciais, sendo desnecessária a nomeação de perito judicial para aferição dos valores no caso em questão. Requer a concessão de efeito suspensivo e, ao final, a reforma da r. decisão, determinando a remessa dos autos para Contadoria Judicial para conferência dos cálculos de liquidação de sentença, resolvendo a controvérsia, ou alternativamente, seja partilhado os honorários do perito nomeado judicial, uma vez que ambas as partes controvertem sobre os cálculos apresentados.

O recurso processou-se com a outorga do efeito pretendido para suspender a decisão agravada até decisão final deste recurso (fls. 709/710).

Houve apresentação de contraminuta ao agravo (fls. 715/717).

Vieram os autos para julgamento.

RELATEI.

No caso em comento, a decisão agravada determinou a realização do cálculo do valor devido ao expropriado por Perito Judicial, para solucionar a dúvida acerca de valores e levantamentos efetuados, arbitrando os honorários em R$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais) e imputando a responsabilidade pelo pagamento da verba para a expropriante, ora agravante.

No entanto, ao contrário do entendimento do Magistrado *a quo*, o novo cálculo deve ser elaborado pelo Contador Judicial, eis que envolve apenas cálculos aritméticos, os quais poderão ser objeto de conferência, pela via dos cálculos da contadoria judicial nos termos do art. 475-B, § 3º, do Código de Processo Civil, não havendo neste momento processual, necessidade de nomeação de perito contábil.

Deve-se ponderar que a nomeação de perito, no âmbito da execução, reserva-se para as hipóteses de cálculos complexos, no bojo da denominada liquidação por arbitramento. Porém, este não é o caso em análise.

Neste sentido há precedente desta 9ª Câmara de Direito Público:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO DE SENTENÇA – Ação de indenização – Expurgos Inflacionários relativos a depósitos judiciais

Acesso ao Sumário

– Determinação de apuração do valor devido através de perícia contábil, por entender complexa a impugnação apresentada pelo Banco executado – Reforma necessária – Desnecessidade de perícia contábil, por se tratar de mero cálculo aritmético – Verificação do cálculo do débito apresentado pela exequente que deverá ser efetivada pelo Contador Judicial – Recurso parcialmente provido. (TJSP – Agravo de Instrumento nº 2088220-52.2014.8.26.0000 – Des. Rel. Rebouças de Carvalho – J. 06.08.14)

Por fim, impende observar que caso não haja contador na Comarca, cabe ao Magistrado encaminhar os autos para Comarca mais próxima para a elaboração dos cálculos.

Ocorrendo isto, **DOU PROVIMENTO AO RECURSO.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2147364-20.2015.8.26.0000, da Comarca de Santo André, em que é agravante SOLVAY INDUPA BRASIL S.A., é agravado PREFEITURA MUNICIPAL 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 25.400)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EUTÁLIO PORTO (Presidente) e RAUL DE FELICE.

São Paulo, 10 de setembro de 2015.

RODRIGUES DE AGUIAR, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – IPTU de 1991 – Município de Santo André – Penhora *on line* – Atualização monetária relativa ao período em que o dinheiro permaneceu depositado em juízo – Responsabilidade da instituição financeira – Súmula 179 do c. STJ – Ademais, após o levantamento do valor bloqueado, a execução foi extinta por sentença ao fundamento de satisfação da obrigação pelo devedor, contra a qual não há notícia de recurso – Penhora *on line* indevida - RECURSO

PROVIDO.

VOTO

1. Agravo de instrumento interposto pela executada SOLVAY INDUPA BRASIL S/A contra r. decisão copiada a fls. 105/ss, proferida em Embargos à Execução Fiscal ajuizada pelo MUNICÍPIO DE SANTO ANDRÉ, referente a IPTU de 1991, pelo qual a recorrente pretende desbloqueio do valor de R$ 1.574,72, bloqueado por força de penhora *on line* sistema Bacen Jud, alegando em suma que todo o valor pretendido pelo credor R$ 84.093,35, e mais o valor de R$ 12.461,88, a título de honorários advocatícios, foram bloqueados pelo sistema Bacenjud, transferidos para conta judicial no Banco do Brasil e levantados pelos credores após trânsito em julgado de sentença de improcedência dos embargos, tanto que foi extinta a execução. Realça que, se existente saldo devedor remanescente em razão de correção de valor, o devedor é a instituição financeira depositária, conforme súmula 179 do c. STJ, e não a executada, já que quitou tudo que devia na execução. Argumenta que a nova ordem de bloqueio violaria o contraditório, a ampla defesa e a segurança jurídica, pois sequer teve oportunidade de manifestar-se sobre ela.

2. A r. decisão agravada, do MMº Juiz Marcelo Franzin Paulo, diante de requerimento do Município, deferiu penhora *on line* no valor de R$ 1.574,72 pelo sistema BacenJud.

3. Deferido o pedido liminar (fls. 114).

4. Recurso tempestivo, preparo (fls. 18/ss), respondido (fls. 119/ss) e decorrido o prazo legal sem oposição ao julgamento virtual (fls. 128).

É o relatório.

5. Em 06/03/2012 o valor da execução foi atualizado, totalizando R$ 84.096,35 (fls. 58).

Atendendo a pedido do credor exequente, foi determinado o bloqueio *on line* pelo sistema Bacenjud de aludido valor, o que efetivamente ocorreu em 26/03/2012 (fls. 61).

Esse valor foi transferido da conta bancária da executada para uma conta judicial no Banco do Brasil em 04/07/2012 (fls. 69).

Isso mostra que o valor devido pela executada e pretendido pelo credor estava em conta bancária judicial, de modo que a atualização monetária relativa ao período compreendido entre o bloqueio (26/03/12 – fls. 61) e o levantamento (10/02/15 – fls. 86), não seria responsabilidade da executada, mas sim da instituição financeira na qual o valor estava depositado (art. 32, I e II, §§ 1º e 2º, da LEF).

Neste sentido a súmula 179 do c. STJ:

Acesso ao Sumário

O estabelecimento de credito que recebe dinheiro, em depósito judicial, responde pelo pagamento da correção monetária relativa aos valores recolhidos.

É oportuno lembrar dos termos do § 4º do art. 9º da LEF, os quais estabelecem que:

Somente o depósito em dinheiro, na forma do artigo 32, faz cessar a responsabilidade pela atualização monetária e juros de mora.

Além disso, fica registrado que por sentença do d. juízo *a quo*, datada de 11/11/2014, o processo de execução foi extinto, com base no art. 794, I, CPC – satisfação da obrigação pelo devedor (fls. 98). Note-se que não há notícia de que tenha havido recurso contra tal decisão, o que leva a crer que tenha havido trânsito em julgado.

Se é assim, o Município estaria impedido de requerer saldo remanescente em autos de uma execução extinta há mais de oito meses.

Dessa forma, não teria cabimento o pedido de bloqueio *on line* feito em 20/05/2015 (fls. 101) e muito menos o bloqueio efetivado em 03/07/2015, no valor de R$ 1.574,72 (fls. 109).

Pelo meu voto, recurso provido para confirmar a liminar de desbloqueio.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2171009-74.2015.8.26.0000, da Comarca de Barretos, em que são agravantes FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e SÃO PAULO PREVIDÊNCIA – SPPREV, é agravado CELSO AUGUSTO.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.082)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BORELLI THOMAZ (Presidente) e SOUZA MEIRELLES.

São Paulo, 23 de setembro de 2015.

FERRAZ DE ARRUDA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA NA SENTENÇA – RECEBIMENTO DO APELO NO EFEITO MERAMENTE DEVOLUTIVO

– EXECUÇÃO PROVISÓRIA QUE IMPLICA ADIANTAMENTO DE PROVENTOS DE APOSENTADORIA A SERVIDOR – CARÁTER ALIMENTAR DA VERBA E PERIGO DE DANO IRREPARÁVEL CARACTERIZADO PELA IDADE AVANÇADA QUE SE SOBREPÕEM À VEDAÇÃO CONTIDA NO ARTIGO 2º-B, DA LEI 9.494/97 – PRESTÍGIO À EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO – ENTENDIMENTO DO STJ – RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão que, em sede de ação ordinária objetivando a concessão de aposentadoria compulsória julgada procedente, recebeu o recurso de apelação apenas no efeito devolutivo.

Insurgem-se as agravantes contra a decisão que antecipou os efeitos da tutela na sentença (embora o tenha negado no início do feito) apenas para impedir o recebimento do apelo no efeito suspensivo. Sustentam que há vedação expressa à antecipação da tutela na hipótese, prevista no artigo 2º-B, da Lei 9.494/97. Acrescentam, ainda, que está ausente o receio de dano irreparável, bem como a possibilidade de reversibilidade da medida.

Foi concedido o efeito suspensivo e o agravado ofertou contraminuta.

É o relatório.

O autor ajuizou ação ordinária objetivando que sua aposentadoria compulsória levasse em conta o tempo em que, exonerado por acumulação indevida, aguardava sua reintegração ao cargo.

A sentença de procedência da demanda houve por bem conceder a antecipação da tutela para permitir ao autor o recebimento do benefício desde então.

Com efeito, não se ignora a dicção do artigo 2º-B, da Lei 9.494/97, invocado pela agravante. Ocorre que na hipótese, como bem salientou o Julgador *a quo* na decisão agravada, além de a verba possuir caráter alimentar, existe o fundado receio de dano irreparável, principalmente levando-se em conta a idade avançada do autor (fl. 234).

Tais circunstâncias devem preponderar sobre a restrição legal invocada, de modo a prestigiar a efetividade da jurisdição.

Nesse sentido, precedente do STJ:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA E EXECUÇÃO

Acesso ao Sumário

PROVISÓRIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. PAGAMENTOS DEVIDOS AOS SERVIDORES INATIVOS. POSSIBILIDADE. 1. As vedações previstas no art. 2º-B da Lei nº 9.494/1997 devem ser interpretadas restritivamente, por isso é que, satisfeitos os requisitos autorizadores da antecipação da tutela, e não sendo a hipótese enquadrável nas referidas limitações, é possível sua concessão em desfavor da Fazenda Pública. 2. "As limitações à concessão de antecipação dos efeitos da tutela, ou mesmo da execução de sentença antes do trânsito em julgado, contra o Poder Público, previstas na Lei nº 9.494, de 1997, não alcançam os pagamentos devidos aos servidores inativos e pensionistas, na linha da jurisprudência" (AgRg na SLS 1.545/RN, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, CORTE ESPECIAL, julgado em 2/5/2012, DJe 15/5/2012). 3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(Processo AgRg no REsp 1138167 / RN; Relator(a) Ministro OG FERNANDES; T6; Data do Julgamento: 20/09/2012; DJe 01/10/2012).

Diante do exposto, nego provimento ao recurso, cassada a liminar aqui concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2048358-40.2015.8.26.0000, da Comarca de Presidente Prudente, em que são agravantes IVO RODRIGUES DO NASCIMENTO e MASSA FALIDA DE GARAVELO E CIA., é agravado PREFEITURA MUNICIPAL DE PRESIDENTE PRUDENTE.

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 da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.460)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BEATRIZ BRAGA (Presidente), WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI e BURZA NETO.

São Paulo, 24 de setembro de 2015.

BEATRIZ BRAGA, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: Agravo de instrumento. Ação declaratória de inexigibilidade tributária. ISSQN. Pedido de levantamento de honorários contratuais indeferido. Contrato de prestação de serviços profissionais firmado

com a empresa antes de sua falência. Incidência da *vis attractiva*. Pedido que deve ser deduzido no Juízo da falência – Juízo universal – Crédito resultante de honorários advocatícios possui natureza alimentar e equipara-se ao trabalhista para efeitos de habilitação em falência. Art. 83, I da Lei de Falências. Diferentes são os honorários de advogado que resultam de trabalhos prestados à Massa Falida, depois do decreto da falência – créditos extraconcursais, nos termos dos arts. 84 e 149 da Lei de Falências – o que não configura a hipótese dos autos. Manutenção da decisão agravada de rigor. Nega-se provimento ao recurso.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a decisão fls.16/17 que indeferiu o pedido de levantamento dos honorários contratuais decorrentes do precatório oriundo da Ação Declaratória de Inexistência de Obrigação Tributária ajuizada pela empresa Garavelo e Cia contra o Município de Presidente Prudente (fls. 25/31).

Sustenta o agravante, em síntese, que é permitida a dedução dos honorários contratuais da quantia recebida por sua constituinte; cita o art. 22, § 4º da Lei 8.906/94; o seu contrato foi aprovado pelo Juízo da Falência; possui responsabilidades vigentes com a massa falida; aduz que o indeferimento do levantamento de seus honorários vai de encontro com a ordem constitucional e infraconstitucional; aponta *error in judicando*, uma vez que a verba honoraria possui natureza autônoma e alimentar; afirma inexistir obrigatoriedade de transferência da competência para a apreciação do pedido de dedução de seus honorários nos autos em que tramitou o feito; não se trata de questão a ser tratada nos autos da falência, nem existe dependência a ele, cita o art. 75 da Lei de Falências; pugna pela reforma da decisão (fls. 01/15).

Sem contraminuta (certidão de fls. 117).

É o relatório.

O recurso não merece prosperar.

O agravante se insurge contra a decisão que indeferiu seu pedido de levantamento de honorários contratuais decorrentes do precatório oriundo da Ação Declaratória de Inexigibilidade Tributária (fls. 16/17).

Consta dos autos que o contrato de prestação de serviços profissionais firmado por ele com a empresa Garavelo e Cia Ltda. foi realizado em 03/08/1994. No entanto, referida empresa teve sua falência decretada em 09/05/1996.

Como se sabe, os honorários advocatícios possuem natureza alimentar e

Acesso ao Sumário

se equiparam ao crédito trabalhista para efeitos de habilitação em processo de falência.

Nesse sentido posiciona-se o STJ:

> DIREITO PROCESSUAL CIVIL E EMPRESARIAL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FALÊNCIA. HABILITAÇÃO. CRÉDITO DE NATUREZA ALIMENTAR. ART. 24 DA LEI N. 8.906/1994. EQUIPARAÇÃO A CRÉDITO DE NATUREZA TRABALHISTA. 1. Para efeito do art. 543-C do Código de Processo Civil: 1.1) **Os créditos resultantes de honorários advocatícios têm natureza alimentar e equiparam-se aos trabalhistas para efeitos de habilitação em falência**, seja pela regência do Decreto-Lei n. 7.661/1945, seja pela forma prevista na Lei n. 11.101/2005, observando, neste último caso, o limite de valor previsto no artigo 83, inciso I, do referido Diploma Legal. 1.2) São créditos extraconcursais os honorários de advogado resultantes de trabalhos prestados à massa falida, depois do decreto de falência, nos termos dos arts. 84 e 149 da Lei n. 11.101/2005. 2. Recurso especial provido. (Resp. 1152218/RS, STJ, Corte Especial, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 07.05.2014).

Não obstante o fato de o contrato do agravante ter sido integralmente aprovado pelo Juízo que preside o processo de falência, bem como a existência de responsabilidades contratuais vigentes para com a Massa Falida, certo é que os honorários contratuais objeto desse agravo decorrem de serviços prestados antes da decretação da falência e como tais, equiparam-se aos trabalhistas, conforme explicado acima.

Não há que se confundir com os honorários decorrentes da prestação de serviço à Massa Falida, uma vez que esses são prestados após a decretação da falência e, portanto, são considerados créditos extraconcursais – *que devem ser pagos antes de qualquer outro crédito concursal* – nos termos dos artigos 84 e 149 da Lei de Falências, hipótese esta não configurada nos autos.

O mote da definição da competência, no caso, é que os honorários advocatícios contratuais representam crédito anterior ao decreto de falência e, assim, a competência é atraída para o seu juízo universal.

Acesso ao Sumário

Fábio Ulhoa explica que:

> O juízo da falência é universal. Isso significa que todas as ações referentes aos bens, interesses e negócios da massa falida serão processadas e julgadas pelo juízo perante o qual tramita o processo de execução concursal por falência. É a chamada aptidão atrativa do juízo falimentar, ao qual conferiu a lei a competência para conhecer e julgar todas as medidas judiciais de conteúdo patrimonial referentes ao falido ou à massa falida. (Fábio Ulhoa Coelho, "Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas", Ed. Saraiva, 2005, p. 201).

(Grifei).

Veja que o intuito do legislador é o de assegurar a equanimidade no rateio, por isso acertada a decisão de origem que determinou que o pedido de levantamento dos honorários fosse feito perante o Juízo em que tramita o processo de falência.

Desse modo, descabida a alegação de *error in judicando* na decisão agravada, a qual deve ser mantida nos termos em que proferida.

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 Agravo de Instrumento nº 2052231-82.2014.8.26.0000, da Comarca de São Vicente, em que é agravante CATHY VALERIA ROCHA TERRABUIO, é agravado INSTITUO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL.

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 24.244)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VALDECIR JOSÉ DO NASCIMENTO (Presidente) e JOÃO NEGRINI FILHO.

São Paulo, 29 de setembro de 2015.

CYRO BONILHA, Relator

Ementa: ACIDENTÁRIA – Execução – Inclusão de valor relativo à multa por cumprimento tardio da antecipação de tutela – Cabimento – Multa efetivamente cominada – Concordância, ademais, da autarquia com o valor apurado – Cabimento, também, da incidência de juros moratórios entre a conta de liquidação e o pagamento do requisitório (RPV) na hipótese de o depósito ser efetuado após o decurso do prazo constitucional – Interpretação da

Acesso ao Sumário

Súmula Vinculante nº 17 do STF – Recurso provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra r. decisão que, em ação acidentária em fase de execução, determinou o retorno dos autos à Contadoria para retificação ou ratificação dos cálculos já elaborados, com a exclusão do valor relativo à multa por cumprimento tardio da antecipação de tutela e o cômputo de juros de mora a partir do dia seguinte ao da expiração do prazo para pagamento das RPVs.

Pretende a agravante a reforma da decisão. Alega que a questão referente à multa está coberta pela preclusão, aduzindo que o cálculo de liquidação contou com a aquiescência da autarquia. Sustenta, ainda, que os juros de mora devem incidir desde a aludida conta, à base de 1% ao mês.

Processado o recurso no efeito devolutivo, a parte contrária não apresentou contraminuta.

Dispensou-se a requisição de informações.

A Procuradoria Geral de Justiça não mais se manifesta em ações acidentárias.

É o relatório.

Respeitado o convencimento do ilustre magistrado, procede o inconformismo.

Primeiramente, no tocante à inclusão no débito exequendo de valor relativo à multa por cumprimento tardio da antecipação de tutela, cumpre consignar que, conquanto a sentença de fls. 103/106 e o acórdão de fls. 139/142 (trazidos por cópia às fls. 72/75 e 77/80, respectivamente) não façam menção a respeito, houve sim cominação de multa diária para o caso de descumprimento do prazo de cinco dias para implementação da revisão do benefício da autora (conforme despacho trazido por cópia às fls. 60).

Assim, é de ser provido, no particular, o recurso, para que seja mantido no débito exequendo o valor apurado pela agravante relativo à multa cominada (R$ 21.489,00 para novembro de 2010 – fls. 83), o qual, por sinal, teve a concordância expressa do INSS (fls. 92).

Quanto aos juros, cabe observar que, apoiado em decisões oriundas do Supremo Tribunal Federal, este relator vem defendendo a tese de que não há incidência de juros moratórios entre a conta de liquidação e a inscrição do precatório, desde que, porém, seja observado o prazo para pagamento disciplinado pelo art. 100, § 1º, da Constituição Federal e pelo art. 128 da Lei nº 8.213/91 (requisitório – RPV).

Ocorre que o aludido prazo não foi respeitado no caso em tela, porquanto,

Acesso ao Sumário

recebido o requisitório em março de 2011 (fls. 95), o pagamento só veio a ser efetuado em 22/03/2012 (fls. 100).

Não se desconhece a orientação jurisprudencial do STJ no sentido de que o pagamento a destempo acarreta a aplicação de juros somente em relação ao período excedido, ou seja, a partir do primeiro dia seguinte ao da expiração do prazo constitucional, não havendo mora anteriormente.

No entanto, há de prevalecer a Súmula Vinculante nº 17 do STF, que estabelece o seguinte: "*Durante o período previsto no § 1º do art. 100 da Constituição, não incidem juros de mora sobre os precatórios que nele sejam pagos*".

Ao menos em sua redação atual, o aludido enunciado conduz à interpretação de que a "isenção" dos juros refere-se apenas aos precatórios pagos no prazo constitucional, única explicação para a inclusão da ressalva "sobre os precatórios que nele sejam pagos".

Assim, respeitado o entendimento dos que defendem tese diversa, tem-se que, não observado o prazo constitucional de pagamento, a incidência dos juros moratórios abrangerá todo o período, ou seja, da data da conta até a do depósito, excluída a sua aplicação sobre o valor da multa.

Dentro desse quadro, é de ser provido o recurso, devendo os autos retornar à contadoria judicial de 1º grau para refazimento da conta, observada a orientação acima definida, anotando-se ainda que, em face da superveniência da Lei nº 11.960/09, será adotada a taxa de juros de 0,5% ao mês.

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

Agravos Regimentais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 0002703-60.2012.8.26.0396/50000, da Comarca de Novo Horizonte, em que é agravante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado TATIANA MORAIS DA SILVA.

ACORDAM, em 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.748)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores OSCILD DE LIMA JÚNIOR (Presidente) e JARBAS GOMES.

São Paulo, 4 de agosto de 2015.

LUIS GANZERLA, Relator

Ementa: AGRAVO INTERNO – Decisão Monocrática – Não cabimento de agravo regimental – *Art. 557, § 1.º, do Cód. Proc. Civil - O recurso adequado contra decisão monocrática é o agravo interno, na forma do art. 557, § 1.º, do Cód. Proc. Civil, e não o agravo regimental.*

AGRAVO INTERNO – Decisão monocrática – Entendimento do art. 557, *caput*, segunda parte e § 1.º-A, do CPC – Possibilidade, independentemente de outros pressupostos – *Cabível ao relator negar provimento, de forma monocrática, a recurso que se apresentar em confronto com jurisprudência dominante do mesmo Tribunal ou de Tribunal Superior, ante o disposto no art. 557, caput, segunda parte do Cód. Proc. Civil, independentemente de ser manifestamente inadmissível, improcedente ou prejudicado, pressupostos distintos, contidos na primeira parte do artigo de lei (art. 557, caput, segunda parte, do CPC).*

VOTO

A decisão ora recorrida foi lavrada nos seguintes termos:

*"A recorrida, **Tatiana Morais da Silva**, ajuizou ação dirigida a **Fazenda do Estado de São Paulo**, com o intuito de obter internação em hospital psiquiátrico para seu genitor **Valdomiro Florêncio da Silva**, portador esquizofrenia paranóide (CID F20.0), por não possuir disponibilidade financeira para custear o tratamento (fls. 02/10).*

Deferida a tutela, sobreveio r. sentença de procedência, condenada a vencida a disponibilizar vaga para a internação compulsória em hospital especializado para tratamento da patologia, sob pena de crime de desobediência e multa diária no valor de R$ 200,00. Olvidou-se o C. Juízo de primeiro grau em determinar o reexame necessário (fls. 21/22 e 59/68).

Inconformados, recorrem:

*- a **demandante,** pede a condenação da demandada em honorários advocatícios (fls. 70/74);*

*- a **vencida**, na busca de inverter o decidido, com preliminares de nulidade*

Acesso ao Sumário

processual, por não estar o paciente na ação judicial; falta de interesse de agir, pois o paciente esteve internado em hospital psiquiátrico durante o trâmite processual e antes da sentença; ilegitimidade passiva, pois entende competir ao município o atendimento dos serviços de saúde; no mérito, alega falta de laudo médico circunstanciado a motivar a internação, ingerência do Poder Judiciário na esfera de competência exclusiva do Poder Executivo e inadmissibilidade de imposição de multa aos entes estatais (fls. 102/124).

Contrariados os recursos, os autos foram remetidos a este E. Tribunal e a Douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo acolhimento das preliminares do recurso fazendário e não provimento dos demais apelos (fls. 98/101, 130/132 e 136/143).

É o relatório, em acréscimo ao da r. decisão recorrida.

O STJ já decidiu, no v. aresto no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 1.119.814/SP, Segunda Turma, j. 01.12.2009, a respeito de decisão monocrática, com a seguinte ementa, na parte de interesse deste julgado.

"2. O julgamento monocrático pelo relator encontra autorização no art. 557 do CPC, que pode negar seguimento a recurso quando:

a) manifestamente inadmissível (exame preliminar de pressupostos objetivos);

b) improcedente (exame da tese jurídica discutida nos autos);

c) prejudicado (questão meramente processual); e

d) em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do STF ou de Tribunal Superior.

3. Monocraticamente, o relator, nos termos do art. 557 do CPC, poderá prover o recurso quando a decisão recorrida estiver em confronto com súmula do próprio Tribunal ou jurisprudência dominante do STF ou de Tribunal Superior (art. 557, § 1º do CPC)."

No caso vertente, aplica-se o disposto no caput, do art. 557, do Cód. Proc. Civil.

Considera-se interposto o reexame necessário, pois ilíquida a sentença, nos termos do v. aresto REsp.103.025-SP, rel. ***MIN. ARI PARGENDLER****, j. 12.04.2010, do Superior Tribunal de Justiça, com a seguinte ementa:*

"PROCESSO CIVIL. REEXAME NECESSÁRIO. SENTENÇA ILÍQUIDA. A sentença ilíquida proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município e as respectivas autarquias e fundações de direito público está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal; a exceção contemplada no § 2º do art. 475 do Código de Processo Civil supõe, primeiro, que a condenação ou o direito controvertido tenham valor certo e, segundo, que o respectivo montante não exceda de 60 (sessenta) salários mínimos. Embargos de divergência conhecidos e providos."

Acesso ao Sumário

*No mesmo sentido, deste E. Tribunal, ap. n.º 0074673-70.2009.8.26.0576, rel. **DES. RICARDO DIP**:*

"Para o caso, a r. sentença sub examine impôs condenação ilíquida à Fazenda Pública, o que atrai a remessa obrigatória, nos termos da orientação consolidada no colendo Superior Tribunal de Justiça. Reputa-se, portanto, interposto o reexame oficial no presente feito."

Ressalte-se, inicialmente, ser a demandante, efetivamente, filha de Valdomiro Florêncio da Silva e não sua companheira, conforme se verifica pelo documento de fls. 13.

O ocorrido, entretanto, não passa de mero erro material, pois a filha, maior e integrante do grupo familiar do paciente detém legitimidade para formular o pedido de internação compulsória, a corroborar com a manutenção da r. sentença.

A preliminar de nulidade processual, em razão de afronta ao devido processo legal, ante a ausência do paciente na relação processual não pode ser acolhida.

De fato, assistiria razão à Fazenda se a demandante atuasse como substituta ou representante processual de seu pai. Este, porém, não é o caso, atua em nome e na defesa de direito próprio, o direito de uma filha que, diante do transtorno psiquiátrico a dominar a personalidade do pai, de molde a retirar-lhe a capacidade de autodeterminação, bate às portas do Estado na busca de socorro imediato. É de se destacar, ainda, que a maioridade não retira totalmente o dever de proteção e cuidado inerente aos integrantes do grupo familiar.

Nesse sentido, a Lei Federal nº 10.216/2001 sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais:

Art. 6º A internação psiquiátrica (...)

Parágrafo único. São considerados os seguintes tipos de internação psiquiátrica: (...)

II - internação involuntária: aquela que se dá sem o consentimento do usuário e a pedido de terceiro.

Depreende-se, portanto, a legitimidade de terceiro para, em casos como o ora analisado, solicitar a internação voluntária daquele com discernimento reduzido, sem necessidade de prévia interdição, embora recomendável tal providência.

O interesse de agir, como uma das condições para o regular exercício do direito de ação, surge da necessidade da parte em obter do processo uma proteção ao interesse substancial; pressupõe por isso, uma afirmação de lesão daquele interesse e de idoneidade do provimento suficiente a protegê-lo e satisfazê-lo. Em resumo, o interesse de agir é o nexo entre a necessidade da utilidade fluente entre a lesão de um direito afirmado e o provimento da tutela jurisdicional demandada.

Ainda sobre esta condição especial para o regular exercício do direito

Acesso ao Sumário

*de ação, lecionam **DINAMARCO, GRINOVER e ARAÚJO CINTRA** que o interesse de agir repousa na "necessidade da tutela jurisdicional na impossibilidade de se obter a satisfação do alegado direito sem a intercessão do Estado", respeitada a adequação do pedido, isto é, a "relação existente entre a situação lamentada pelo autor ao vir a juízo e o provimento jurisdicional concretamente solicitado" (Teoria Geral do Processo, RT, 3º Edição, p. 223).*

Assim, diante da urgência da internação psiquiátrica, nasceu o direito à ação, legítimo o interesse diante da existência de provas a ratificarem o direito pleiteado (fls. 16/18).

Ademais, impossível admitir-se compareça pessoa sofrendo de mal grave, em Juízo, passe por todas agruras de um processo, para exigir internação que possa adquirir ou que lhe é, normalmente, fornecida pela Administração.

A preliminar de ilegitimidade passiva envolve-se com o mérito e com ele será analisada.

O paciente é portador de esquizofrenia paranoide, e necessita de vaga para internação não disponibilizada pela rede pública de saúde (fls. 17).

***ENRICO TULLIO LIEBMAN**, com sua autoridade, já definia que "no tempo que flui enquanto se espera para poder iniciar o processo, ou enquanto este se realiza, pode acontecer que os meios necessários a ele (isto é, as provas e os bens) fiquem expostos ao perigo de desaparecer ou de, por alguma outra forma, serem subtraídos à disponibilidade da Justiça; ou, mais genericamente, pode acontecer que o direito cujo reconhecimento se pede esteja ameaçado de um prejuízo iminente e irreparável. Nesses casos, à parte interessada é permitido pedir aos órgãos jurisdicionais que conservem e ponham a salvo as provas ou os bens, ou eliminem por outra forma aquela ameaça, de modo a assegurar que o processo possa conduzir a um resultado útil." (Manual de Direito Processual Civil, vol. I, pág. 216, Ed. Forense, 1984).*

É, exatamente, o caso em tela.

Alcança-se, destarte, não estar o Poder Público no exercício de um de seus misteres mais elevados, a preservação da saúde e da vida dos cidadãos.

E não se pode argumentar com a competência do Município, Estado ou da União para atender o pretendido, pois compete ao Poder Público, indistintamente, fornecer meios para a população necessitada manter o nível de saúde adequado.

*Nessa trilha da orientação deste julgado, já decidiu o STF no RE n.º 273.834, rel. **MIN. CELSO DE MELLO,** por v. aresto, com a seguinte ementa:*

"O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a

Acesso ao Sumário

esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por omissão, em censurável comportamento inconstitucional.

O direito público subjetivo à saúde traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público (Federal, Estadual ou Municipal), a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas que visem a garantir a plena consecução dos objetivos proclamados no art. 196 da Constituição da República."

No mesmo sentido, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 607.381, rel. ***MIN. LUIZ FUX****, Primeira Turma, j. 31.05.2011, por v. aresto, com a seguinte ementa:*

"EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO À SAÚDE (ART. 196, CF). FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. SOLIDARIEDADE PASSIVA ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS. CHAMAMENTO AO PROCESSO. DESLOCAMENTO DO FEITO PARA JUSTIÇA FEDERAL. MEDIDA PROTELATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE.

(...)

3. O recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios. Isto por que, uma vez satisfeitos tais requisitos, o ente federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição, e não criar entraves jurídicos para postergar a devida prestação jurisdicional.

(...)

5. Agravo regimental no recurso extraordinário desprovido."

Outro não é o sentir do STJ, em v. aresto no RMS n.º 11.129-0-PR, j. 02.10.01, rel. ***MIN. PEÇANHA MARTINS:***

"1 – É dever do Estado assegurar a todos os cidadãos o direito fundamental à saúde constitucionalmente previsto.

2 – Eventual ausência de cumprimento de formalidade burocrática não pode obstaculizar o fornecimento de medicação indispensável à cura e/ou a minorar o sofrimento de portadores de moléstia grave que, além disso, não dispõem dos meios necessários ao custeio do tratamento.

3 – Entendimento consagrado nesta Corte na esteira de orientação do Egrégio STF.

4 – Recurso ordinário conhecido e provido."

E, ainda, mais recentemente do STJ, no AgRg no REsp 1136549/RS, rel. ***MIN. HUMBERTO MARTINS****, Segunda Turma, j. 08.06.2010, com a seguinte ementa:*

Acesso ao Sumário

"ADMINISTRATIVO – CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS – POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS – DIREITO À SAÚDE – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – MANIFESTA NECESSIDADE – OBRIGAÇÃO DO PODER PÚBLICO – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – NÃO OPONIBILIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL.

(...)

3. In casu, não há empecilho jurídico para que a ação, que visa a assegurar o fornecimento de medicamentos, seja dirigida contra o município, tendo em vista a consolidada jurisprudência desta Corte, no sentido de que "o funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS) é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que qualquer dessas entidades têm legitimidade ad causam para figurar no polo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros" (REsp 771.537/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 3.10.2005).

Agravo regimental improvido."

Em igual sentido, vv. acórdãos deste E. Tribunal, na ap. n.º ap. nº 0006264-37.2013.8.26.0597, Sertãozinho, DM22.287, j. 04.08.2014, desta relatoria; ap. n.º 0033045-65.2012.8.26.0554, Santo André, rel. ***DES. OSCILD DE LIMA JÚNIOR****, j. 05.08.2014 e ap. n.º 0010126-07.2013.8.26.0309, Jundiaí, rel.* ***DES. RICARDO DIP****, j. 05.08.2014.*

Não há como se ponderar com a falta de comprovação da necessidade da internação, ante a apresentação de pedido médico, a prescrever, exatamente, o tratamento questionado (fls. 16/18).

Também não opera eventual ponderação de ato de intromissão do Poder Judiciário em área discricionária do Poder Executivo, pois o primeiro está apenas fazendo cumprir a legislação que admite o exame judicial quando estiver em jogo lesão ou ameaça a direito (art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal).

Acrescente-se ser impossível negar-se medicamentos, insumos ou tratamentos a pessoas que não os recebem do Estado, em especial, e infelizmente, em país como o nosso, onde as Administrações descuram da educação, saúde e segurança dos cidadãos princípios de sociedade mais comezinhos e necessários.

A notória falência do sistema de saúde em nosso país, em todas as áreas, federais, estaduais e municipais, o que se pode constatar com o tratamento desumano recebido pelos pacientes em nossos hospitais, e os escândalos econômico-financeiros que, diariamente, são noticiados, não podem levar, sempre com a devida permissão, a divagações jurídico-processuais, e prejudicar pessoa que se socorre do Poder Judiciário para tentar superar dos males que o afligem.

Cinge-se o recurso da demandante, tão somente, no pagamento das verbas sucumbenciais não fixadas na sentença recorrida.

Acesso ao Sumário

Verifica-se, a demandada deu causa à propositura da ação e, portanto, responde pelas verbas de sucumbência.

Nesse sentido a jurisprudência do STJ, no julgamento do AgRg nos EDcl no AREsp 107.049/RS, rel. ***MIN. MAURO CAMPBELL MARQUES****, Segunda Turma, j. 19.06.2012, DJe 27.06.2012, com a seguinte ementa:*

"PROCESSO CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. RECONHECIMENTO DO PEDIDO. PAGAMENTO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. CABIMENTO. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Julgado procedente os embargos à execução, é decorrência lógica a condenação da parte vencida, que sucumbiu à pretensão da parte vencedora, ao pagamento das custas e honorários.

2. A interposição de recurso com fins meramente protelatórios pode ensejar a aplicação de multa, nos termos da legislação processual civil em vigor.

3. Agravo regimental não provido."

Nessa mesma linha, podem ser citados os julgados, desta Corte nas ap. n.º 0000160-46.2012.8.26.0053, São Paulo, DM20.905, j. 23.08.2012 e ap. n.º 0047921-73.2012.8.26.0053, São Paulo, DM21.449, j. 03.07.2013, ambas desta relatoria; ap. n.º 990.10.334291-7, São Paulo, j. 08.10.2010, rel. ***DES. COIMBRA SCHMIDT****; ap. n.º 0101075-10.2008.8.26.0000, São Paulo, j. 07.02.2011, rel.* ***DES. OSCILD DE LIMA JUNIOR****; ap. nº 0047220-83.2010.8.26.0053, São Paulo, j. 18.01.2012, rel.* ***DES. VENICIO SALLES****; ap. n.º 0033171-37.2010.8.26.0053, São Paulo, j. 19.03.2012, rel.* ***DES. MOACIR PERES*** *e ap. n.º 0002775-43.2011.8.26.0053, São Paulo, j. 11.04.2012, rel.* ***DES. EDSON FERREIRA****, com a seguinte ementa:*

"TÍTULO JUDICIAL. Embargos à execução. Excesso de execução. Cálculos apresentados pela embargante aceitos pelos exequentes. Embargos procedentes. Reconhecimento do pedido pelos embargados que não afasta a condenação em honorários advocatícios. Decorrência do princípio da causalidade. Recurso provido."

Em razão da sucumbência, arcará a demandada com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios, fixados estes em R$ 1.000,00, de molde a remunerar, condignamente, labor satisfatório exercido por profissional com nível universitário, em ação sem maior complexidade e sem coleta de provas orais ou periciais.

De outra parte, eventual não obediência ao decidido leva, à evidência, ao descumprimento de ordem judicial, passível de remessa de peças ao Ministério Público para as providências necessárias, inclusive para análise da prática de delito, em tese, de prevaricação (art. 319, do Cód. Penal, cfe. RT 527/408 ou desobediência, art. 330, do Cód. Penal), na forma, inclusive, do disposto no art. 40, do Cód. Proc. Penal.

O caso é, assim, de ***rejeição das preliminares*** *e de* ***não provimento*** *do*

Acesso ao Sumário

reexame necessário, considerado interposto, e do recurso interposto pela ***Fazenda do Estado de São Paulo*** *e de* ***provimento*** *do apelo de* ***Tatiana Morais da Silva*** *na ação que esta propôs (proc. n.º 396.01.2012.002703-0/000000-000 – Ofício Judicial de Novo Horizonte, SP), para reformar, em parte, a r. sentença e condenar a acionada no pagamento das verbas de sucumbência, honorários advocatícios fixados em R$ 1.000,00 (hum mil reais), corrigidos a partir desta data, mantida, no mais, a r. sentença recorrida.*

Consigne-se, para fins de prequestionamento, inexistir ofensa aos artigos de lei mencionados, pois debatidos, analisados e decididos, prescindíveis as referências numéricas expressas (cfe. STF, RE 184.347-SP, rel. ***MIN. MARCO AURÉLIO****, j. 16.12.97; STJ, Edcl no RMS 18.205/SP, j. 18.04.2006, rel.* ***MIN. FELIX FISCHER*** *e AgRg no REsp 1.066.647-SP, rel.* ***MIN. ADILSON VIEIRA MACABU****, j. 22.02.2011).*

As inconformidades, na Câmara, em razão deste julgado estarão sujeitas ao julgamento virtual e eventual discordância deverá ser indicada por ocasião das interposições."

Nesta oportunidade, a **Fazenda do Estado de São Paulo** interpõe agravo regimental e reitera suas ponderações. Busca a retratação da decisão agravada, sob o fundamento de inviabilidade do julgamento via decisão monocrática e o julgamento colegiado (fls. 159/165).

É o relatório, em acréscimo ao da r. sentença recorrida.

Razoável o recebimento do recurso como agravo interno, pois inviável o agravo regimental, nos termos do art. 557, § 1.º, do Cód. Proc. Civil.

Data venia, a argumentação contida na r. decisão ora recorrida é a que melhor se ajusta à matéria debatida e as razões expostas pela agravante, neste recurso, não a debilitaram, e levam à viabilidade de sua manutenção.

E levado ao órgão colegiado o recurso tirado da decisão monocrática, resta suprida eventual inobservância do disposto no art. 557, do Cód. Proc. Civil.

Nesse sentido, vv. arestos do STJ:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. ANULAÇÃO DE ATO JURÍDICO. PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. ARTIGO 557 DO CPC. DECISÃO CONFIRMADA POR ÓRGÃO COLEGIADO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE.

-A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que quando há confirmação da decisão monocrática pelo órgão colegiado, não há violação ao art. 557 do CPC.

-O reexame de fatos e provas em recurso especial é inadmissível. Agravo no agravo de instrumento não provido." (AgRg no Ag 1273829/MS, Terceira Turma, rel. **MIN. NANCY ANDRIGHI**, j. 12.04.2011, DJe 19.04.2011);

Acesso ao Sumário

"AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. ART. 557, CAPUT, DO CPC. CONDIÇÕES ATENDIDAS. APLICAÇÃO. POSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO. AUSÊNCIA. EVENTUAL NULIDADE SUPERADA COM O JULGAMENTO PELO COLEGIADO DO AGRAVO INTERNO.

Consoante o art. 557 do CPC, o relator pode negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

Eventual nulidade da decisão monocrática, por ofensa ao aludido dispositivo, fica superada com a apreciação do tema pelo órgão colegiado, no julgamento do agravo. Precedentes do STJ. Agravo regimental improvido." (AgRg no Ag 1387198/RS, Segunda Turma, rel. **MIN. CESAR ASFOR ROCHA**, j. 18.10.2011, DJe 25.10.2011);

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO DO ART. 557 DO CPC INEXISTENTE. PEDIDO DE COMPENSAÇÃO. CAUSA DE SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PRECEDENTES. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE.

1. A inovação trazida pelo art. 557 do CPC instituiu a possibilidade de, por decisão monocrática, o relator deixar de admitir recurso, entre outras hipóteses, quando manifestamente improcedente ou contrário a Súmula ou entendimento já pacificados pela jurisprudência do Tribunal, ou de Cortes Superiores, rendendo homenagem à economia e celeridade processuais.

2. Ademais, a eventual nulidade da decisão monocrática fica superada com a reapreciação do recurso pelo órgão colegiado (REsp 824.406/RS, relatoria do Min. Teori Albino Zavascki, em 18.5.2006).

3. A tese levantada, de que lei estadual não admite o pedido administrativo de compensação tributária, reveste-se de inovação recursal, o que é vedado pela jurisprudência do STJ, seja em sede de agravo regimental, seja em embargos de declaração. Precedentes. Agravo regimental improvido." (AgRg no AREsp 43.917/PR - 2ª Turma, rel. **MIN. HUMBERTO MARTINS**, j. 01.12.2011, DJe 07.12.2011).

O caso é, assim, de **não provimento** do recurso, ora recebido como agravo interno, interposto pela **Fazenda do Estado de São Paulo**, contra a r. decisão monocrática de não provimento do reexame necessário, considerado interposto, e do recurso interposto pela demandada e de provimento do apelo da demandante, nos autos da ação proposta por **Tatiana Morais da Silva** (proc. n.º 396.01.2012.002703-0/000000-000 – Ofício Judicial de Novo Horizonte, SP).

Consigne-se, para fins de prequestionamento, inexistir ofensa aos artigos de lei mencionados, pois debatidos, analisados e decididos, prescindíveis as referências numéricas expressas (cfe. STF, RE 184.347-SP, rel. **MIN. MARCO**

Acesso ao Sumário

AURÉLIO, j. 16.12.97; STJ, Edcl no RMS 18.205/SP, j. 18.04.2006, rel. **MIN. FELIX FISCHER** e AgRg no REsp 1.066.647-SP, rel. **MIN. ADILSON VIEIRA MACABU**, j. 22.02.2011).

As inconformidades, na Câmara, em razão deste julgado estarão sujeitas ao julgamento virtual e eventual discordância deverá ser indicada por ocasião das interposições.

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002111-51.2010.8.26.0407, da Comarca de Osvaldo Cruz, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, são apelados WILSON APARECIDO PIGOZZI e EVANDRO LUIZ BERTASSI.

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 21.959)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO DIP (Presidente sem voto), OSCILD DE LIMA JÚNIOR e LUCIANA BRESCIANI.

São Paulo, 30 de julho de 2015.

BORELLI THOMAZ, Relator

Ementa: Ação civil pública. Improbidade administrativa. Município de Osvaldo Cruz. Superfaturamento na aquisição de medicamentos e produtos odontológicos. Prejuízo ao erário não demonstrado. Atos ímprobos descaracterizados. Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Ação civil pública por atos de improbidade administrativa proposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO contra WILSON APARECIDO PIGOZZI e

EVANDRO LUIS BERTASSI, julgada improcedente, contra o que recorre o autor.

Recurso bem processado, respondido a fls. 515/529. A D. Procuradoria de Justiça opinou pelo provimento do apelo (fls. 534/537).

É o relatório, adotado, no mais, o da r. sentença.

Consoante narrativa na petição inicial, *o requerido WILSON APARECIDO PIGOZZI exerceu o cargo de Prefeito Municipal de Osvaldo Cruz no período entre janeiro de 2005 a dezembro de 2008 e, por intermédio da Portaria 4.605/2005, nomeou o requerido EVANDRO LUIS BERTASSI para exercer o cargo em comissão de Diretor de Departamento de Suprimentos* (**sic**).

Aduz o autor, ainda, que entre os anos de 2005 a 2006, era EVANDRO *o servidor responsável pela aquisição de medicamentos e de produtos odontológicos no Município, e, em datas diversas* (maio de 2005 a maio de 2006 – destaquei), *realizou compras de diversos medicamentos superfaturados e também sem a correta observância ao processo de licitação.*

Afirmou o representante ministerial ter havido, além do superfaturamento, aquisição de *medicamentos de outra empresa fornecedora e não daquela que havia vencido o certame*, e, sendo *inafastável a responsabilidade solidária* do ex-prefeito WILSON, ajuizou esta ação por entender configurados atos de improbidade administrativa.

Após regular trâmite processual, o D. Juiz sentenciante julgou improcedente a ação, por não vislumbrar ocorrência de improbidade administrativa (fls. 487/491), contra o que recorreu o Ministério Público, mas, respeitado esse esforço, entendo não haver razão na irresignação.

Antes do mais, para analisarmos a improbidade atribuída aos réus, necessário faz-se avaliar sua expressão, como, aliás, já salientado pelo I. Juízo de origem.

Tem-se, dentre outros, o significado de desonestidade, falsidade, desonradez e corrupção, expressão a adjetivar a conduta desonesta daquele que comete ato ímprobo.

Acesso ao Sumário

Alexandre de Moraes define improbidade administrativa como a falta de probidade, desonestidade, maldade, perversidade. Para o autor, atos de improbidade administrativa *são aqueles que, possuindo natureza civil e definidamente tipificada em lei federal, ferem direta ou indiretamente os princípios constitucionais e legais da administração pública, independentemente de importarem enriquecimento ilícito ou de causarem prejuízo material ao erário público*[1].

No caso em voga, entendo não ter sido demonstrada a prática de atos de improbidade, pois, ao contrário do afirmado pelo autor na petição inicial, a

1 Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional, Atlas, 2006, p. 2.738.

prova dos autos não autoriza conclusão sobre ter sido o ex-prefeito *conivente com os atos imorais e ilegais praticados,* que, em verdade, como se verá, nem sequer restaram comprovados.

Por ora, atento apenas à denunciada *responsabilidade solidária* do ex-prefeito, observo não ter havido demonstração, nem pela rama, de qualquer participação dele na realização de procedimentos licitatórios.

Sobre assim ser, não se mostraria razoável atribuir a WILSON responsabilidade por eventuais falhas, e, no caso em voga, adotar o entendimento do Ministério Público e imputar ao ex-prefeito essa responsabilidade acarretaria verdadeira responsabilização objetiva dele por equívocos e impropriedades praticados por quaisquer servidores públicos da Municipalidade.

Por outra, não houve omissão de WILSON na apuração dos fatos, porquanto, após denúncia formulada por servidor público, o ex-prefeito nomeou comissão processante e instaurou o procedimento administrativo pertinente (fls. 245/353), que, nada obstante tenha sido arquivado, assim o foi por acatamento da conclusão/parecer emanado da Comissão Processante, sem que nada tenha sido indicado pelo autor sobre imparcialidade ou irregularidade dos trabalhos.

Demais disso, inexiste denúncia sobre enriquecimento ilícito dos réus e, repito, não entrevejo cometimento de ato de improbidade, valendo salientar que a diferença de R$ 1.900,82 *não foi apontada em breve espaço de tempo, mas sim, por verificações realizadas em quase um ano* (entre os meses de maio de 2005 e maio de 2006 – destaquei), como mencionou o D. Juiz. Além do mais, *tem-se que em muitos itens ocorreu o inverso, ou seja, o Município adquiriu em muitos casos medicamentos por valores inferiores aos apontados pelo Ministério Público.*

Vale referir ter sido o demonstrativo visto a fls. 224/226 (indicativo da diferença de R$ 1.900,82) produzido por assistente técnico do autor, e, não se descure, nele há referências apenas a valores supostamente pagos a maior, estando *'em branco'* os quadros nos quais poderiam (deveriam??) ser indicados pagamento de preços inferiores em produtos outros, situação necessária, à evidência, para aferir sobre ocorrência (ou não) de prejuízo ao erário.

Tampouco se sustenta a denúncia sobre ter havido compra dos produtos odontológicos de empresa diversa da vencedora de licitação. Assim porque a questão é controvertida, com o autor afirmando ter havido esse certame, ao passo que o réu EVANDRO e outras testemunhas sustentam aquisição emergencial de produtos e insumos para os Centros Odontológicos do Município justamente por não ter ocorrido licitação com aquele objeto.

Assim exposta a questão, observo não haver sido juntado aos autos qualquer documento a comprovar realização do procedimento licitatório, prova documental de facílima produção pelo autor, bastando que, para tanto, oficiasse

Acesso ao Sumário

ao setor responsável da Prefeitura.

Esse cuidado, contudo, não teve o autor e, sobre assim ser, é de revelha sabença não bastar à parte sua alegação, pois quem alega haverá de provar, ou seja, quem traz fatos como constitutivos de seu direito haverá de ter elementos para provar. Sem prova, perde-se a alegação, perde-se a causa.

Para ingressar em Juízo com situações como a aventada, o autor deveria ter instruído o feito de forma completa, a possibilitar não só a prestação plena da jurisdição, como, ainda, assegurar plenitude de defesa aos réus.

Em processo de conhecimento, é curial, prescinde-se de prova pré-constituída, mas as provas sempre ficam a cargo da parte, circunstância que se convencionou chamar ônus processual, a que não se pode obrigar a parte e de que decorrem a ela prejuízos processuais quando não realizadas.

É expressiva, no entanto, a lição de Humberto Theodoro Júnior acerca de deveres e obrigações processuais: *a diferença entre ônus, de um lado, e deveres e obrigações, de outro lado, está em que a parte é livre para adimplir ou não os primeiros, embora venha a sofrer dano jurídico em relação ao interesse em jogo no processo. Já com referência às obrigações e deveres processuais, a parte não tem disponibilidade, e pode ser compelida coativamente à respectiva observância, ou a sofrer uma sanção equivalente. É que, nos casos de ônus, está em jogo apenas o próprio direito ou interesse da parte, enquanto nos casos de deveres ou obrigações a prestação da parte é direito de outrem... Os ônus, diversamente do que se passa com os deveres e obrigações, só existem para as partes. A eles não se submetem nem o juiz nem seus órgãos auxiliares.*

É ônus imposto à parte não só trazer os documentos necessários ao esclarecimento da lide, como também produzir provas do quanto alega, e é expressivo o artigo 396 do Código de Processo Civil ao impor à parte *instruir a petição inicial (artigo 283), ou a resposta, com os documentos destinados a provar-lhe as alegações.*

Desse ônus, imposto pelo art. 333, inc. I do Código de Processo Civil, não se desincumbiu o autor, e, dessarte, mostra-se escorreito o decreto de improcedência da ação, razão pela qual entendo não merecer reforma a r. sentença, também diante de seus próprios fundamentos, pelos quais, registro, bem se examinou a questão controvertida.

Nego provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0005273-

38.2009.8.26.0456, da Comarca de Pirapozinho, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE SANDOVALINA, são apelados MARCELO DE TOLEDO CERQUEIRA e JÚLIO CÉSAR FERREIRA.

ACORDAM, em 8ª 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 106/2015)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RUBENS RIHL (Presidente) e PAULO DIMAS MASCARETTI.

São Paulo, 5 de agosto de 2015.

ANTONIO CELSO FARIA, Relator

Ementa: AÇÃO CIVIL DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO PÚBLICO. Advogado e preposto que deixaram de adotar medidas essenciais à defesa dos interesses da Municipalidade em ação trabalhista. Caracterizada a ilicitude do ato por culpa dos apelados. Dano imprescritível (art. 37, § 5º da CF). Responsabilidade civil decorrente do disposto no artigo 159 da Lei nº 3.071, de 1º-1-1916, artigos 186 e 927 do novo Código Civil e artigo 32 do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. Valor da indenização a ser calculado em liquidação de sentença. Ação parcialmente procedente.

RECURSO PROVIDO EM PARTE.

VOTO

Trata-se de ação civil de ressarcimento ao erário público ajuizada pela PREFEITURA MUNICIPAL DE SANDOVALINA contra Marcelo de Toledo Cerqueira e Júlio César Ferreira, sob o fundamento de que, atuando o réu Marcelo como advogado do Município e o réu Júlio como preposto, na ação trabalhista nº 098/99, deixaram de zelar pelos interesses da apelante, não formulando na contestação qualquer referência à prescrição, bem como deixaram de comparecer à audiência de julgamento, que implicou na confissão do Município. Pede, assim, a reparação do dano causado ao erário, cujo valor seria de R$ 138.956,35 ao tempo da propositura da ação (conforme trecho de fl. 09 da inicial memória de cálculo de fl. 14).

A lide foi julgada improcedente, nos termos da r. sentença de fls. 1145/1149, condenando-se a autora nas despesas processuais e ao pagamento de

Acesso ao Sumário

honorários advocatícios fixados em R$ 1.000,00.

Insurge-se a Prefeitura Municipal de Sandovalina, conforme razões de fls. 1152/1158, sustentando que a omissão dos requeridos gerou um ato ilícito administrativo, com repercussão cível ao erário público, sendo reiterados os argumentos contidos na inicial e no aditamento.

O recurso foi respondido às fls. 1160/1174, pugnando o apelado Marcelo pelo seu improvimento.

A d. Procuradoria de Justiça opinou pelo parcial provimento do apelo, nos termos do parecer de fls. 1191/1198.

É o relatório.

Trata-se de ação de reparação de dano ao erário que é imprescritível, conforme estabelece o § 5º do art. 37 da Constituição Federal que: "*a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízo ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento*".

Interpretando o texto constitucional, conclui-se que a norma é auto-aplicável não dependendo, portanto, de lei complementar ou ordinária para sua eficácia. Nesse sentido, leciona Celso Ribeiro Bastos que: "*no que tange aos danos civis, o propósito do Texto é de tornar imprescritíveis as ações visando ao ressarcimento do dano causado. É de lamentar-se que a opção do constituinte por essa exceção à regra da prescritibilidade, que é sempre encontrável relativamente ao exercício de todos os direitos. Wolgran Junqueira Ferreira levanta o problema consistente em saber se os herdeiros do causados do ilícito respondem pelos prejuízos causados pelo de cujus. Seu ponto de vista é de que "sim, na força de sua herança, pois esta é, em tese, fruto daquele ilícito*" *(Comentários à Constituição de 1988, 1. ed., Julex, 1989, v. 1, p. 479).*

Conforme documentos juntados aos autos, a apelante demonstrou que os réus foram omissos no curso da ação trabalhista (fls. 25/33) promovida por Tirandete Balbino do Nascimento, que foi admitido na função de motorista em 01 de outubro de 1984, sendo que alegava estar em exercício por ocasião da propositura da ação (não sendo esclarecida na sentença da Justiça do Trabalho a data que teria ocorrido a extinção do contrato). O réu Marcelo, advogado que prestava serviços para a Prefeitura Municipal, apresentou a contestação de fls. 89/91, que em nenhum momento tratou de apontar a prescrição prevista no art. 11, I, da CLT e tampouco comunicou a existência de audiência de julgamento marcada, por ocasião da extinção de seu contrato de trabalho ocorrido em 04 de abril de 1999. O réu Júlio César, preposto que participou da audiência de conciliação juntamente com Marcelo, e que continuou a exercer as funções de Procurador do Município também deixou de comparecer à audiência de julgamento, resultando a omissão dos réus no reconhecimento da **confissão**, o

Acesso ao Sumário

que implicou na condenação da apelante a todas as verbas trabalhistas, desde 1984.

Julgando antecipadamente a lide, o MM. Juiz considerou que "**o réu [Marcelo] atuou de forma negligente ao apresentar a contestação da autora na ação trabalhista, uma vez que salta aos olhos que a prescrição era a principal matéria de defesa a ser arguida, o que, "com alto grau de probabilidade", afastaria a condenação que foi imposta à empregadora". Todavia, não se deve perder de vista que, mesmo não alegando a prescrição em contestação, a reclamada ainda poderia fazê-lo a qualquer momento na instância ordinária (Súmula 153 do TST). Desse modo, não se pode reconhecer o nexo de causalidade imediato entre a ausência da alegação da prescrição na contestação e a condenação sofrida pela reclamada...**"(fl. 1147).

Sobre o réu Júlio, anotou o julgador "a quo" que o réu admitiu que perdeu o prazo para propor embargos à execução e que "**perdeu até mesmo o prazo para apresentar a sua contestação na presente ação, revelando desídia em sua atuação profissional**" (fl. 1149). Entretanto, atribui a desídia ao fato de que Júlio era o único Procurador Jurídico do Município e que havia um verdadeiro "caos administrativo" (fl. 1149).

Com todo respeito à convicção formulada pelo douto julgador de primeiro grau, demonstra a prova documental a relação de causalidade entre parte do prejuízo sofrido pela Municipalidade, **influindo diretamente na condenação na ação trabalhista**, em valores muito superiores aos que deveriam ser pagos, tendo em vista a prescrição de períodos que não foram objeto de impugnação.

Assim, na audiência de conciliação realizada no dia 29 de março de 1999 (fls. 87/88), repita-se, compareceram os apelados Marcelo, na qualidade de advogado, e Júlio Cesar, como preposto. Não obtida a conciliação, foi apresentada a contestação de fls. 89/91 e designada audiência de instrução para o dia 13 de janeiro de 2000, saindo os apelados cientes. No dia da audiência de julgamento, no qual não compareceram os apelados ou qualquer outro representante da Prefeitura, **a reclamação trabalhista foi julgada quase que inteiramente procedente**, sobretudo pela pena de confissão e ausência de defesa efetiva (fls. 110/120).

Importante anotar que não se olvida que o réu Marcelo deixou de trabalhar na Prefeitura em 04 de abril de 1999 (fl. 503). Mesmo assim, por lealdade processual e respeito ao Município que contratou seus serviços, deveria comunicar as ações, prazos e audiências pendentes, de maneira a evitar as graves consequências que acabaram ocorrendo. Também não socorre o réu Marcelo a alegação da defesa nas contrarrazões, no sentido de que "**é importante assinalar que o contrato firmado entre o Apelado Marcelo Cerqueira e o**

Acesso ao Sumário

Município de Sandovalina não foi o de uma locação de serviços, ou mesmo um simples contrato de mandato judicial. Foi sim uma relação de emprego, com carteira assinada, sob o regime celetista"(fl. 1164). Esse fato não retira do réu a condição de agente público na defesa dos interesses do Município nem as suas obrigações como advogado da causa, na comunicação de atos processuais futuros.

Ainda que o réu MARCELO não fosse o único responsável pelos desdobramentos da ausência na audiência de julgamento, não é menos certo que **foi o subscritor da contestação de fls. 89/91 , ocasião em que deveria alegar a prescrição** de direitos trabalhistas nos termos do art. 11, I, da Consolidação das Leis do Trabalho. Tratava-se de alegação simples, verificável "ab initio" e sem qualquer dificuldade de ordem técnica ou de razoabilidade. Assim, as graves falhas verificadas na contestação indicam a **relação direta entre o dano ao erário e os valores pagos na ação trabalhista.**

Como bem anotou o Ilustre Procurador de Justiça César Dario Mariano da Silva, no parecer de fls. 1191/1198, "**qualquer advogado, com o mínimo de prudência, teria visto que o reclamante alegou ter começado a trabalhar para o Município em 01 de outubro de 1.984 e ter deixado o emprego no final de 1997. Teria sido constatado para qualquer advogado, que analisasse adequadamente os autos, que não poderia ser cobrado todo o período, já que ao menos os anos de 1.984 até meados de 1992 estariam cobertos pela prescrição**" (fl. 1194).

A desídia dos réus, notadamente quanto à não alegação da prescrição até meados de 1992 (ou 1994, caso comprovado que ainda estava em serviço por ocasião da propositura da ação), importa em culpa ensejadora de reparação de dano.

Em comentário ao art. 927 do Código Civil, Theotonio Negrão aponta o seguinte:

> **"Responsabilidade civil do advogado. "Malgrado o debate em torno da doutrina da 'perda de uma chance', de forte influência francesa, é devida a indenização em valor exatamente proporcional ao proveito econômico baldado, em ação anterior pela incúria do advogado. Mormente no caso dos autos em que o direito vindicado, desde a época do ajuizamento da pretensão, já encontrava manifesta procedência jurisprudencial (RDPP 43/141) (nota ao art. 927:5c, Código Civil, Theotonio Negrão e outros, Ed. Saraiva, 2011, p. 316).**

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

> **"A responsabilidade do advogado na condução da defesa processual de seu cliente é de ordem contratual. Embora não responda pelo resultado, o advogado é obrigado a aplicar toda sua diligência**

habitual no exercício do mandato. Ao perder, de forma negligente, o prazo para a interposição de apelação (...). Responde, portanto, pela perda da probabilidade de um sucesso no recurso, desde que tal chance seja séria e real. Não se trata, portanto, de reparar a perda de 'uma simples esperança subjetiva', nem tampouco de conferir ao lesado a integralidade do que esperava ter caso obtivesse êxito ao usufruir plenamente de sua chance" (REsp 1.079.185/MG, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrigui, v.u., j. 11.11.2008).

Segundo a doutrina, a teoria da "perda de uma chance" pode ser compreendida da seguinte forma:

"PERDA DE UMA CHANCE DE VITÓRIA.

Repita-se que o exercício da advocacia envolve, como regra geral, contrato de *meios*. Por contrato de *meios* há de se compreender o dever de *empenho técnico* adequado e satisfatório o quanto necessário, por parte do advogado. Quando o *empenho* não é adequado *tecnicamente* o quanto *necessário* o constituinte recebe menos do que tinha direito. A *imperfeição técnica* profissional do advogado ou a perfeição, mas com dedicação *insatisfatória*, poderá impedir a preservação do patrimônio ou da liberdade do constituinte, pela *perda da chance de vitória* judicial.

O princípio de responsabilização em razão da perda de uma chance ocorre tanto no exercício da Advocacia como no da Medicina - nesta última, com maior incidência; Ela ocorre quando o erro grave do advogado limitou-se à perda da *probabilidade plausível* de êxito. Daí a razão de ter semelhança com indenização por dano *moral puro*, mas com valor reduzido, porque não há certeza de vitória, caso o advogado tivesse aproveitado a chance que existia. E, por isso, de um lado, a *punição* patrimonial ao advogado relapso, e de outro, uma compensação à vítima – o cliente. Se o *erro* grave causou dano *material* direto não mais se cogita mais de perda de uma chance, mas, sim, do ressarcimento material, o quanto necessário (extensão do dano), pelas regras comuns" (A Responsabilidade Civil do Advogado e o ônus da Prova. Jurandir Sebastião "in" Revista Jurídica, ano 55- Janeiro de 2007- nº 351).

O caso dos autos revela mais do que a perda de uma chance, a ocorrência de um dano material (pela não alegação de prescrição), infelizmente, significativo e que impõe a reparação do dano pela prática de ato ilícito. A responsabilidade decorre ainda por força do art. 32 do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil: "**O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa**".

Cabe por também anotar que houve parecer do Ministério Público, em primeiro grau, pela procedência da ação, ao argumento de que "o ato de

Acesso ao Sumário

improbidade administrativa está devidamente comprovado nos termos da exordial" (fls. 1176/1179). Ora, a condenação se impõe pela prática de ato ilícito ao tempo da ação. Segundo a máxima *tempus regit* acutum, aplica-se o art. 159 do antigo Código Civil (contestação exarada em 29 de março de 1999), bem como os artigos 186 e 927 do novo Código Civil (pagamentos realizados pela Municipalidade já sob a égide no novo CC), bem como ofensa aos princípios da Administração (art. 37, *caput*, da Constituição Federal) e não pela prática de atos de improbidade administrativa.

Ainda que as condutas pudessem configurar infrações previstas na Lei nº 8.429/92, a prescrição das sanções impede que seja aplicada a Lei de Improbidade Administrativa ao caso concreto, subsistindo o **ato ilícito.**

Não há dúvida que a culpa decorre de inobservância aos princípios constitucionais estabelecidos no artigo 37, "*caput*" da Constituição Federal, aos quais está jungido qualquer agente público.

O artigo 159 da Lei nº 3.071/1916, depois repetido no artigo 186 do novo CC estabelece que:

"Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imperícia, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano".

Sobre os princípios estabelecidos no art. 37 da Constituição Federal, tenha-se em mente que: *"O que deve inspirar o administrador público é a vontade de fazer justiça para os cidadãos, sendo eficiente para com a própria administração. O cumprimento dos princípios administrativos, além de se constituir um dever do administrador, apresenta-se como um direito subjetivo de cada cidadão. Não satisfaz mais às aspirações da Nação a atuação do Estado de modo compatível apenas com a mera ordem legal, exige-se muito mais: necessário se torna que a gestão da coisa pública obedeça a determinados princípios que conduzam à valorização da dignidade humana, ao respeito à cidadania e à construção de uma sociedade justa e solidária. A elevação da dignidade do princípio da moralidade administrativa ao patamar constitucional, embora desnecessária, porque no fundo o Estado possui uma só personalidade, que é a moral, consubstancia uma conquista da Nação que, incessantemente, por todos os seus segmentos, estava a exigir uma providência mais eficaz contra a prática de atos dos agentes públicos violadores desse preceito maior."* (REsp nº 695.718/SP, 1ª T., rel. Min. José Delgado, j. em 16.8.2005).

As verbas atingidas pela prescrição, de 1984 até meados de 1992 (ou 1994, considerando-se correto o dado de que o réu ainda era servidor municipal por ocasião da propositura da ação trabalhista), os valores mencionados pela apelante seriam devidos somente nos últimos cinco anos contados da propositura da ação, **e não desde 1984**. Assim, invertida a sucumbência, há de ser realizada

Acesso ao Sumário

a liquidação de sentença tanto pela dificuldade no exame dos documentos (apontada à fl. 198, no sentido de que "a carteira de trabalho do reclamante não traz a data de seu desligamento (fls. 37), e muitos documentos estão ilegíveis"), bem como porque na inicial da reclamação trabalhista consta a informação de que "o reclamante foi admitido em data de 01 de outubro de 1984, estando até a presente data no corpo de funcionários da municipalidade" (fl. 26). Desse modo, a liquidação de sentença deve ocorrer nos termos do art. 475-A e 475-J, do Código de Processo Civil, (levando-se em conta os valores indicados no anexo I, de fls. 141 e seguintes e outros documentos que se fizerem necessários junto à Justiça do Trabalho para elaboração do cálculo), considerada a prescrição quinquenal do art. 11, I, da CLT, a partir da data da propositura da ação. A procedência, portanto, deve ser parcial, tendo em vista que parte das verbas trabalhistas pagas[1] decorreram da responsabilidade da Prefeitura Municipal de Sandovalina, não podendo assim prevalecer a memória de cálculo de fl. 14.

Os apelados devem arcar com a totalidade das verbas de sucumbência (art. 21, parágrafo único, do CPC), inclusive os honorários advocatícios no importe de R$ 1.000,00 (iguais aos fixados na sentença de primeiro grau), a cada um dos apelados.

Ante o exposto, dá-se parcial provimento ao recurso para condenar os réus, solidariamente, ao ressarcimento do dano causado ao erário, a ser apurado em fase de liquidação, nos termos expostos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0010671-33.2010.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante SOCIEDADE CIVIL BENEFICENTE E CULTURAL BADEN POWELL, são apelados DANIEL SILVA LOPES AGAPITO, PRISCILA DE CASTRO TEIXEIRA PINTO LOPES AGAPITO, RONALDO ANDRES JEFFREY SMITH, GRACIELA INES ARNOZIS DE JEFFREY SMITH e CIBELE MONTEIRO DE CASTRO.

ACORDAM, em 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento parcial ao recurso, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 7.322)**

O julgamento teve a participação dos Excelentíssimos Desembargadores MOREIRA VIEGAS (Presidente sem voto), DIMAS RUBENS FONSECA e

1 **Devem ser subtraídas do cálculo as verbas que não seriam atingidas pela prescrição quinquenal.**

Acesso ao Sumário

TORRES DE CARVALHO.

São Paulo, 6 de agosto de 2015.

MARCELO BERTHE, Relator

Ementa: RECURSO DE APELAÇÃO EM AÇÃO ORDINÁRIA. MEIO AMBIENTE. RUÍDO E LIXO. GRUPO DE ESCOTEIROS. Não havendo prova robusta de que haja permanente produção de ruídos e lixo em excesso, não há como proibir a realização de encontros voltados à atividade de escoteirismo. Propriedade localizada em ZER – Zona Exclusivamente Residencial – que permite a instalação de estabelecimentos de ensino educacional e infantil. Atividades voltadas à disseminação do conhecimento e civilidade. Sentença parcialmente modificada. Recurso parcialmente provido

VOTO

Tratam os autos de recurso de apelação extraído de Ação Ordinária (nº 0010671-33.2010.8.26.0002), interposto contra a r. sentença de fls. 878/881 e 893, proferida pela MM. Juíza da 8ª Vara Cível do Foro Regional de Santo Amaro da Comarca da Capital, que julgou parcialmente procedentes os pedidos, determinando que o imóvel referido na inicial seja utilizado para fins estritamente comerciais, porque inserido dentro do perímetro de zoneamento ZER, bem como se abstenha de produzir qualquer poluição sonora acima do permitido – 50 decibéis diurnos e 45 decibéis noturnos –, mantendo a liminar concedida em sede de agravo de instrumento que determinou a cessação das atividades do grupo escoteiro, sob pena de multa diária pela violação de R$ 500,00, limitada a 30 dias.

A Sociedade Civil Beneficente e Cultural Baden Powell interpôs o recurso sustentando, em síntese, que está fixada naquela localidade há mais de 40 anos, estabelecendo-se ali antes da legislação em vigor, tendo, por isso, direito adquirido. Sustenta ainda que não produz ruído além dos permitidos pela lei, tampouco produz lixo e fumaça ou fuligem além do razoável (fls. 896/910).

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 921/931).

O Ministério Público de 2ª Instância ofereceu parecer pugnando pelo desprovimento do recurso (fls. 939/942).

É o relatório.

O recurso comporta parcial acolhimento.

Acesso ao Sumário

Compulsando os autos, verifica-se que a ação foi proposta tendo como justificativa a perturbação do sossego da vizinhança porque realizado ruído em excesso e produção de lixo, bem como dispersão de fumaça e fuligem.

Neste passo, a prova carreada nos autos não permite conduzir à conclusão de que haja perturbação permanente da vizinhança.

Ao contrário, o laudo judicial realizado sob o crivo do contraditório não logrou êxito em constatar a produção de ruído acima dos limites toleráveis, tampouco a existência de lixo.

O Grupo de Escoteiros 9 de Julho realiza suas atividades naquela localidade há mais de 40 anos. Entretanto, tal fato não lhe gera qualquer direito adquirido.

De outro lado, o sossego público deve ser preservado, garantindo com isso a saúde pública.

No caso concreto, não há vedação legal para a instalação de grupo de escoteiros naquela região, embora esteja capitulada como Zona Exclusivamente Residencial (ZER).

Isto porque a própria legislação permite a instalação e funcionamento de estabelecimentos de ensino educacional e infantil.

Nem poderia ser diferente, já que tal atividade tem evidente caráter de interesse público, proporcionando a facilitação e disseminação do conhecimento.

A atividade de escoteirismo pode ser interpretada como de ensino, isto porque apresenta cunho educacional e garante aos jovens cidadãos o acesso à cultura e o desenvolvimento intelectual e cívico.

Porém, certo é que as atividades não podem violar o direito de terceiros. Por isso, devem obedecer os limites sonoros impostos pela legislação – 50 decibéis diurnos e 45 decibéis noturnos –, bem como não devem realizar qualquer atividade além daquelas voltadas e previstas nos seus fins institucionais.

Portanto, inexistente qualquer razão para manter o espaço fechado, sem que possa ser utilizado como sede do escoteirismo local, devendo, no entanto, serem observadas todas as regras legais e sociais para uma convivência harmônica de vizinhança.

Desta forma, a r. sentença comporta mínimo reparo, apenas para permitir a utilização do espaço, observado o limite de ruído, tal como lançado na r. sentença.

Pelo exposto, **dá-se parcial provimento** ao recurso.

Ante a mínima reforma da sentença, mantem-se a distribuição dos ônus da sucumbência na forma da sentença.

A fim de evitar a oposição de Recurso Embargos de Declaração visando apenas o prequestionamento, e para viabilizar o acesso às vias extraordinária

Acesso ao Sumário

e especial, considera-se prequestionada toda a matéria infraconstitucional e constitucional deduzida nos autos, sendo desnecessária a citação numérica de todos os dispositivos mencionados (STJ – AgRg nos EDcl no REsp 966.229/RS, Rel. Min. Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 18.02.2013).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0009102-56.2011.8.26.0068, da Comarca de Barueri, em que são apelantes ENILSON PEREIRA NUNES (E OUTROS(AS)), ALINE DEYSE FERREIRA NUNES e MARLI ISABEL CAMARGO DE TOLEDO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 6.663)**

O julgamento teve a participação dos Excelentíssimos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente) e FERMINO MAGNANI FILHO.

São Paulo, 10 de agosto de 2015.

MARCELO BERTHE, Relator

Ementa: RECURSO DE APELAÇÃO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DESVIO DE BEM DOADO. PROGRAMA TELEVISIVO CQC. Restou fartamente comprovado que a televisão de plasma de 32 polegadas doada à Secretaria de Educação do Município de Barueri, com expressa menção para ser utilizada em escola pública, foi desviada em prol de servidores daquele ente federativo, de modo que evidente a violação aos princípios que norteiam a Administração Pública, notadamente o da moralidade. É incontroverso que a televisão foi instalada e utilizada na residência de servidores, com a conivência da diretora da unidade. Caracterização de ato de improbidade previsto no art. 11 da Lei 8.429/92, independentemente de dano ao erário. O ato de imoralidade afronta a honestidade, o dever de

Acesso ao Sumário

lealdade, a dignidade humana, as normas de conduta aceitas pelos administrados e outros postulados éticos e morais, ou seja, na condição de servidores públicos ligados a área de educação os apelantes tinham o dever de agir observando os princípios que regem a Administração Pública, e como tal, não deveriam, em hipótese alguma, fazer uso pessoal de bem doado em prol da comunidade, pois o ato em nada atende ao interesse público. Sentença mantida. Aplicação do art. 252 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça. Recurso desprovido

VOTO

Tratam os autos de recurso de apelação extraído de Ação Civil Pública (nº 0009102-56.2011.8.26.0068), interposto contra a r. sentença de fls. 489/502, proferida pela MM. Juíza da Vara da Fazenda Pública da Comarca de Barueri, que julgou improcedente o pedido em face de Celso Furlan e procedente em face de Enilson Pereira Nunes, Aline Nunes e de Marly Isabel Camargo de Toledo pela prática dos atos de improbidade previstos nos artigos 9º e 11º da Lei nº 8.429/92, porque desviaram a utilização de bem doado a fim de ser utilizado em escola pública.

Os particulares interpuseram recurso sustentando, em síntese, que não foi possível verificar a procedência lícita da TV e, portanto, por este motivo, não pode ser transferida ao patrimônio público. Menciona que em nenhum momento houve a prática de ato ilícito (fls. 506/520).

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 535/537).

O Ministério Público de 2ª instância ofereceu parecer pugnando pelo desprovimento do recurso (fls. 542/548).

É o relatório.

O recurso não merece ser acolhido.

Compulsando os autos, verifica-se que o programa televisivo da Rede Bandeirantes CQC – Custe o que Custar – doou um aparelho de televisão de plasma de 32 polegadas para a Municipalidade de Barueri, com o fim exclusivo para utilização na rede municipal de ensino.

A fim de avaliar a lisura dos servidores públicos da Secretaria de Educação daquele ente federativo, foi instalado um aparelho GPS na TV a fim de monitorar a destinação do bem.

Ocorre que, com relatório gerado pelo GPS em mãos, constatou-se que a televisão nunca foi destinada a qualquer escola pública. Na verdade, como se pode ver na reportagem encartada nos autos, a televisão foi instalada na

Acesso ao Sumário

residência do corréu Ednilson, servidor público municipal da Secretaria de Educação.

Neste passo, muito bem esclareceu a MM. Magistrada Nilza Bueno da Silva, em sua clara e precisa sentença:

> "Não se pode olvidar que a fiscalização dos atos da administração incumbe a todos e, assim, a pessoa que doou o fez amparada pelo próprio direito de fiscalizar inerente a todos os cidadãos ou a todas as pessoas (físicas ou jurídicas). Este, aliás, é um papel importante da imprensa.
>
> Também não importa que a doação tenha partido da produção de um programa de televisão como o 'CQC' da rede Bandeirantes.
>
> Ademais, muniu-se de cautelas prévias, a pessoa fez a doação e entregou a televisão de plasma de 32 polegadas à Secretaria de Educação do Município de Barueri, deixando bem claro que o bem deveria ser destinado ao uso público, em uma escola.
>
> Para tanto, foram tomadas alguma cautelas, normais e, aliás, dotadas de inteligência e técnica, até para se evitar que, posteriormente, se alegasse o contrário. Dentre essas cautelas, houve a inserção de um GPS no interior do aparelho. Passou-se, então, a monitorar onde estava o televisor doado e se o mesmo havia ou não sido ligado.
>
> Tais condutas, de parte do doador (ou da produção do programa CQC), no tocante ao âmbito de responsabilização objeto do presente processo, repita-se, foram normais e até salutares diante do que se vê, algumas vezes, em setores do serviço público de qualquer esfera deste país.
>
> Aliás, as cautelas serviriam também para demonstrar a lisura e a honestidade de agentes públicos, tivesse isto ocorrido".

A propósito, o aparelho de televisão foi desviado por Enilson, com o auxílio de sua filha Aline, ambos servidores da rede pública de ensino municipal, com a conivência da diretora da unidade Marly.

O conjunto probatório é sólido a demonstrar que o bem doado não foi patrimoniado e que tampouco houve autorização administrativa para sua utilização por qualquer servidor público.

Acesso ao Sumário

Assim, no tocante à responsabilização dos apelantes, os autos possuem elementos suficientes a demonstrar a efetiva participação de cada um.

A responsabilidade de Enilson Pereira Nunes, assessor na Secretaria de Educação, restou amplamente caracterizada.

O próprio servidor confessou que recebeu a televisão doada para que ficasse em seu poder até a formalização dos documentos necessários para oficializar a doação.

Dessa feita, não há outra conclusão a não que a televisão tinha que ter sido armazenada na repartição pública. Entretanto, conforme amplamente demonstrado, foi levada para a residência do servidor que fez uso pessoal do

bem.

Por sua vez, a servidora Marly Isabel Camargo de Toledo, Secretária da Escola Municipal Tarso Genro, contribuiu para que a televisão fosse enviada para a casa do servidor Enilson, visto que não enviou o bem para ser patrimoniado, ao contrário, permitiu que o servidor levasse o bem para casa.

Por último, a servidora Aline Nunes, secretária da escola e filha de Enilson, que se beneficiou da TV em sua residência, ao saber da presença da reportagem, tentou levar a televisão de volta para a escola, inclusive, tentando ocultar que a mesma se encontrava em sua residência, de modo que ficou evidente a ciência da ilicitude de seus atos.

Nota-se, portanto, que é claro o desvio de conduta dos servidores que ao invés regularizarem a situação do bem doado perante o Poder Público, simplesmente optaram por se aproveitar da doação, em detrimento do interesse público.

O evento, por si só, mostra que os apelantes violaram princípios da Administração Pública e, portanto, devem receber as sanções cabíveis.

Comete ato de improbidade administrativa o agente público que pratica ato contrário às normas da moral, à lei e aos bons costumes, ou seja, aquele ato que indica falta de honradez e de retidão de conduta no modo de proceder perante a Administração Pública.

A Lei nº 8.429/92 classifica os atos de improbidade administrativa nos artigos 9º, 10 e 11, dispondo respectivamente, em atos que importam em enriquecimento ilícito, atos que causam prejuízo ao erário e atos que atentam contra os princípios da Administração Pública.

Levando-se em conta o evento ocorrido, bem como o destino que foi dado ao bem doado, é evidente a afronta aos princípios da Administração Pública.

Conclui-se, portanto, que os atos praticados pelos servidores públicos importaram em ato de improbidade administrativa, por violação a princípios, notadamente o da moralidade.

Todavia, convém ressaltar que a improbidade administrativa praticada pelos apelantes não se refere a enriquecimento ilícito e/ou prejuízos causados ao erário. Mas, sim a atos que atentaram contra os princípios da Administração, dispostos no artigo 37, caput, da Constituição Federal.

O ato de imoralidade afronta a honestidade, o dever de lealdade, a dignidade humana, as normas de conduta aceitas pelos administrados e outros postulados éticos e morais, ou seja, na condição de servidores públicos ligados a área de educação os apelantes tinham o dever de agir observando os princípios que regem a Administração Pública, e como tal, não deveriam, em hipótese alguma, fazer uso pessoal de bem doado em prol da comunidade, pois o ato em nada atende ao interesse público.

Acesso ao Sumário

No caso dos autos, ainda que não haja prova de enriquecimento ilícito, ou mesmo de efetivo dano ao erário, irrecusável a ofensa à moralidade, porque evidente a burla da lei de regência, por meio do apontado expediente utilizado, que consistiu na utilização de bem doado.

Portanto, nenhuma dúvida paira sobre o ato ímprobo dos agentes públicos.

Destarte, a condenação dos agentes públicos deve ser capitulada no art. 11, caput, da Lei 8.429/92, por praticar ato que atentou contra os princípios da Administração Pública, violando, com isso, os deveres de honestidade, legalidade, lealdade às instituições entre outros.

Portanto, a sanção aos agentes públicos deve ser recapitulada, tendo em vista a ausência de dano ao erário, nos termos do art. 12, inciso III, da Lei 8.429/92, que se fixa no pagamento de 03 (dez) vezes o valor da maior remuneração percebida por cada um 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 3 (três) anos, exatamente como já disposto na sentença.

Deste modo, no mérito, a r. sentença não comporta reparos, devendo ser integralmente mantida por seus jurídicos fundamentos, sendo desnecessária a repetição, nos termos do art. 252 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça.

Pelo exposto, **nega-se provimento** ao recurso.

A fim de evitar a oposição de Recurso Embargos de Declaração visando apenas o prequestionamento, e para viabilizar o acesso às vias extraordinária e especial, considera-se prequestionada toda a matéria infraconstitucional e constitucional deduzida nos autos, sendo desnecessária a citação numérica de todos os dispositivos mencionados (STJ – AgRg nos EDcl no REsp 966.229/RS, Rel. Min. Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 18.02.2013).

Na hipótese de interposição ou oposição de recurso contra esta decisão, ficam as partes intimadas, a partir da publicação, a se manifestarem, expressamente, na petição de interposição ou razões recursais, se se opõe à forma de julgamento virtual, nos termos da Resolução 549/2011 do Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001898-13.2010.8.26.0450, da Comarca de Piracaia, em que são apelantes LUPÉRCIO MARQUES DE ASSIS (ESPÓLIO), CONDOMÍNIO RESIDENCIAL

PANORAMA, JOSÉ KALIL NETO, CARLOS ALBERTO KALIL e MARCELO KALIL, é apelado COMPANHIA DE SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DE SÃO PAULO – SABESP.

ACORDAM, em 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento à apelação de espólio de Lupércio Marques de Assis e negaram provimento aos demais recursos. V.U. Sustentou oralmente, pelo apelante, o Dr. Sérgio Henrique Passos (OAB 131051 - SP).", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto 34.211)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores OSCILD DE LIMA JÚNIOR (Presidente) e JARBAS GOMES.

São Paulo, 18 de agosto de 2015.

RICARDO DIP, Relator

Ementa: REINTEGRAÇÃO DE POSSE. DANO AMBIENTAL.

- Em que pese ao domínio da área ser de sociedade de economia mista, a superfície em pauta é insuscetível de usucapião, tendo em vista ser afetada à prestação de serviço público. Sua ocupação por particular configura mera detenção de bem público e não posse, não atraindo a prescritibilidade defendida pelos suplicados.

- O exercício regular do direito previsto no art. 1.297 do Código Civil pressupõe que o cercamento do imóvel pelo proprietário observe os limites de seu domínio.

- O caráter de bem de uso comum das águas não afasta a necessidade de autorização prévia da Sabesp e dos órgãos ambientais para a instalação de pranchões flutuantes na represa, exigência que se mostra razoável para a conservação de reservatório cuja finalidade é o abastecimento de água e que se trata de área de preservação permanente, nos termos do art. 4º da Lei federal nº 12.651/2012 (de 25-5), e de área de proteção ambiental, conforme a Lei paulista nº 10.111/1998 (de 4-12).

- A prova técnica verificou a ocorrência de danos ambientais consistentes na abertura de caminhos, com supressão de vegetação, no imóvel da autora para interligar os prédios de alguns dos suplicados

Acesso ao Sumário

com a represa.

- A circunstância de tratar-se de dano ambiental de pequena monta não afasta a necessidade de sua reparação em virtude da ocorrência de lesão ao equilíbrio ecológico (arg. art. 225 da Constituição federal).

Provimento da apelação de espólio de Lupércio Marques de Assis. Não acolhimento dos demais recursos.

VOTO

RELATÓRIO:

1. A Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – Sabesp ajuizou demanda contra Panorama Empreendimentos Imobiliários S/C Ltda., com o escopo de reintegrar-se na posse de área situada às margens da represa de Jacareí, onde a suplicada teria realizado benfeitorias que sustenta incompatíveis com o local – escavação do solo para construção de vala de drenagem de águas pluviais, instalação de cercas e de "pranchão flutuante" destinado ao lançamento de barcos –, caracterizado como área de proteção permanente. Pleiteia, ainda, a condenação no pagamento das despesas atinentes à recuperação ambiental do local degradado.

2. Afastou-se a suscitada ilegitimidade *ad causam* da requerida, rejeitado o pleito de denunciação da lide, determinando-se, todavia, a inclusão no polo passivo de Lupércio Marques de Assis, Condomínio Residencial Panorama, José Kalil Neto, Carlos Alberto Kalil e Marcelo Kalil, a quem imputa as intervenções que configurariam o esbulho possessório (fl.159).

3. O M. Juízo de origem rechaçou em despacho saneador as matérias preliminares arguidas, deferindo a prova pericial para apurar a ocorrência de dano ambiental (fl.341).

Veio aos autos o laudo pericial (fls. 411-549), seguido por manifestação das partes (fls. 555-8,560-1,567-72 e 596-9) e esclarecimentos do perito judiciário (fls.608-22).

4. A r. sentença, complementada por decisão em embargos declaratórios, julgou o feito improcedente quanto à Panorama Empreendimentos Imobiliários S/C Ltda., concedendo a tutela possessória e condenando os demais requeridos a se absterem de realizar serviços de capina nos caminhos abertos entre suas propriedades e a represa, bem como na reparação ambiental, a ser apurada na fase liquidatória. O demandado Condomínio Residencial Panorama foi condenado ainda a retirar as cercas laterais, os mourões e os pranchões flutuantes, por se tratarem de intervenções que beneficiam todos os condôminos. Fixou-se em

Acesso ao Sumário

R$ 3.000,00 a verba honorária devida pela Sabesp para a primeira requerida, assinados nesse montante os honorários sucumbenciais a ser pagos à requerente pelos demais suplicados, que deverão arcar com as custas e despesas processuais (fls.643-50 e 672-3).

Do decidido, apelaram os requeridos sucumbentes.

O espólio de Lupércio Marques de Assis afirma que as cercas foram construídas em observância a uma cláusula do contrato de comodato celebrado em 1987 com a Sabesp, cujo objeto é a área entre a represa e a propriedade do requerido, sendo conservadas desde então seguindo a previsão contratual de preservação da superfície cedida. Sustenta que referidas cercas não provocam danos ambientais, além de falta de provas da abertura de caminho entre o seu imóvel e o reservatório (fl.674-7).

O Condomínio Residencial Panorama alega que as cercas constituem servidão por usucapião, pois estão no local há quase 50 anos, tratando-se, ademais, de exercício regular do direito de propriedade, tendo em vista que as cercas foram construídas para evitar invasões das criações de gado dos imóveis vizinhos. Afirma que a forma de cercamento dos prédios confrontantes pretendida pela Sabesp implica óbice à utilização do reservatório, que é bem público de uso comum, ressaltando serem os pranchões flutuantes imprescindíveis para o aproveitamento das águas para fins recreativos, assim como os caminhos abertos para acesso à represa. Sustenta descabida a condenação na reparação dos danos ambientais por serem esses mínimos, pleiteando, subsidiariamente, a aplicação do *caput* do art. 21 quanto às verbas sucumbenciais (fls.683-708).

A esses argumentos o recurso de José Kalil Neto, Carlos Alberto Kalil e Marcelo Kalil acrescenta a nulidade da sentença por vício de extrapetição, pois não consta da inceptiva pleito acerca do impedimento dos serviços de capina, renovando a arguição de ilegitimidade *ad causam* passiva, uma vez que não foram os responsáveis pela colocação das cercas e escavação do solo (fls. 740-9).

Respondeu-se aos recursos (fls. 715-20 e 775-80).

É o relatório em acréscimo ao da sentença, conclusos os autos recursais em 17 de setembro de 2014 (fl.783).

VOTO:

5. De partida, afasta-se a arguida nulidade da r sentença de origem.

Isso porque na inceptiva constam o pedido possessório e o de reparação dos danos ambientais – a ser apurados em perícia – danos esses provocados pela irregular ocupação da área de domínio da suplicante. A prova técnica verificou a ocorrência das moléstias ambientais, ante a abertura de caminhos, com supressão de vegetação, no versado imóvel da Sabesp, para interligar os prédios de alguns dos suplicados com a represa, de modo que, ao condenar os requeridos a não

Acesso ao Sumário

realizar serviços de capinação na área de propriedade da autora, o M. Juízo de origem cingiu-se a conceder uma das tutelas jurisdicionais pleiteadas na inicial.

6. A agitada ilegitimidade passiva *ad causam* de José Kalil Neto, Carlos Alberto Kalil e Marcelo Kalil foi rechaçada na decisão saneadora, *decisum* não impugnado no momento oportuno.

Além disso, falta a esses requeridos interesse recursal nesse particular, pois a suscitada ilegitimidade não se estende a todas as questões debatidas nos autos, limitando-se à responsabilidade pela escavação do solo para a construção de galerias pluviais e pela colocação das cercas. Os demandados, que se afirmam ilegítimos para responder por esses danos, não foram condenados a repará-los, de sorte que não caberia mesmo acolher a preliminar por eles levantada.

7. A ausência de interesse em recorrer obsta ao exame do recurso do espólio de Lupércio Marques de Assis, quanto ao discutido tema das cercas, pois também esse requerido não foi condenado a retirá-las.

Ainda que assim não fosse, o contrato de comodato em que se fundamenta para justificar a mantença das cercas foi renovado pela última vez em maio de 1994, com prazo de duração de dois anos, como noticiado pelo próprio requerido, de forma que não é possível invocar esse pacto para a conservação das cercas quase 20 anos após o término de sua vigência.

8. O caso em pauta versa a reintegração de imóvel situado às margens da represa de Jacareí, reservatório destinado ao abastecimento de água para a população local, sendo a área *sub examine* inundada no período de cheias, assim o informou o perito judiciário (cf. fl.534).

Em que pese ao domínio da área ser de sociedade de economia mista, a superfície em pauta é insuscetível de usucapião, tendo em vista o fato de estar afetada à prestação de serviço público. Sua ocupação por particular configura mera detenção de bem público e não posse, não atraindo a prescritibilidade alegada pelos suplicados.

9. Certo que o art. 1.297 do Código Civil garante ao proprietário de um imóvel o direito de cercá-lo, com a finalidade de proteção; todavia, o exercício regular desse direito pressupõe que o cercamento do prédio observe os limites da propriedade.

Para a espécie, verificou a prova pericial a existência de duas cercas: uma paralela à margem da represa, construída após a cota 850 metros, e, portanto, fora do imóvel pertencente à Sabesp, e outra, lateral, que invade a área da demandante em aproximadamente 80 metros (cf. fl. 532).

A r. sentença determinou a retirada apenas da cerca lateral instalada no imóvel da autora, não se caracterizando a cogitada ofensa ao direito previsto no art. 1.297 do Código Civil.

10. A remoção da cerca lateral que, como afirmam os requeridos, teria

por fim evitar a invasão do gado criado em imóveis vizinhos, não resulta na falta de proteção das áreas comuns do Condomínio demandado e nos prédios de José Kalil Neto, Carlos Alberto Kalil e Marcelo Kalil, situados dentro do empreendimento, mostrando-se possível a instalação de cerca paralela à represa em toda a extensão da propriedade desses suplicados.

Essa providência, ao contrário do sustentado pelos apelantes, não implica impedimento de acesso às águas da represa, ressaltando-se averiguada pelo perito judiciário a presença de portões na cerca já existente, destinados exatamente a acessar o reservatório (cf. fls. 480 e 482).

Tampouco versa o caso em tela passagem forçada, uma vez que os imóveis dos requeridos não estão encravados, pois, tal se verifica, os caminhos abertos na área pertencente à Sabesp são destinados ao uso recreativo da represa.

11. O caráter de bem de uso comum das águas não afasta a necessidade de autorização prévia da Sabesp e dos órgãos ambientais para a instalação de pranchões flutuantes.

Em que pese não causarem efetivos danos ambientais, conforme indica o laudo pericial, mostra-se razoável essa exigência, para a conservação do reservatório, cuja finalidade é o abastecimento de água, e porque se trata de área de preservação permanente, nos termos do art. 4º da Lei federal nº 12.651/2012 (de 25-5), e ainda de área de proteção ambiental, consoante a Lei paulista nº 10.111/1998 (de 4-12).

12. Verificou o perito judiciário a existência de danos ambientais provocados pela abertura de vias de acesso ao reservatório, com supressão da vegetação rasteira, expondo parte do solo e "propiciando o arraste de partículas sólidas para o fundo da represa" (fl. 521).

Em manifestação posterior, respondendo a quesito adicional do Condomínio requerido, esclareceu que possível o acesso à represa sem prejuízo à vegetação rasteira, "desde que não sejam feitos serviços de capina para a remoção da cobertura vegetal" (fl. 611).

A circunstância de tratar-se de dano ambiental de pequena monta não afasta a necessidade de sua reparação, em virtude da ocorrência de lesão ao equilíbrio ecológico (arg. art. 225 da Constituição federal de 1988).

13. Assiste razão ao espólio de Lupércio Marques de Assis quanto à falta de provas da existência de caminho aberto na área da Sabesp interligando sua propriedade à represa.

O laudo pericial refere-se a trilhas que se iniciam em imóveis localizados dentro do Condomínio requerido, não havendo nos autos notícia de acesso semelhante no prédio do espólio de Lupércio Marques de Assis, que se situa fora do Condomínio Residencial Panorama (fls. 478-88).

Cabe observar que o espólio apelante foi integrado à lide apenas porque

Acesso ao Sumário

seria o responsável pela construção da cerca lateral, não havendo nos autos indício da abertura, por esse recorrente, de caminho no imóvel da Sabesp.

Admitida pelo espólio suplicado a instalação da cerca lateral caberia cogitar condená-lo na sua retirada; todavia, a r. sentença de origem condenou apenas o Condomínio Residencial Panorama nessa obrigação, de forma que, não havendo pleito recursal naquele sentido e vedada a *reformatio in pejus*, não é possível determinar ao espólio apelante que remova a referida construção.

14. No tocante com o pleito subsidiário relativo às verbas sucumbenciais, comporta manutenção o *decisum* de origem, pois os pedidos formulados na inicial visavam à reintegração de posse e à reparação dos danos ambientais apurados em perícia para "restabelecer a área ao seu *status quo ante*", verificando-se a procedência do feito.

15. Ressalta-se, por fim, em ordem ao prequestionamento indispensável ao recurso especial e ao recurso extraordinário, que todos os preceitos referidos nos autos se encontram, *quodammodo*, albergados nas questões decididas.

POSTO ISSO, pelo meu voto, nego provimento às apelações de Condomínio Residencial Panorama e José Kalil Neto e Outros, e acolho o recurso de espólio de Lupércio Marques de Assis para julgar improcedente o feito quanto a ele, mantendo, no mais, a r. sentença de origem prolatada nos autos nº 0001898-13.2010 da 2ª Vara da Comarca de Piracaia.

Condena-se a Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – Sabesp no pagamento de honorários advocatícios correspondentes a 10% do valor atribuído à causa em favor de espólio de Lupércio Marques de Assis.

É como voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0023585-41.2011.8.26.0602, da Comarca de Sorocaba, em que é apelante/apelado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado/apelante ALINE CÁSSIA DOS SANTOS SANTANA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Recurso dos autores provido, negado o da ré. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.658)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores XAVIER DE AQUINO (Presidente sem voto), LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ e ALIENDE RIBEIRO.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 4 de agosto de 2015.
DANILO PANIZZA, Relator

Ementa: APELAÇÃO – Responsabilidade civil – Ação indenizatória – Dano moral por inadequação de atendimento médico hospitalar – Irresignação – Cabimento – Proibição de acompanhante durante o parto – Direito previsto em legislação – Ofensa que decorre da simples violação do direito dos autores – Responsabilidade e omissão do ente público, caracterizando a "faute du service" nos moldes do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal.

Quantum **indenizatório. Arbitramento que deve operar-se com moderação ao grau de culpa, ao porte ou condições das partes, bem como o caráter pedagógico que deve representar referida indenização em situações assemelhadas.**

Decisão reformada, em parte, apenas no que tange à majoração da verba indenizatória.

Recurso dos Autores provido; desprovendo-se o recurso da FESP.

VOTO

Vistos.

Aline Cássia dos Santos Santana e Bruno Santana propuseram ação indenizatória, pelo rito ordinário, contra a Fazenda do Estado de São Paulo, perante o Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Sorocaba, sustentando que ao pretender acompanhar sua esposa em trabalho de parto, teve o seu direito obstado sem nenhuma justificativa aparente. Assim, com a desídia do hospital estadual que privou o autor da experiência de assistir o parto de seu filho, bem como ter a autora o devido acompanhamento, objetiva a condenação da ré ao pagamento de danos morais. Requereram a procedência da ação, acostando documentos.

A r. sentença de fls. 150/152, julgou procedente a ação, nos moldes do art. 269, inciso I, do CPC, condenando a ré no pagamento de danos, ora no importe de R$ 5.000,00, com correção monetária e juros de mora, com sucumbência recíproca, deixando recorrendo de ofício ante ao valor da condenação.

Houve interposição de Embargos de Declaração, pelos Autores Aline Cássia dos Santos Santana e Bruno Santana (fls. 155/156), os quais foram

Acesso ao Sumário

acolhidos para constar, com base na Súmula 326, do STJ, a ré FESP devera arcar com as custas e honorários, ora arbitrados em 10% do valor da condenação (fl. 174).

A Fazenda do Estado de São Paulo apelou a partir de fl. 157, recebido às fls. 177, sustentando a inexistência de responsabilidade objetiva e da ausência do nexo causal; assevera das excludentes de responsabilidade em razão de que as atividades médicas são obrigações de meio; não havendo falta ou falha no serviço prestado. Pede reforma da r. decisão e acolhimento do recurso.

Contrarrazões (fls. 182/184).

Os Autores apelaram adesivamente a partir de fls. 186, recebido a fls. 192, reiteram os termos expostos em peça inaugural, pedindo reforma da r. sentença e o provimento do recurso, exclusivamente pela majoração do dano moral.

Contrarrazões (fls. 195/198).

É o relatório.

Pelo depreendido dos autos, a questão é exclusivamente de direito, sendo certo que o contexto de ordem fática está adstrito aos documentos e provas já existentes nos autos, propiciando o conhecimento de plano da matéria.

Trata-se de ação de cunho indenizatório, pelo rito ordinário, em que os Autores objetivam condenação do ente público estadual ao pagamento de dano moral, pelo atendimento médico insatisfatório a que foram submetidos, no Conjunto Hospitalar de Sorocaba, mantido pela Fazenda do Estado de São Paulo.

Aduz que durante o recebimento de atendimento médico hospitalar inicial, preenchendo a ficha avaliatória, informaram a pretensão de que seu esposo, ora coautor Bruno, de acompanhar o parto, mas o mesmo fora impedido com a afirmativa de que a atendente desconhecia a legislação que garantia tal direito, consequentemente, com tal desídia do hospital, privou o coautor Bruno da experiência de assistir o parto de seu filho, bem como a Autora de ter o devido acompanhante.

Assim, sob a justificativa de negligência em razão da má prestação de serviço de saúde em tempo e modo inadequados. Pedem a procedência da ação com indenização pelos danos causados, nos moldes como encartado em peça inaugural.

Com efeito, a situação excludente escorada no § 6º, do art. 37, da CF, não recebeu adequada interpretação, uma vez que reporta conduta de ação do agente, mas no sentido diverso do omissivo, ou seja, dita previsão constitucional também enquadra o ato omisso, aquele que deixou de fazer alguma coisa ou tomar alguma providência, deixando de cuidar de um determinado serviço. Então, comporta a aplicação de tal dispositivo, como princípio de bem prestar um serviço público.

Efetivamente, a prestação do serviço concedido não pode ensejar inadequação, esta resultou de fato notório, ou seja, mal atendimento em serviço de saúde que culminou com o impedimento da coautora Aline de ser acompanhada de seu esposo, ora coautor Bruno, no centro cirúrgico, bem como privou este da experiência de vivenciar o parto de seu filho.

Em conformidade com o lecionado por Hely Lopes Meirelles a responsabilidade do Estado, em situações como a presente, é objetiva com a obrigação: "*de indenizar os danos causados a terceiros por seus servidores, independentemente da prova de culpa no cometimento da lesão (...) Por isso, incide a responsabilidade civil objetiva quando a Administração Pública assume o compromisso de velar pela integridade física da pessoa e esta vem a sofrer um dano decorrente da omissão do agente público naquela vigilância. Assim, os alunos da rede oficial de ensino, pessoas internadas em hospitais públicos ou detentos, caso sofram algum dano quando estejam sob a guarda imediata do Poder Público, têm direito à indenização, salvo se ficar comprovada a ocorrência de alguma causa do dever daquela responsabilidade estatal*" (Direito Administrativo Brasileiro, 30ª edição, Ed. Malheiros, 2005, pg. 635/636).

Também para o ressarcimento com fulcro na responsabilidade objetiva, assim também pauta a jurisprudência: "*A teoria objetiva, a que se filiou nossa Carta Magna, dispensa a culpa do agente administrativo, mas condiciona a responsabilidade civil do Estado a alguma falha ou algum mau funcionamento do serviço público. Estabelecido o liame causal entre a falta administrativa e o prejuízo superveniente, sem culpa ou dolo da vítima, cabe á Administração indenizar o lesado. A* ***contrario sensu****, sempre que a culpa da própria vítima for à causa imediata do acidente, ainda que envolvido se ache algum agente do Poder Público, não se configurará a responsabilidade civil da Administração*" (RT, 611/221), resultando o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso.

A comprovação da culpa e o nexo de causalidade entre o dano causado pela má prestação do serviço público, em local gerido e administrado pelo Conjunto Hospitalar de Sorocaba, mantido pela Fazenda do Estado de São Paulo, impõe o dever de se responsabilizar e suportar as consequências, sendo assumida pelo ente jurídico público, na conformidade do previsto pelo artigo 37, em seu § 6º, C.F.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

§ 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

Acesso ao Sumário

o responsável nos casos de dolo ou culpa."

Com efeito, reprisa-se: a situação fática, constante dos autos, revela que a não prestação do serviço público em tempo oportuno, conquanto não represente ofensa a direito da personalidade, configura um prejuízo que merece ser reparado, ante ao descumprimento de norma legal vigente, privando a coautora Aline pelo não atendimento ao direito da gestante de ter seu esposo, ora coautor Bruno, como acompanhante no parto, bem como àquele da experiência de vivenciar o parto de seu filho.

Com efeito, a Lei Federal nº. 8.080/90 (alterada pela lei 11.108/2005), vem de encontro aos anseios do Programa Nacional de Direitos Humanos, na medida em que busca humanizar o atendimento à saúde da gestante, especialmente no que concerne ao parto, "*acontecimento de cunho familiar, social, cultural e preponderantemente fisiológico*", nos termos da Resolução n. 36/2008 da ANVISA.

Neste mister, tais regras impostas devem ser cumpridas pelo ente público estadual, mesmo que suspostamente alegue ausência de regulamentação pela Secretaria de Estado de Saúde, porquanto submete-se aos efeitos impostos pela citada norma (Lei Federal n. 8.080/90, alterada pela lei 11.108/2005), que já foi regulamentada e se aplica a "*todo serviço de saúde no país, que exerça atividade de atenção obstétrica e neonatal, seja ele público, privado, civil ou militar, funcionando como um serviço de saúde independente ou inserido em um hospital geral, incluindo aqueles que exercem ações de ensino e pesquisa.*" (Resolução – RDC nº 36/2008 da ANVISA).

Apesar de constatada total irresignação no apelo fazendário, o que se observa é a ocorrência de situação fática de culpa da Administração ou dos seus agentes, cuja conduta veio escorada no procedimento/atendimento médico adotado, no caso concreto, não satisfatório, caracterizada a responsabilidade do poder público, pois a negligência ficou patente, existindo comportamento lesivo por parte da Administração no que toca ao tratamento dispensado aos autores, ensejando a indenização fixada.

Nesse mister, houve efetiva responsabilidade objetiva, como salienta Maria Sylvia Zanella di Pietro: "*a omissão na prestação do serviço tem levado à aplicação da teoria da culpa do serviço público (**faute du service**); é a culpa anônima, não individualizada; o dano não decorreu de agente público, mas de **omissão** do poder público*" (cf. Direito Administrativo, Ed. Atlas, 10ª ed. P. 425). Houve, portanto, inconteste ausência na prestação de serviço público condizente.

Nestes moldes, evidente a ocorrência de *faute du service*, nas suas duas vertentes: omissão e falha (cf. Rui Stoco, "*Tratado de Responsabilidade Civil*", 6ª ed., SP: RT, p. 960), pois o serviço não funcionou, devendo funcionar;

funcionou mal e atrasado. Resume o Mestre: "*a ausência do serviço causada pelo seu funcionamento defeituoso, até mesmo pelo retardamento, é quantum satis para configurar a responsabilidade do Estado pelos danos daí decorrentes em desfavor dos administrados*" (ob. e p. cits.). Evidente que o nexo de causalidade restou caracterizado com a prova documental ante a ausência de eficiência e presteza no atendimento do interesse público.

Portanto, o ente Público responde pelos danos causados, ante ao inegável dano praticado, em face de violação do seu direito, considerando que parto e nascimento são acontecimentos de cunho familiar, social, cultural e preponderantemente fisiológico, truncado de maneira abrupta e em decorrência de uma ausência inconteste da prestação de serviço público, consubstanciando com a ausência de técnica necessária para que não ocorresse tal situação, ante a evidente inobservância aos ditames legais permissivos do direito dos autores.

Destarte, ocorrendo constatação de falha na prestação de serviço médico, por parte do Conjunto Hospitalar de Sorocaba, mantido pela Fazenda do Estado de São Paulo, sem que realizasse todos os procedimentos pertinentes ao caso concreto na tentativa de evitar um desfecho infeliz, consequentemente, eximindo-se de responsabilidade, mantem-se a condenação imposta.

Por conseguinte, no que tange à irresignação dos Autores quanto à majoração do **dano moral**, não denota caber discussão. 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 causem. Não visa ao enriquecimento, nem permite que se desvirtue sua finalidade; sua fixação deve levar em conta as circunstâncias de cada caso.

Assim, quanto à indenização por dano moral, fixada no valor de **R$ 5.000,00** (equivalente a 6 salários mínimos), sustentam incoerente o importe contido em decisão monocrática, porquanto ser ínfima ante ao postulado inicialmente (25 salários mínimos – petição inicial).

Nestes moldes, a importância fixada a título de dano moral, denota-se módica frente ao choque emocional pelo qual passou os Autores, diante da situação retratada nos presentes autos, mostrando-se ponderável a fixação da importância de **R$ 8.000,00** (equivalente a 11 salários mínimos), em razão de todo sofrimento, angustia, tristeza e dissabor experimentados, bem como exerce função penalizadora para o ente público. Arbitramento, entretanto, reprisa-se, que deve operar-se com moderação ao grau de culpa, ao porte ou condições das partes, bem como o caráter pedagógico que deve representar referida indenização em situações assemelhadas.

Destarte, configurado o dano moral, de rigor sua indenização, salientando que, para **cumprimento do julgado**, ante a ausência de menção expressa no julgado singular, bem como evitando possíveis futuras e maiores delongas

Acesso ao Sumário

desnecessárias, registre-se que a **correção monetária** deverá prevalecer desde a data do arbitramento (Súmula 362, do STJ) e com incidência dos **juros moratórios**, a partir do evento danoso (Súmula 54, do STJ), quanto ao índice de atualização, registra-se que os juros de 1% ao mês, não se pode aplicar, pois o Código Civil disciplina relações privadas e a norma próxima de aplicação dos acréscimos às relações de direito público é a da Lei nº 9.494/97 (art. 1º-F) e suas atualizações.

Nesse mister, no que tange aos índices de atualização, ora pela aplicabilidade, ao caso concreto, da Lei Federal nº 11.960/09, ressalta-se que no julgamento da ADIN 4357, houve modulação quanto àquela norma, seus efeitos restringiram-se somente aos processos com precatório já expedido, conferindo eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade, aplicando-se quanto a eles a Lei nº 11.960/09 até 25/03/2015, quando então passará a incidir o IPCA-E. (RE nº 747703 AgR Plenário do Supremo Tribunal Federal, de 25/03/2015 Rel. Min. LUIZ FUX).

Assim, reprisa-se: referida sessão deliberou apenas sobre o regime de precatório. Dessa forma, quanto aos acréscimos atualização monetária e juros moratórios nos demais casos (fase de conhecimento e execução antes do precatório, e não se tratando de matéria tributária) permanecem aplicáveis o art. 1º-F da Lei nº. 9.494/97 e as Leis nºs 11.960/09 e 12.703/12, pois a definição ainda se encontra pendente em incidente de Repercussão Geral (Tema nº 810 do Supremo Tribunal Federal atrelada ao RE nº 870947, apontado como **leading case**).

Nesta conformidade, acresça-se que este posicionamento mostra-se coerente com o entendimento externado por esta Câmara, na Apelação Cível nº 1035584-64.2014.8.26.0053, Des. Xavier de Aquino.

Ainda, considerando-se que nas ações de indenização por danos material, moral e estético os valores contidos no pedido inicial é meramente estimativo, a condenação em quantia inferior à pleiteada, não determina a sucumbência recíproca, conforme iterativa jurisprudência (RSTJ 184/339 4ª T.; RSTJ 111/81; STJ-RT 800/222). Assim, prevalecerá quanto ao ônus sucumbencial.

Ante ao exposto, a r. sentença recorrida merece pequena reforma, apenas para majoração do *quantum* indenizável, conforme fundamentação acima colacionada, devendo ser mantida, no mais, por seus próprios e jurídicos fundamentos, admitidos os prequestionamentos dos dispositivos legais e constitucionais passíveis de argumentação.

Com isto, **dá-se provimento** ao recurso dos Autores; **desprovendo-se** o da Fazenda do Estado de São Paulo.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0010731-55.2010.8.26.0309, da Comarca de Jundiaí, em que é apelante BIO PLUS COMERCIAL LTDA.-ME, é apelado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 12.825/2015)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores OSCILD DE LIMA JÚNIOR (Presidente) e AROLDO VIOTTI.

São Paulo, 18 de agosto de 2015.

JARBAS GOMES, Relator

Ementa: ATO ADMINISTRATIVO – Nulidade. Auto de Infração e Imposição de Multa decorrente de declaração de ofício de desenquadramento de contribuinte no regime tributário simplificado da microempresa. Ilegalidade. O desenquadramento de ofício não dispensa a notificação do contribuinte acerca da decisão, a teor do disposto no artigo 5º e seus parágrafos, do Decreto nº 45.490/00, em seu Anexo XX.

RECURSO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de ação ordinária ajuizada por "*BIO PLUS COMERCIAL LTDA. – ME"* contra a *"FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO*" a fim de obter a declaração de nulidade do ato administrativo que a desenquadrou do regime tributário simplificado da microempresa e, consequentemente, o auto de infração e imposição de multa nº 3.020.518-9.

A r. sentença de fls. 272-275, cujo relatório se adota, julgou improcedente a pretensão e condenou a autora no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, com as ressalvas do artigo 12, da Lei nº 1.060/50.

Inconformada, apela a vencida pleiteando a reforma do "decisum" (fls. 279-283).

O recurso foi recebido e processado nos efeitos devolutivo e suspensivo

Acesso ao Sumário

(fls. 284), sobrevindo as respectivas contrarrazões (fls. 287-292).

É o relatório.

O recurso comporta provimento.

Como sabido, a Administração pode de ofício, independentemente de prévia instauração de processo administrativo, desenquadrar o contribuinte do regime de microempresa ou empresa de pequeno porte quando deixar de observar o disposto nos incisos IV a VIII do artigo 5º, constante do Anexo XX do Decreto nº 45.490/00, ou não efetuar a comunicação ao fisco referida no § 1º, todos do artigo 4º do mesmo Diploma (Lei nº 10.086/98, artigos 4º e 6º, com alteração da Lei 10.669/00, artigo 2º, inciso III).

Todavia, o desenquadramento de ofício não dispensa a notificação do contribuinte acerca da decisão, a teor do disposto no artigo 5º e seus parágrafos, do Decreto nº 45.490/00, em seu Anexo XX, cuja redação ora se transcreve:

"Artigo 5º. (...).

§ 1º - Para efeito do desenquadramento o contribuinte será notificado, com descrição dos motivos e fundamentação legal, podendo apresentar contra-razões, instruídas com prova documental, dirigidas ao Chefe da repartição fiscal a que estiver vinculado, no prazo de 10 (dez) dias contado do recebimento da notificação.

§ 2.º - Apreciadas as contra-razões no prazo de 20 (vinte) dias e decidido pelo desenquadramento, será expedida notificação de desenquadramento, com identificação do motivo, o dispositivo legal pertinente e a data de seu início.

§ 3.º - Do despacho que decidir pelo desenquadramento caberá recurso, uma única vez, à autoridade imediatamente superior à que proferiu a decisão recorrida, recurso este que:

1 - não terá efeito suspensivo nas hipóteses dos incisos I e III do artigo anterior;

2 - terá efeito suspensivo, nas hipóteses dos incisos IV a VIII do artigo anterior.

§ 4.º - O prazo para interposição do recurso previsto no parágrafo anterior é de 10 (dez) dias contado do recebimento da notificação de desenquadramento, devendo a autoridade competente apreciá-lo, no prazo de 20 (vinte) dias, a partir da sua protocolização, salvo se houver necessidade de diligência, devidamente fundamentada pela autoridade solicitante."

Acesso ao Sumário

No caso específico dos autos, o conjunto probatório coligido permite aferir que a empresa apelante não foi notificada do aludido desenquadramento, de modo que soube deste fato unicamente com a lavratura do Auto de Infração

e Imposição de Multa nº 3.020.518 (fls. 140-141).

Esclareça-se, por necessário, que o mencionado documento foi lavrado unicamente com o objetivo de discriminar a infração e impor multa ao contribuinte, inexistindo qualquer intenção de notifica-lo do desenquadramento.

O destaque deste fato é importante, na medida em que o § 5º do artigo 5º do Decreto nº 45.490/00, em seu Anexo XX, autoriza a lavratura do Auto de Infração e Imposição de Multa concomitantemente com a notificação do desenquadramento de ofício, em que pese a providência se destinar aos casos em que o contribuinte que deixa de comunicar a perda de sua condição de microempresa por meio de alteração cadastral (artigo 4º, § 1º).

Destarte, assiste razão à empresa apelante ao apontar a nulidade do auto de infração e imposição de multa nº 3.020.518-9, lavrado antes de ser conferido oportunidade ao contraditório e à ampla defesa à decisão de desenquadramento do regime tributário ao qual pertencia, sem qualquer prejuízo aos efeitos retroativos da decisão administrativa atribuídos por força do artigo 4º, § 3º, do Decreto nº 4.3738/98.

Isto posto, dá-se provimento ao recurso, nos termos retro especificados, invertidos os ônus da sucumbência.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0009257-09.2011.8.26.0408, da Comarca de Ourinhos, em que é apelante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado ARI GAVIOLI.

ACORDAM, em 1ª Câmara Extraordinária de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.500)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO DIP (Presidente) e LUIS GANZERLA.

São Paulo, 27 de agosto de 2015.

LUCIANA ALMEIDA PRADO BRESCIANI, Relatora

Ementa: Ação anulatória de débito fiscal – Auto de infração e imposição de multa lavrado por suposta emissão de notas fiscais de produtor rural com declaração falsa quanto aos destinatários – Empresas destinatárias declaradas irregulares perante o

Acesso ao Sumário

fisco em momento posterior à operação comercial – Interrupção do diferimento – Responsabilidade do emitente da nota fiscal, na impossibilidade de cobrança do destinatário – Multa afastada tendo em vista a boa-fé do autor – Redução dos honorários advocatícios fixados – Recurso parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de ação anulatória de débito fiscal ajuizada por ARI GAVIOLI em face do ESTADO DE SÃO PAULO objetivando seja declarada a nulidade do AIMM nº 3.056.563-7 e a improcedência da sua cobrança.

A ação foi julgada procedente (fls. 339/340).

Recorreu o réu (fls. 344/358), pleiteando a reforma da sentença.

O recurso foi regularmente processado e contrariado (fls. 364/367).

Os autos foram distribuídos à 4.ª Câmara de Direito Público em setembro de 2013 e redistribuídos a esta Relatora, na forma da Resolução nº 683/2015 do Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça, conclusos em 24.03.2015.

É o relatório.

Trata-se de ação anulatória de débito fiscal ajuizada por ARI GAVIOLI em face do ESTADO DE SÃO PAULO alegando que o AIMM nº 3.056.563-7 foi lavrado por ter emitido, durante o exercício 2003, notas fiscais de produtor consignando declaração falsa quanto aos destinos, por constar como destinatários, as empresas Comércio de Cereais Safra de Barretos Ltda. e Mercantil Semente Fértil Ltda. (item 2), respectivamente, irregulares perante o fisco. Requereu a decretação da nulidade do AIMM nº 3.056.563-7 (o item 1 do auto de infração foi cancelado, em razão da decadência – fls. 134 e 154).

A ação foi julgada procedente, anulando o lançamento fiscal objeto do AIMM nº 3.056.563-7. Honorários advocatícios foram fixados em 20% do valor do crédito tributário cancelado.

Acesso ao Sumário

O recurso do Estado de São Paulo merece parcial provimento.

Constou do AIIM nº 3.056.563-7 que em decorrência da declaração falsa quanto aos destinos indicados nas notas fiscais de produtor, houve interrupção do diferimento, nos termos do artigo 428, inciso III do RICMS aprovado pelo Decreto 45.490/00:

Artigo 428 - A suspensão e o diferimento de que trata este Livro ficam interrompidos, devendo o lançamento do imposto ser efetuado pelo estabelecimento em que ocorrer (Lei 6.374/89, art. 8º, § 10, na redação da Lei 9.176/95, art. 1º, I):

I - a saída da mercadoria com destino a consumidor ou usuário final,

inclusive pessoa de direito público ou privado não-contribuinte, ressalvada a hipótese prevista no artigo 319;

II - saída de mercadoria ou prestação de serviço amparadas por não-incidência ou isenção;

III - qualquer outra saída ou evento que impossibilitar o lançamento do imposto no momento expressamente indicado.

Assim, não sendo possível a tributação no destino, cabe ao emitente da nota fiscal (quem promoveu a operação de saída que implicou em interrupção do diferimento) o recolhimento do ICMS. Ainda que se alegasse/comprovasse a boa-fé do autor, sua responsabilização é decorrência da legislação tributária.

Por outro lado, incabível a aplicação de multa, vez que não há prova da má-fé do autor, até porque as operações comerciais ocorreram em tempo anterior à decretação da irregularidade das empresas destinos, razão pela qual de rigor excluir a cobrança de multa, aplicada com fundamento no artigo 527, inciso IV, alínea "b" c.c. §§ 1º e 10 do RICMS/00 *(IV - infrações relativas a documentos fiscais e impressos fiscais: b) emissão de documento fiscal que consignar declaração falsa quanto ao estabelecimento de origem ou de destino da mercadoria ou do serviço; emissão de documento fiscal que não corresponder a saída de mercadoria, a transmissão de propriedade da mercadoria, a entrada de mercadoria no estabelecimento ou, ainda, a prestação ou a recebimento de serviço - multa equivalente a 30% (trinta por cento) do valor da operação ou prestação indicado no documento fiscal).*

Destarte, embora deva ser responsabilizado pelo pagamento do tributo em razão da interrupção do diferimento, deve ser afastada a aplicação da multa.

Quanto ao apelo do Estado em relação à fixação dos honorários advocatícios, razoável o acolhimento para fixar em R$ 1.500,00, em consonância com os §§ 3º e 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil.

Por estes fundamentos, pelo meu voto, dou parcial provimento ao recurso.

Para fins de prequestionamento se tem por inexistente violação a qualquer dispositivo constitucional ou infraconstitucional invocado e pertinente à matéria em debate.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0009499-07.2005.8.26.0075, da Comarca de Santos, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE BERTIOGA, é apelado CARLOS ALBERTO ROSA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão:

Por maioria de votos, deram provimento ao recurso, vencida a 3ª Juíza, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 7.528)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OCTAVIO MACHADO DE BARROS (Presidente), HENRIQUE HARRIS JÚNIOR e MÔNICA SERRANO.

São Paulo, 4 de agosto de 2015.

OCTAVIO MACHADO DE BARROS, Relator

Ementa: APELAÇÃO – EXECUÇÃO FISCAL – PRESCRIÇÃO – Multa de Trânsito aplicada em 2001 – Prazo decenal – Art. 205 do CC e art. 8º, § 2º, da LEF – Inaplicabilidade do Decreto nº 20.910/32 – Prescrição afastada – Recurso provido.

VOTO

Apelação contra a sentença que reconheceu a prescrição e julgou extinta a execução fiscal com fulcro no artigo 269, inciso IV, do CPC.

Inconformada, a apelante afirma ser incabível o decreto de prescrição, por não haver inércia da municipalidade nem ter a executada atualizado os seus dados cadastrais, propugnando pela aplicação da Súmula 106 do STJ, com reforma da decisão.

Relatado.

Cuida-se de Multa de Trânsito aplicada em 2001, com a execução fiscal ajuizada em 02/12/2005, despacho ordinatório proferido a 02/12/2005 e a citação operada em 08/12/2008 (fls.13), sem que tenha se completado o prazo de dez (10) anos, previsto no artigo 205, do Código Civil.

Com efeito, o Decreto nº 20.910/32 foi editado em momento histórico de ruptura com o estado democrático de direito, com o escopo de impedir o resgate das obrigações do Tesouro Nacional pelas oligarquias da "República Velha", já que o "Estado Novo" dissolveu o Congresso Nacional, as Assembleias Legislativas e Câmaras Municipais, nomeou interventores, suspendeu as garantias constitucionais e instituiu tribunal especial para julgamento de crimes políticos.

Desnecessário dizer que o aludido Decreto não foi recepcionado pelas Constituições de 1.967, 1.969 e 1.988 como Lei Complementar, como ocorreu com o Código Tributário Nacional, não encontrando respaldo na Carta Magna vigente.

A ordem jurídica exige estabilidade e segurança como fator da paz social, em que o decurso do tempo sedimenta as obrigações patrimoniais e o correlato

Acesso ao Sumário

direito de ação, ressalvados os direitos imprescritíveis, o que não é o caso dos autos.

Em assim sendo, na falta de disposição específica, inteiramente invocável a dicção da Lei Civil. É uma regra hermenêutica o suprimento – pela lei geral, daquilo que a regra especial não dispôs, a incidir o artigo 205 combinado com o artigo 2.028, ambos do Código Civil de 2002, que prevêem para a hipótese o prazo prescricional de 10 anos, por se tratar de tese mais favorável ao contribuinte, como bem decidiu a Col. Câmara Especial do Meio Ambiente, na Apelação Cível nº 821.857-5/5-00 da Comarca de Jaú, a 09/10/2008, em que foi Relator o ilustre Desembargador RENATO NALINI.

Daí porque, **dá-se provimento** ao recurso para prosseguir a execução.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1020055-30.2014.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante SANCAP LOGÍSTICA E TRANSPORTES LTDA., é apelado COMPANHIA DE ENGENHARIA DE TRÁFEGO DE SANTOS – CET – SANTOS.

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 9.014)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EDUARDO GOUVÊA (Presidente sem voto), COIMBRA SCHMIDT e MAGALHÃES COELHO.

São Paulo, 24 de agosto de 2015.

LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA, Relator

Ementa: AÇÃO ORDINÁRIA – Proibição do trânsito de caminhões de grande porte na Avenida Martins Fontes, em Santos, que, diferentemente do alegado pela apelante, não se deu sem sobreaviso, tampouco inviabilizando o exercício da atividade econômica, diante da possibilidade de cadastramento para circulação nas áreas de restrição e da existência de rotas alternativas – Regulamentação de trânsito feita

Acesso ao Sumário

no exercício da competência prevista nos artigos 8º e 24, II, ambos da LF n.º 9.503/97, afigurando-se inexigível a edição de lei específica – Recurso improvido.

VOTO

Vistos, etc.

Cuida-se de ação declaratória movida por *Sancap Logística e Transportes Ltda*. em face da Companhia de Engenharia de Tráfego de Santos, na qual alega que a requerida, ilegal e inopinadamente, impôs restrição à circulação de caminhões com mais de dois eixos na avenida na qual se encontra a sede da empresa, ali instalada há mais de 60 anos, sempre atuando no ramo de transporte de carga, ato administrativo este que, em pouco tempo, inviabilizará as atividades econômicas da recorrente.

Diante do julgamento de improcedência, apela a autora, argumentando com a inexistência de lei municipal prévia a regulamentar a sobredita restrição, imposta, ademais, sem a devida publicidade. Alega ainda que a restrição inviabiliza a atividade econômica da recorrente, por impossibilitar a entrada e saída de caminhões sem que seja autuada. Busca a reforma da r. sentença para que se declare a nulidade e inexigibilidade das multas que lhe foram impostas, com inversão dos ônus de sucumbência.

Contrarrazões a fls. 218 a 228.

É o relatório.

A r. sentença não comporta reforma, havendo de se consignar que o ilustre magistrado aplicou o direito à espécie.

Alega o recorrente que vem sendo autuado por infração à norma do artigo 187 da Lei 9.503/97, que veda o trânsito "em locais e horários não permitidos pela regulamentação estabelecida pela autoridade competente". Entretanto, ao contrário do que sustenta o apelante, inexigível se revela, à luz do Código de Trânsito Brasileiro, a edição de lei ou decreto municipal a fim de restringir a circulação de veículos pesados em determinadas vias públicas.

"Regulamentação da via", de acordo com a definição estabelecida no "Anexo I" do Código, é a própria "implantação de sinalização de regulamentação pelo órgão ou entidade competente com circunscrição sobre a via, definindo, entre outros, sentido de direção, tipo de estacionamento, horários e dias", no que se vê configurada a prescindibilidade de lei ou decreto municipal para tal fim.

De outro lado, nos termos da regra do artigo 24 do mencionado código, "compete aos órgãos e entidades executivos de trânsito dos Municípios" – **tal como a CET-Santos** –, no âmbito de sua circunscrição: (...) II - planejar, projetar, regulamentar e operar o trânsito de veículos, de pedestres e de animais,

e promover o desenvolvimento da circulação e da segurança de ciclistas; III - implantar, manter e operar o sistema de sinalização, os dispositivos e os equipamentos de controle viário; (...); XVI - planejar e implantar medidas para redução da circulação de veículos e reorientação do tráfego, com o objetivo de diminuir a emissão global de poluentes."

E os documentos juntados a folhas 43 a 46 (*e-mails* enviados pela Assessoria Jurídica do CET de Santos à recorrente) deixam claro que a restrição em exame foi estabelecida pela Companhia, autoridade competente, segundo a regra dos arts. 8º e 24, II, ambos da Lei Federal nº 9.503/97, para planejar, projetar e regulamentar o trânsito local.

Não há de se falar, tampouco, em ausência de prévia comunicação, pois, ao que se retira da contestação de fls. 85 a 98, a proibição de circulação de caminhões acima de dois eixos na Avenida Martins Fontes, em Santos, foi implantada em 02 de julho de 2008, e não em 2013, como alega a apelante, momento no qual as infrações passaram a ser melhor detectadas, com a instalação de equipamento de fiscalização eletrônica.

Não colhe, por fim, a tese de que a que a câmera do radar, tal como instalada pela Administração Pública, inviabilize a prática da atividade econômica da sexagenária empresa de transporte de carga, possível que é o cadastramento de veículos para circulação nas áreas de restrição, expediente este do qual a própria apelante se utilizou no que diz respeito a alguns dos caminhões de sua propriedade (fls. 122 a 140), razão pela qual cai por terra também a alegação de que a providência se destina somente a veículos de profissionais autônomos.

Logo, a circulação dos caminhões, contanto que estejam eles devidamente cadastrados para transitar nos horários permitidos – exigência esta razoável à vista do interesse público –, é possível. Não bastasse, há rotas alternativas, como aponta a apelada (fls. 42 e 222) e admite a apelante (fls. 202). Não será o acréscimo de três ou quatro quilômetros no percurso que inviabilizará a atividade econômica da recorrente.

Nesses termos, nego provimento à apelação interposta.

Para fins de acesso aos Egrégios Tribunais Superiores, ficam expressamente pré-questionados todos os artigos legais e constitucionais mencionados pelos litigantes.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0947848-75.2012.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante

Acesso ao Sumário

PREFEITURA MUNICIPAL DE RIBEIRÃO PRETO, é apelado MANUEL JOSÉ DA TRINDADE.

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 22.581)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDSON FERREIRA (Presidente), OSVALDO DE OLIVEIRA e VENICIO SALLES.

São Paulo, 28 de agosto de 2015.

EDSON FERREIRA, Relator

Ementa: SAÚDE. Tetraplegia Espástica. Necessidade de cadeira de rodas motorizada, por falta de condições físicas para impulsionar o equipamento convencional. Falta de condição econômica para a sua aquisição que deve ser suprida pelo Poder Público. Constituição Federal, artigo 196. Demanda procedente. Recurso não provido.

VOTO

A sentença, proferida pela eminente juíza, Doutora Heloísa Martins Mimessi, julgou procedente demanda pelo fornecimento gratuito de cadeira de rodas motorizada, prescrita para possibilitar à parte autora maior independência em termos de locomoção, tendo fixado honorários advocatícios em setecentos reais (fls. 70/75).

Apela o Município pela inversão do resultado, alegando ilegitimidade passiva por ser atribuição imediata do Estado; intervenção indevida do Poder Judiciário; ausência de dotação orçamentária para atender à toda a demanda de saúde (fls. 77/85).

Acesso ao Sumário

Recurso respondido (fls. 88/93).

É o relatório.

Presente o interesse de agir, sem necessidade de comprovação da recusa, porque a via judicial não exige prévio exaurimento das vias administrativas, que o interessado só deixa de percorrer se sabe de antemão que não será atendido ou que encontrará dificuldades em consegui-lo.

O dever do Estado quanto à saúde da população envolve todos os níveis de governo, de forma concorrente, motivo pelo qual o seu cumprimento pode ser exigido de qualquer deles, mesmo que o tratamento tenha sido prescrito por órgão de outra esfera de governo ou por serviço médico de caráter privado.

Neste sentido, a Súmula 37 deste Tribunal: *A ação para fornecimento de medicamento e afins pode ser proposta em face de qualquer pessoa jurídica de Direito Público Interno.*

A saúde é direito de todos e dever do Estado, como estabelece o artigo 196 da Constituição Federal.

Não obstante as dificuldades do sistema público de saúde em bem atender a toda a demanda, tem o cidadão o direito de exigir que as suas necessidades de saúde sejam prontamente atendidas, especialmente para evitar que se agravem.

Assim, porque a vida e a saúde têm precedência sobre todos os demais bens juridicamente tutelados, não podendo ser colocados em perigo pela falta de condição econômica para custear o tratamento, cabe ao Poder Público a responsabilidade de supri-lo.

Não incide hipótese de invasão indevida do Poder Judiciário em matéria sujeita ao poder discricionário da Administração, pois o Judiciário está apenas fazendo com que se cumpra a lei, de modo a garantir o direito subjetivo à saúde, consagrado pela Constituição Federal.

E não se trata de privilegiar um usuário em detrimento de todos os demais, mas de reconhecer que as necessidades de saúde de todos devem ser prontamente atendidas pelo Poder Público, de modo que a nenhuma lesão de direito deve ser recusada a tutela jurisdicional.

A cadeira de rodas se destina a suprir a deficiência de locomoção de pessoa tetraplégica, inserindo, pois, no conceito amplo de assistência à saúde que ao Poder Público cabe prover, a par com a obrigação constitucional de proporcionar a inserção social aos portadores de deficiência, sendo que a cadeira de rodas convencional, que é fornecida pelo SUS, não atende à necessidade do apelado, portador de tetraplegia espástica, sem condição motora para impulsioná-la, por isso necessitando de equipamento motorizado (fls. 12 e 24).

Ante o exposto, **NEGA-SE** provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0026116-98.2011.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante PAULO TADEU DE MACEDO (JUSTIÇA GRATUITA), 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: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto**

nº 16.880)

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RUBENS RIHL (Presidente), LEONEL COSTA e CRISTINA COTROFE.

São Paulo, 2 de setembro de 2015.

RUBENS RIHL, Relator

Ementa: APELAÇÃO – SERVIDOR PÚBLICO – EXONERAÇÃO A PEDIDO – PRETENSÃO À REVERSÃO DO ATO – Impossibilidade – Exoneração a pedido do servidor é ato voluntário que acarreta resolução do vínculo com a Administração – Reversão admitida somente nos casos previstos pelo art. 25 da Lei 8112/90 – Sentença de improcedência pronunciada em Primeiro Grau – Ausência de nulidade no procedimento administrativo realizado pelo Autor – Incabível a readmissão sem aprovação em novo concurso público – Sentença mantida – Recurso improvido.

VOTO

Trata-se de ação declaratória ajuizada por PAULO TADEU DE MACEDO em face da FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, objetivando a declaração do direito de reversão de exoneração com fundamento em direito adquirido, bem como a concessão de aposentadoria especial de médico como servidor público.

A r. sentença de fls. 362/364, da qual ora se adota o relatório, julgou improcedente a pretensão inicial e extinguiu o processo com resolução de mérito, nos termos do artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil.

Irresignado, o autor apresentou recurso de apelação buscando a inversão do resultado do julgado (fls. 376/393).

Acesso ao Sumário

Alega, em apertada síntese, que a r. sentença não enfrentou questões nevrálgicas para o deslinde da ação, como o posicionamento do STF a respeito, e a questão do direito adquirido, que foi objeto de embargos declaratórios rejeitados. Assevera também, que o apelante foi servidor público municipal entre 09/06/1980 e 29/08/1982, e entre 30/08/1982 e 15/09/2008, com tempo de serviço prestado para o Governo do Estado de São Paulo, sempre como médico, portanto com direito adquirido à aposentadoria especial de médico, na véspera do pedido de exoneração firmado pelo autor por motivo de saúde e impossibilidade de retorno ao trabalho, em 16/09/2008, após afastamento de

dois anos sem vencimentos.

Ressalta que em nenhum momento a sentença trata da questão do direito adquirido, fazendo-se necessário a devolução do histórico do caso para apreciação do recurso, a fim de possibilitar a reforma total da r. sentença.

Recurso tempestivo, respondido (fls. 400/407) e regularmente processado.

É, em síntese, o breve relatório.

Consta nos autos que o autor, por livre e espontânea vontade, realizou o pedido de exoneração na data seguinte ao dia que completou o tempo necessário para a concessão de aposentadoria de médico.

Infere-se também que o autor impetrou Mandado de Injunção perante o Supremo Tribunal Federal, objetivando a concessão de aposentadoria especial tal como prevista no artigo 40, § 4º, da Constituição Federal, por ter exercido suas atividades funcionais em condições insalubres, sendo, em seguida, proferida sentença de mérito que lhe garantiu que a autoridade administrativa competente proceda a análise da situação fática do impetrante à luz do artigo 57 da Lei 8.213/91, vez que inexiste matéria específica sobre o tema.

Pois bem.

Inicialmente, no que tange à alegação de que a determinação proferida no Mandado de Injunção não foi observada pela Fazenda, razão não assiste ao apelante.

Conforme se depreende dos autos, a decisão proferida no referido Mandado de Injunção (fls. 179/182) realmente deu parcial provimento ao pedido do impetrante para determinar que a autoridade administrativa competente procedesse a análise da situação fática do impetrante à luz do artigo 57 da Lei 8.213/91.

Contudo, também é dos autos que a autoridade administrativa competente cumpriu o determinado pelo Mandado de Injunção, constatando, entretanto, que o autor não possuía tempo suficiente para a aposentadoria especial, visto que não preenchidos os requisitos legais (fls. 237/238).

Por outro lado, em que pesem as alegações quanto ao direito adquirido à concessão de aposentadoria especial de médico, denota-se que, por ter sido realizado por livre e espontânea vontade, o pedido não possui qualquer vício de vontade, o que por si só já afasta qualquer possibilidade de invalidação do ato, conforme se explicará a seguir.

Sabe-se que o retorno do servidor público ao cargo que deixou pode se dar apenas em três hipóteses, quais sejam: a reversão, a reintegração ou a recondução.

Vejamos o quanto dispõe a Lei 8112/90:

"Art. 25. Reversão é o retorno à atividade de servidor aposentado:

Acesso ao Sumário

I - por invalidez, quando junta médica oficial declarar insubsistentes os motivos da aposentadoria;

II - no interesse da administração, desde que:

a) tenha solicitado a reversão;

b) a aposentadoria tenha sido voluntária;

c) estável quando na atividade;

d) a aposentadoria tenha ocorrido nos cinco anos anteriores à solicitação;

e) haja cargo vago.

Art. 28. A reintegração é a reinvestidura do servidor estável no cargo anteriormente ocupado, ou no cargo resultante de sua transformação, quando invalidada a sua demissão por decisão administrativa ou judicial, com ressarcimento de todas as vantagens.

Art. 29. Recondução é o retorno do servidor estável ao cargo anteriormente ocupado e decorrerá de:

I - inabilitação em estágio probatório relativo a outro cargo;

II - reintegração do anterior ocupante.

Parágrafo único. Encontrando-se provido o cargo de origem, o servidor será aproveitado em outro, observado o disposto no art. 30.

Observa-se que, no caso narrado, o pedido de exoneração por conveniência pessoal não está atrelado a qualquer das hipóteses de reversão, recondução ou reintegração de posse previstas em lei, não havendo, portanto, embasamento legal para tal pretensão.

Acrescente-se a isso que o autor possuía totais conhecimentos do procedimento ao qual estaria se submetendo, pois, conforme alegado por diversas vezes em sua defesa, o pedido de exoneração ocorreu por iniciativa do Apelante, por questões de saúde, fazendo-se concluir pela inexistência de qualquer nulidade no procedimento administrativo efetuado pelo mesmo.

Ademais, conforme ensina a doutrina:

"...o controle judicial é exercido privativamente pelo Poder Judiciário sobre os atos administrativos do Executivo, do Legislativo e do Judiciário, cuidando-se de um controle *a posteriori* e de legalidade, verificando-se a conformidade do ato com norma legal, sendo vedado o pronunciamento sobre o mérito administrativo, ou seja, sobre a conveniência, oportunidade e eficiência do ato." (Direito Administrativo Brasileiro – Malheiros Editores, 23ª edição, 1998, p. 576/577).

Assim, a analise do pedido de exoneração aceito pela Administração não considerou os motivos, mas tão somente a sua legalidade, pois, nesse caso, a conveniência e oportunidade do ato são do interessado, e não da Administração.

Acesso ao Sumário

Dessa forma, irrelevante a razão pela qual o servidor pretende se exonerar, desde que esteja nos termos da lei e não contrarie os interesses públicos.

Desta feita, com a exoneração do autor, ocorreu a vacância do respectivo cargo, somente podendo ser preenchido novamente por meio de concurso público, nos termos do artigo 37, incisos I e II, da Constituição Federal.

Nesse sentido já decidiu este E. Tribunal de Justiça:

"AÇÃO ANULATÓRIA - Ato administrativo - Servidor Público Municipal exonerado a pedido - Pretensão à anulação do ato com a consequente reintegração ao cargo - Descabimento - A exoneração a pedido do servidor é ato voluntário e acarreta a resolução do vínculo com o Poder Público - Reingresso nos quadros da Administração dependente da aprovação em concurso público (art. 37, II, da CF) - Ademais, não se verifica no caso a existência de qualquer vício de vontade - O autor pediu sua exoneração após ser aprovado em outro concurso público, o qual fora anulado em razão da participação de seu irmão na aplicação das provas - Sentença de improcedência mantida - Recurso improvido." (Apelação Cível nº 0005893-42.2009.8.26.0491 – Relator Des. Leme de Campos – j. em 13/02/2012).

"SERVIDORA PÚBLICA - Exoneração a pedido - Readmissão - Inadmissibilidade - Pretensão afronta preceito constitucional (art. 37, II da CF/88) - A única forma de reinvestidura permitida sem concurso é a reintegração, decorrente da ilegalidade do ato de demissão - Recurso não provido." (Apelação Cível nº 928309-5/5-00 – Relator Des. Evaristo dos Santos – j. em 10/08/2009).

"Como sabido, a exoneração a pedido do funcionário consubstancia-se em ato vinculado ao pedido em si, ou seja, o requerimento de exoneração formulado pelo servidor, que encontra respaldo no ordenamento jurídico, deve ser apreciado pela Administração e deferido, caso não sejam apontados especificamente óbices para tanto. Na hipótese, nenhum obstáculo havia ao deferimento da pretensão do servidor, que foi de forma absolutamente legal deferida pela Administração. Com a exoneração, há vacância do cargo, que somente poderá ser preenchido por meio de concurso público, sendo vedada a chamada "readmissão". (Embargos Infringentes nº 429.636-5/0-01, 2ª Câmara de Direito Público, Relatora Des. Christine Santini - j. em 02/12/08).

Nesse passo, a única forma possível para anular o mencionado ato de pedido de exoneração seria a comprovação da ocorrência de qualquer dos vícios do consentimento, quais sejam: erro, dolo, coação, simulação ou fraude, hipóteses estas que não foram cogitadas pelo Apelante.

Acesso ao Sumário

À vista do exposto, e incorporados os fundamentos acima alinhavados, de rigor a manutenção da r. sentença de primeiro grau.

Ressalto, em remate, que o presente acórdão enfocou as matérias necessárias à motivação do julgamento, tornando claras as razões pelas quais chegou ao presente resultado. A leitura do acórdão permite ver cristalinamente o porquê do ***decisum***, sendo, pois, o que basta para o respeito às normas de garantia do Estado de Direito, entre elas a do dever de motivação (CF, art. 93, IX).

De qualquer modo, para viabilizar eventual acesso às vias extraordinária e especial, considero prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando o pacífico entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida (EDROMS 18205/SP, Ministro FELIX FISCHER, DJ 08.05.2006 p. 240).

Daí porque, em tais termos, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0505223-67.2009.8.26.0451, da Comarca de Piracicaba, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE PIRACICABA, é apelado ANTONIO GILBERTO EVERALDO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Por maioria de votos, negaram provimento ao recurso, vencido o Relator sorteado. Acórdão com o segundo juiz, Des. Henrique Harris Júnior, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 5711/2015)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Desembargadores HENRIQUE HARRIS JÚNIOR, vencedor, OCTAVIO MACHADO DE BARROS (Presidente), vencido, e MÔNICA SERRANO.

São Paulo, 9 de setembro de 2015.

HENRIQUE HARRIS JÚNIOR, Relator Designado

Ementa: APELAÇÃO – EXECUÇÃO FISCAL – MULTA ADMINISTRATIVA – CRÉDITO NÃO TRIBUTÁRIO – PRESCRIÇÃO ANTERIOR AO AJUIZAMENTO – OCORRÊNCIA –

PRAZO PRESCRICIONAL – ART. 1º DO DECRETO Nº 2.910/32 – APLICABILIDADE POR ANALOGIA – PRINCÍPIO DA ISONOMIA – PRECEDENTE – RECONHECIMENTO DE OFÍCIO – POSSIBILIDADE – OFENSA AO CONTRADITÓRIO – INOCORRÊNCIA – RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de apelação interposta pela Municipalidade de Piracicaba contra a R. Sentença de fl. 14, que, em execução fiscal, oposta contra Antonio Gilberto Everaldo, reconheceu de ofício a prescrição do crédito fazendário, anteriormente ao ajuizamento, extinguindo o processo com julgamento do mérito.

Inconformada, pretende a Municipalidade a reforma da sentença, argumentando, em síntese, infringência à ampla defesa e ao contraditório, sem ter sido oportunizada a sua manifestação previamente à decretação da prescrição, bem como inocorrência desta, uma vez que o prazo prescricional teria se interrompido pelo despacho ordenatório da citação.

O recurso foi recebido em seus regulares efeitos (fl. 33). Não foram ofertadas contrarrazões.

É o relatório.

De rigor o desprovimento do recurso.

Pretende a Municipalidade a execução de crédito não tributário relativo a multa administrativa imposta no exercício fiscal de 2003. A execução foi ajuizada em 29/12/2009. Em 26/03/2011, sobreveio sentença de extinção do feito, pronunciando-se a prescrição do crédito fazendário, ocorrida antes do ajuizamento.

E, nestes termos, não merece reparos a R. Sentença de primeiro grau.

Primeiramente, deve-se reconhecer a inaplicabilidade, ao caso, do CTN, por versar a execução sobre cobrança de crédito público de natureza não tributária.

Nesses termos, para o cômputo do prazo prescricional, deve-se considerar o quinquênio estabelecido no art. 1º do Decreto nº 20.910/32, aplicável, por analogia, às dívidas ativas da Fazenda Pública, oriundas do regular exercício do poder de polícia, em obediência ao princípio da isonomia, que deve balizar as relações entre as partes nos processos judiciais.

Nesse sentido já se manifestou o STJ, inclusive sob o rito dos recursos repetitivos, como segue:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA.

Acesso ao Sumário

RITO DO ARTIGO 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA. MULTA ADMINISTRATIVA. EXECUÇÃO FISCAL. PRAZO PRESCRICIONAL. INCIDÊNCIA DO DECRETO Nº 20.910/32. PRINCÍPIO DA ISONOMIA.

1. **É de cinco anos o prazo prescricional para o ajuizamento da execução fiscal de cobrança de multa de natureza administrativa, contado do momento em que se torna exigível o crédito (artigo 1º do Decreto nº 20.910/32).**

2. Recurso especial provido.

(STJ, Resp nº 1105442/RJ, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Primeira Seção, J. Em 09/12/2009, Dje de 22/02/2011). (grifei).

Dessa forma, ajuizada a execução quando já transcorrido o lustro quinquenal, evidente a caracterização da prescrição do crédito fazendário, sendo mesmo de rigor a extinção a execução.

Não se olvide, ademais, que a prescrição pode ser decretada de ofício pelo juiz, conforme recente entendimento do C. STJ, cujo exemplo é o julgamento do AgRg no REsp nº 1.157.760/MT, sem a necessidade de prévia oitiva do Poder Público, em virtude da oportunidade da exequente invocar, nas razões de apelação, possíveis óbices à extinção:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO DECRETADA DE OFÍCIO. OITIVA DO PODER PÚBLICO. INEXISTÊNCIA. CAUSAS DE SUSPENSÃO E INTERRUPÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL APRECIADAS PELO TRIBUNAL *A QUO* EM APELAÇÃO. NULIDADE SUPRIDA. PRECEDENTE.

1. É pacífica a jurisprudência do STJ no sentido de que o reconhecimento da prescrição intercorrente depende da prévia oitiva da Fazenda Pública, nos termos do art. 40, § 4º, da Lei 6.830/1980.

2. **Apesar da ausência de oitiva, se o Fisco teve oportunidade de argüir a existência de possíveis causas interruptivas e suspensivas do prazo prescricional, nas razões da Apelação, não deve ser reconhecida a nulidade da decisão recorrida, em atenção aos princípios da *celeridade processual* e da *instrumentalidade das formas*.** Precedente do STJ.

3. Agravo Regimental não provido.

(STJ, AgRg no REsp nº 1.157.760/MT, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, J. em 23/02/2010, DJe em 04/03/2010). (grifei).

Adequado, portanto, o reconhecimento da prescrição e a consequente extinção do feito.

Ressalte-se, ademais, que não constitui infringência à ampla defesa e ao

Acesso ao Sumário

contraditório o reconhecimento de ofício da prescrição, nos melhores termos do CPC e do entendimento sumulado do C. STJ[1].

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO ao recurso**, extinguindo-se o processo, com julgamento do mérito, pelo reconhecimento da prescrição do crédito fazendário.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1016594-59.2013.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado LEVEL 3 COMUNICAÇÕES DO BRASIL S/A.

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 10.910)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CARLOS MALHEIROS (Presidente) e AMORIM CANTUÁRIA.

São Paulo, 8 de setembro de 2015.

CAMARGO PEREIRA, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – TRIBUTÁRIO – Ação Anulatória de débito fiscal – ICMS – Locação de equipamento "modem" – Não incidência.

O ICMS não incide sobre a locação do aparelho utilizado para prestação de serviço de comunicação. Precedentes STJ.

Recurso não provido.

VOTO

Vistos.

Cuida-se de ação anulatória de débito tributário ajuizada por Level 3 Comunicações do Brasil Ltda., em face da Fazenda do Estado de São Paulo, alegando, em síntese, que na qualidade de prestadora de serviços de telecomunicações está sujeita ao recolhimento de ICMS. Ocorre que também

1 Art. 219, § 5º, CPC. O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição.

Súmula nº 409, STJ. Em execução fiscal, a prescrição ocorrida antes da propositura da ação pode ser decretada de ofício (art. 219, § 5º, do CPC).

Acesso ao Sumário

oferece aos seus clientes a locação de equipamentos, que é totalmente desvinculada da prestação de serviços de telecomunicações, pois os clientes podem adquirir ou locar de terceiros. Nos seus contratos há uma separação entre a locação e os serviços de telecomunicações. Além disso, a remuneração pela locação se dá de forma separada, conforme notas fiscais e, assim, não recolhe o ICMS sobre tais receitas. Contudo, o réu lavrou autos de infração em decorrência da falta de recolhimento de ICMS sobre os serviços de locação de equipamento, que devem ser anulados, visto que somente os serviços de telecomunicações podem ser objeto de tributação pelo ICMS, nos termos do art. 15, I da Constituição Federal e art. 2º, I, da Lei Complementar 87/96. Requereu a nulidade do auto de infração e desconstituição do débito tributário.

A r. sentença de fls. 303/305 julgou procedente o pedido, nos termos do artigo 269, I, do Código de Processo Civil, para condenar reconhecer a nulidade do auto de infração mencionado na inicial, para desconstituir o débito tributário. Em razão da sucumbência, a ré foi condenada a arcar com o reembolso das custas e despesas processuais, além do pagamento de honorários advocatícios, estes, fixados em 10% sobre o valor da causa.

Sobreveio recurso de apelação da Fazenda do Estado de São Paulo (fls.307/332), pugnando pela reforma do julgado.

O recurso foi recebido e respondido (fls.335/348).

É o relatório.

Fundamento e voto.

A apelada é constituída por empresa que tem como objeto social a prestação de serviços de telecomunicações, além de locação de equipamento "modem" a seus clientes e pretende garantir que, em serviço exclusivamente de locação, não seja penalizada com indevida tributação de ICMS, bem como a anulação do débito consubstanciado no AIIM nº 3.109.549-5 lavrado em decorrência do não recolhimento do ICMS incidente sobre operações relativas a locação de bens móveis ("*modem*") ocorridas no período de abril de 2004 a dezembro de 2007.

Pois bem.

A questão discutida no presente recurso não é nova nesta Corte. Quando do julgamento da Apelação Cível nº 0027140 -98.2010.8.26.0053, interposto pela Fazenda do Estado, o eminente Desembargador Edson Ferreira assim salientou:

> *"ICMS. Prestadora de serviços de telecomunicações. Serviço "speedy" que permite conexão à internet. Locação do "modem" para viabilizar a transmissão de informações. Aparelho utilizado como meio para a prestação do serviço de comunicação. Locação que não integra o conjunto dos serviços. Valor recebido a título de locação que não remunera o*

serviço de transmissão. Descabida incidência do ICMS. Precedentes. Recurso e reexame necessário não providos."

E mais:

"TRIBUTÁRIO. Empresa prestadora de serviços de telecomunicações. TV a cabo e internet banda larga.

1. Exigência de ICMS sobre a locação de conversor (acesso a comunicação por TV a cabo) e de cable modem (acesso a serviço de internet banda larga).

2. Locação de bens móveis que se caracteriza como obrigação de dar, enquanto a prestação de serviços afigura-se obrigação de fazer.

3. Não incidência de ISSQN sobre locação de bem móvel (Súmula Vinculante 31/STF). Inexistindo transferência de propriedade, exclui-se a circulação de mercadoria e, por isso, não há incidência de ICMS.

4. Atividade intermediária (locação) para consecução da atividade final (prestação dos serviços de comunicação) não sujeita à exação. Matéria pacificada no âmbito do STJ.

5. Decisão Normativa CAT nº 05/04 que flexibilizou a base de cálculo do ICMS, ao definir como dependente do serviço de comunicação a locação dos equipamentos, em flagrante violação ao art. 108, § 1º do CTN. Segurança denegada.

6. Recurso provido."

(Apelação nº 0008689-36.2010.8.26.0114, Relator COIMBRA SCHMIDT, 7ª Câmara de Direito Público, julgado em 11.03.2013).

"Tributário. ICMS. Mandado de Segurança. Empresa ligada ao ramo de telecomunicações, prestadora de serviços de TV por assinatura "internet" banda larga. Pretensão a que a autoridade coatora se abstenha de exigir o recolhimento do ICMS sobre as operações consubstanciadas na locação dos equipamentos necessários à prestação do serviço (conversor e "cable modem"). Possibilidade. Atividade intermediária não sujeita à exação. Precedentes do STJ, inclusive pelo mecanismo do recurso repetitivo. Decisão Normativa CAT nº 05/04, a empreender analogia extensiva, que não pode ser aplicada na espécie, em se cuidando de matéria tributária. Segurança que se sustenta. Recursos desprovidos (Apelação nº 0004865-66.2010.8.26.0309, Relator IVAN SARTORI, julgado em 17.08.2011).

Este entendimento se coaduna com a jurisprudência pacificada do Egrégio Superior Tribunal de Justiça no sentido de que "*não constitui fato gerador de ICMS a prestação de serviços conexos ao de comunicação e serviços suplementares*."

Nesse sentido é o acórdão do Ilustre Ministro Herman Benjamin no AgRg no Ag 1301934/SE:

"TRIBUTÁRIO. ICMS. TELEFONIA. INCIDÊNCIA SOMENTE SOBRE

Acesso ao Sumário

O SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÃO PROPRIAMENTE DITO, E NÃO SOBRE ATIVIDADE-MEIO OU SERVIÇOS SUPLEMENTARES. PRECEDENTES. 1 A Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 816.512/PI, julgado na sistemática do art. 543-Cdo CPC, decidiu que o ICMS somente incide sobre o serviço de telecomunicação propriamente dito, e não sobre as atividades - meio e serviços suplementares. 2. Agravo Regimental não provido."

Nestes termos, o r. sentença não comporta qualquer reparo, restando não provido o presente recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1022463-65.2014.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é requerente INSTITUTO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA AO SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL – IAMSPE e Apelante UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP, é apelada ELISA MARIA DE SOUSA RUSSO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Acolheram em parte o reexame necessário considerado interposto, e deram provimento em parte ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.227)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CARLOS EDUARDO PACHI (Presidente sem voto), OSWALDO LUIZ PALU e MOREIRA DE CARVALHO.

São Paulo, 6 de outubro de 2015.

DÉCIO NOTARANGELI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO – CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA – SERVIÇO DE ASSISTÊNCIA MÉDICO-HOSPITALAR – IAMSPE – COMPULSORIEDADE – DESCABIMENTO.

Os Estados não podem instituir contribuição obrigatória para manutenção de sistema de saúde (art. 149, § 1º, CF). O art. 20, do Decreto-lei nº 257/70, com redação dada pela Lei nº 2.815/81, não foi recepcionado pela atual Constituição Federal. Precedentes. Reexame necessário, considerado

interposto, acolhido em parte. Recurso provido em parte.

VOTO

A r. sentença de fls. 113/116, cujo relatório se adota, julgou procedente pedido de cessação de contribuição de 2% destinada a custear serviço de assistência médico-hospitalar prestado pelo Instituto de Assistência Médica ao Servidor Público Estadual – IAMSPE.

Inconformada, apela a Universidade de São Paulo objetivando a reforma do julgado. Preliminarmente argui ilegitimidade passiva *ad causam*. No mais, insurge-se quanto à condenação ao pagamento de honorários advocatícios e custas processuais.

Recurso recebido e processado, com contrarrazões.

É o relatório.

Inicialmente considera-se submetida ao reexame necessário a r. sentença apelada (art. 475, I, CPC).

Bem afastada a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*, pois a universidade, na qualidade de responsável pelos descontos em folha de pagamento e repasse dos valores ao corréu, é parte legítima para figurar no polo passivo da ação.

Na questão de fundo, a Carta Magna, em sua redação original, permitia aos Estados a instituição de contribuição para custeio de sistemas de previdência e assistência social (art. 149, parágrafo único, CF). A partir da EC nº 41/03, a redação ficou ainda mais restritiva, pois passou a fazer expressa remissão ao regime previdenciário de que trata o art. 40, que não contempla, à evidência, o sistema de saúde.

Diante da clara e significativa mudança havida no texto constitucional, tem-se que a compulsoriedade da contribuição para regime de assistência médico-hospitalar, na forma do art. 20, do Decreto-lei nº 257/70, com redação dada pela Lei nº 2.815/81, não foi recepcionada pela Constituição Federal, de modo que deve ser tida como facultativa.

A propósito, apreciando questão análoga em sede de ação direta de inconstitucionalidade, o Pleno do Colendo STF reconheceu a inconstitucionalidade da contribuição obrigatória dos servidores públicos mineiros para o custeio da assistência médica, hospitalar, odontológica e farmacêutica, destacando que o "benefício será custeado mediante o pagamento de contribuição facultativa aos que se dispuserem a dele fruir" (ADI nº 3.106, Tribunal Pleno, Rel. Min. Eros Grau, j. 14/04/10).

E a questão foi definitivamente dirimida em sede de repercussão geral,

Acesso ao Sumário

em que o Colendo STF firmou entendimento no seguinte sentido:

> "AGRAVO REGIMENTAL. CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. DESCONTO COMPULSÓRIO PARA CUSTEIO DE SERVIÇOS DE SAÚDE AOS SERVIDORES ATIVOS E INATIVOS DO ESTADO DE MINAS GERAIS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. INCOMPETÊNCIA DOS ESTADOS-MEMBROS PARA INSTITUIR TAL CONTRIBUIÇÃO, QUE DEVE SER FACULTADA AOS QUE A ELA QUISEREM ADERIR. 1. As contribuições previdenciárias para custeio de serviços de assistência médica, hospitalar, odontológica, social e farmacêutica não podem ser instituídos de forma compulsória pelo Estado-Membro por lhe faltar competência constitucional para tanto (Precedente: RE 573.540, Dje de 11/06/10, Relator Ministro Gilmar Mendes, cuja repercussão geral foi reconhecida, e da ADI 3.106, da relatoria do Ministro Eros Grau.) 2. *In casu*, correta a decisão proferida pelo TJ/MG que está em consonância com a matriz jurisprudencial firmada por esta Suprema Corte, devendo, portanto, ser mantida em sua integralidade. 3. Agravo regimental desprovido" (AgR no AI nº 720.474-MG, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 13/04/11).

Não destoa desse entendimento a jurisprudência do Colendo Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça:

> "Incidente de Inconstitucionalidade. Reserva de plenário (CF 97). Competência funcional e absoluta do Órgão Especial. Arguição de inconstitucionalidade da LE-SP 452, de 2.10.74, artigos 30, 31 (redação anterior à LC-SP 1013, de 6.7.2007) e 32, levantada pela E. 12ª Câmara de Direito Público. Forma compulsória de associação da autora à Caixa Beneficente da Policia Militar para custear serviços de saúde prestados pelo Hospital Cruz Azul. Afronta ao art. 149 § 1.° da CF de 1988. Reconhecimento da inconstitucionalidade da norma que prevê a obrigatoriedade da contribuição, conforme entendimento externado em outro incidente. Prejudicialidade. Não conhecimento. Inteligência CPC 481, parágrafo único" (Arguição de Inconstitucionalidade n° 0353456-74.2009.8.26.0000, Órgão Especial, Rel. Des. Rosa Maria de Andrade Nery, j. 13/04/11).

> "Policial Militar. Caixa Beneficente. Contribuição obrigatória para custeio de assistência à saúde. Cruz Azul do Estado de São Paulo. Inconstitucionalidade. Precedentes. Inconstitucionalidade já declarada pelo Órgão Especial. Prejudicialidade. Argüição não conhecida" (Arguição de Inconstitucionalidade n° 9043891-06.2009.8.26.0000, Órgão Especial, Rel. Des. Cauduro Padin, j. 09/02/11).

> "Incidente de Inconstitucionalidade. Art. 1º, da LC n° 1.013/07, na parte em que modificou a redação do art. 31, da Lei n° 452/74, estabelecendo desconto obrigatório de percentual sobre os vencimentos de policiais militares, a título de "taxa de contribuição para a assistência médico-hospitalar e odontológica", recolhida pela Caixa Beneficente da

Acesso ao Sumário

Polícia Militar do Estado de São Paulo e repassada à Cruz Azul de São Paulo. Arguição formulada pela 5ª Câmara de Direito Público. Inconstitucionalidade já declarada pelo Órgão Especial, por se tratar de restrição incompatível com o princípio da liberdade de associação (art. 5º, XX, CF) e instituição de taxa para finalidade alheia aos limites traçados pelo art. 149, § 1º, da CF. Prejudicialidade. Não conhecimento" (Arguição de Inconstitucionalidade n° 0221707-31.2009.8.26.0000, Órgão Especial, Rel. Des. José Roberto Bedran, j. 27/01/10).

"Controle de Constitucionalidade (CF, arts. 93, XI, e 97; CPC, art. 480). Incidente suscitado pela 5ª Câmara de Direito Público deste Tribunal objetivando a declaração de inconstitucionalidade do art. 1º da Lei Complementar Estadual n° 452/74. Caixa Beneficente da Polícia Militar do Estado de São Paulo. Contribuição para a assistência médica, hospitalar e odontológica repassada para a Cruz Azul. Afronta as normas previstas nos arts. 5º, inc. XX e 149, § 1º, ambos da Constituição Federal. Incidente conhecido. Declaração de inconstitucionalidade com efeito apenas no processo (incidenter tantum)" (Incidente de Inconstitucionalidade de Lei n° 179.355-0/1-00, Órgão Especial, Rel. Des. Penteado Navarro, j. 04/11/09).

Sobre o tema já se pronunciou esta Colenda Câmara, consoante se infere das ementas dos seguintes venerandos arestos:

"APELAÇÃO CÍVEL. Servidora Pública do Estado de São Paulo. Pretensão à cessação da contribuição mensal de 2% destinada ao IAMSPE para obtenção de prestação de serviços médicos-hospitalares e odontológicos. Admissibilidade. Impossibilidade de repetição de indébito. Cabimento tão somente a partir da citação, pena de locupletamento ilícito. Sentença de parcial procedência do pedido mantida. Negado provimento aos recursos oficial e voluntário" (Apelação Cível nº 0007575-45.2013.8.26.0506, Rel. Des. Oswaldo Luiz Palu, j. 24/09/14).

"SERVIDOR PÚBLICO. Sistema de benefícios. Associação compulsória ao IAMSPE e pagamento de contribuição de 2% dos vencimentos para assistência médica. Ilegalidade e inconstitucionalidade. O atual regime constitucional não permite ao Estado instituir contribuição social de seus servidores visando o custeio do sistema de saúde. Precedentes. Restituição apenas dos valores vertidos após a citação. Possibilidade. Precedentes. Repetição de importâncias descontadas antes do intento da ação, respeitada a prescrição quinquenal. Impossibilidade. Disponibilidade do serviço em favor do servidor. Pretensão descabida, sob pena do patrocínio judicial do enriquecimento sem causa dos Autores. R. sentença mantida neste capítulo. Recurso dos autores improvido" (Apelação Cível nº 0055422-78.2012.8.26.0053, Rel. Des. Carlos Eduardo Pachi, j. 18/12/2013).

"MANDADO DE SEGURANÇA. CARÊNCIA DA AÇÃO. Afastada.

Acesso ao Sumário

Não há falar em inadequação da via eleita, pois o 'mandadus' não se volta contra lei em tese, mas combate a sujeição passiva do servidor perante contribuições para custeio de assistência médico-hospitalar. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. CONTRIBUIÇÃO PARA CUSTEIO DO IAMSPE. Obrigatoriedade da contribuição para fins de custeio de serviço de assistência médico-hospitalar pelo Instituto de Assistência Médica ao Servidor Público Estadual. Inadmissibilidade. Os Estados não podem instituir contribuição obrigatória para manutenção de sistema de saúde (art. 149, § 1º, CF). Não recepção do art. 20, I, do Decreto-Lei 257/70 pela Constituição Federal. Ordem de desligamento da condição de contribuinte e de cessação dos descontos mantida. Precedentes. NEGADO PROVIMENTO AOS RECURSOS. (Apelação Cível nº 0035026-52.2010.8.26.0053, Rel. Des. José Maria Câmara Júnior, j. 07/08/13).

No mais, cuidando-se das rés autarquias estaduais, de rigor o reconhecimento do direito à isenção de custas processuais, nos termos da Lei nº 11.608/03. Assim já decidiu esta Corte em casos análogos:

"APELAÇÃO - Pagamento de custas processuais - Condenação do Departamento de Águas e Energia Elétrica, autarquia estadual - Inadmissibilidade, a teor das leis 4.476/84 e 11.608/03. Precedentes - Recurso provido" (Apelação nº 0000037-93.1979.8.26.0606, 8ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Rubens Rihl, j. 28/03/12).

"AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO ADMINISTRATIVO - Autuação e imposição de multa por tráfego de veículo com excesso de peso - Suposta infração ao artigo 231, inciso V, do Código de Trânsito Brasileiro - Veículos utilizados para transporte de combustíveis (carga líquida) - Aferição do excesso de peso, através de balanças dinâmicas - Impossibilidade - Recomendação do INMETRO para a não utilização de balanças para pesagem deste tipo de carga - Sentença mantida na parte que declarou nulo os autos de infração - Condenação do réu ao pagamento das custas - Impossibilidade - A União, os Estados, os Municípios e suas respectivas autarquias são isentos de custas, nos termos do artigo 6º, da Lei nº 11.608/03 e artigo 2º do Regimento de Custas e Emolumentos - Recurso voluntário parcialmente provido, tão somente, para afastar a condenação ao pagamento de custas, que fica restrita ao reembolso de eventuais despesas processuais suportadas pelas demandantes" (Apelação nº 0001002-05.2009.8.26.0482, 8ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Manoel Ribeiro, j. 27/11/13).

"AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS - Aquaplanagem presente na pista da rodovia por falta de escoamento de águas pluviais - Má prestação do serviço configurada - Omissão - Responsabilidade civil do prestador de serviço público se assenta no risco administrativo

Acesso ao Sumário

e independe de prova de culpa, bastando que se demonstre o nexo causai entre o acidente e o dano - Comprovação do ato omissivo da autarquia, danos materiais ocasionados ao veículo do autor e nexo de causalidade configurado, elementos a ensejar a reparação devida - Ação procedente. CUSTAS E DESPESAS PROCESSUAIS - Isenção das mesmas face à norma legal constante do regimento de custas - Custas afastadas sem prejuízo da condenação no pagamento de honorários de advogado, que foram bem fixados e merecem ser mantidos - Recurso parcialmente provido" (Apelação nº 794.275-5/9-00, 9ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Rebouças de Carvalho, j. 17/12/08).

"Servidor público municipal - Ação ordinária - Adicional de insalubridade - Procedência da ação - Apelação da ré - Pretensão à aplicabilidade imediata da lei nº 11.960/09 - Possibilidade - Precedentes jurisprudenciais - Reconhecimento da isenção da autarquia, no que concerne às custas processuais. Recursos aos quais se dá provimento. Sentença parcialmente reformada" (Apelação nº 0017206-07.1999.8.26.0602, 1ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Regina Capistrano, j. 04/10/11).

Por fim, os honorários advocatícios arbitrados em R$ 900,00, a serem rateados entre os réus, se mostra compatível com a natureza repetitiva da causa e o trabalho realizado pelo patrono da autora, nos termos do art. 20, § 4º, CPC.

Por essas razões, acolhe-se, em parte, o reexame necessário, considerado interposto, e dá-se provimento, em parte, ao recurso apenas para afastar a condenação das rés ao pagamento de custas processuais, confirmando-se, no mais, a r. sentença apelada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0013178-70.2010.8.26.0000, da Comarca de São José dos Campos, em que são apelantes INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS e JUÍZO "EX-OFFICIO", é apelado DEVAIR DALE CRODE.

ACORDAM, em 16ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Reformaram a sentença por força do reexame necessário e do provimento da apelação do INSS. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.859)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VALDECIR JOSÉ DO NASCIMENTO (Presidente sem voto), CYRO BONILHA e JOÃO NEGRINI FILHO.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 11 de agosto de 2015.
LUIZ DE LORENZI, Relator

Ementa: ACIDENTÁRIA – PERDA AUDITIVA – LESÃO INCAPACITANTE NÃO RECONHECIDA – IMPROCEDÊNCIA DO PLEITO.

"Diante da inexistência de lesão no quadro auditivo do autor em magnitude capaz de configurar prejuízo à sua capacidade de trabalho, não há que se cogitar de indenização no âmbito da legislação infortunística".

Sentença reformada por força do reexame necessário e do provimento da apelação do INSS.

VOTO

Trata-se de ação acidentária movida por Devair Dale Crode contra o INSS alegando, em síntese, que devido ao desempenho de suas funções na empresa que menciona, sempre exposto a elevado nível de ruído, teve reduzida a sua acuidade auditiva e, por consequência, a sua capacidade profissional. Postula a concessão de benefício acidentário.

Os laudos periciais, de vistoria e médico, vieram aos autos (fls. 38/43 e 68/81).

Sobreveio a r. sentença que julgou procedente o pedido inicial para condenar o INSS a pagar ao autor auxílio-acidente de 50% do "salário-de-contribuição" a partir da data da juntada do laudo médico-pericial aos autos (19.09.2008 - verso de fls. 66), mais abono anual, além de juros de mora, reembolso das despesas processuais comprovadas, salários periciais e honorários advocatícios de 15% sobre as parcelas até então vencidas. Ficou consignado que a atualização dos atrasados se fará na forma da legislação pertinente. Determinou o Juízo a remessa dos autos a esta Instância para o reexame necessário (fls. 104/108).

Inconformado, apela o INSS pugnando pela reforma do julgado. Aduz, em suma, que não restaram comprovados nos autos o liame ocupacional da lesão auditiva ostentada pelo autor e o déficit laboral dela decorrente. Subsidiariamente, pede: a) cômputo dos juros de mora à base de 0,5% ao mês; b) redução da verba honorária. Comprovou o recolhimento do porte de remessa e retorno previsto pela Lei 11.608/03 (fls. 111/123).

O autor apresentou resposta (fls. 125/127).

Em Sessão realizada no dia 13.12.2011 o Acórdão prolatado converteu o julgamento em diligência para repetição da perícia médica (fls. 137/142).

O novo laudo foi juntado (fls. 170/176).

Intimadas a respeito, as partes não se manifestaram (certidão às fls. 180).

É o relatório, adotado no mais o da r. sentença.

Passo a decidir.

Objetivou o autor na presente ação a concessão de benefício acidentário sob o argumento de que teve reduzida a sua capacidade de trabalho em decorrência de perda auditiva, cuja causa de eclosão, segundo alega, está relacionada com as condições inóspitas às quais se sujeitou no desempenho de sua atividade profissional.

Em que pese o acolhimento da pretensão pela r. sentença combatida, a prova médica que a embasou não trouxe no seu bojo subsídio suficiente para a formação segura de convicção acerca do vínculo ocupacional da moléstia auditiva reclamada e do prejuízo funcional dela resultante (ver fls. 68/81 e 104/108), o que motivou, à luz do entendimento aqui perfilhado, a repetição da perícia consoante se infere do Acórdão proferido às fls. 137/142.

Nesse diapasão, o laudo produzido pelo Perito aqui nomeado, em minucioso estudo dos resultados dos exames realizados, confirmou ser o autor portador de lesão auditiva compatível com indução por ruído que, todavia, não acarreta prejuízo à sua capacidade de trabalho (ver fls. 170/176).

De fato, a mensuração da perda com base na Tabela de Fowler apontou *déficit* bilateral de apenas 5.99%, com prejuízo de 5.48% no ouvido direito e 9.62% no esquerdo, patamares esses que, à luz do posicionamento aqui esposado e conforme atestado pelo próprio *Expert*, não configuram restrição funcional a ensejar reparação no âmbito da infortunística (ver fls. 175/176).

Também pelos demais critérios de quantificação considerados, os resultados obtidos afastaram a existência de lesão incapacitante a ser considerada (ver fls. 171/176).

Não se desconhece que o julgador não se deve ater cegamente ao percentual da perda auditiva para avaliar a incapacidade dela proveniente, mas evidentemente deverá verificar se estão presentes na hipótese determinados pressupostos a serem revelados pelo conjunto probatório de forma a possibilitar a formação de convicção segura a ensejar o reconhecimento de incapacidade profissional capaz de justificar a concessão do benefício acidentário.

Nesse contexto, da análise do substrato fático e probatório dos autos não se vislumbra qualquer registro de que o autor, ao longo do exercício de sua atividade profissional, tenha se afastado do trabalho em razão da moléstia reclamada, circunstância essa que corrobora a conclusão de que o leve prejuízo auditivo que o acomete efetivamente não repercutiu, em nenhum momento, no seu desempenho funcional.

Nem se argumente ser o caso de aplicabilidade do entendimento jurisprudencial compilado no enunciado da Súmula 44 do Superior Tribunal de

Acesso ao Sumário

Justiça.

É que para a concessão do benefício acidentário é imprescindível a configuração inequívoca do nexo causal entre a moléstia e o trabalho e da efetiva incapacidade profissional dela resultante. A ausência de qualquer um destes requisitos não autoriza a concessão de tal reparação.

Ressalto que o Superior Tribunal de Justiça, em 12.05.2010, no julgamento do Recurso Especial n° 1.108.298-SC, *o qual foi admitido na origem como representativo de controvérsia nos termos do artigo 543-C do Código de Processo Civil*, fez constar de forma clara, igualmente em um caso paradigma, que aludido benefício *"visa indenizar e compensar o segurado que não possui plena capacidade de trabalho em razão do acidente sofrido, não bastando, portanto, apenas a comprovação de um dano à saúde do segurado, quando o comprometimento da sua capacidade laborativa não se mostre configurado. No presente caso, não tendo o segurado preenchido o requisito relativo ao efetivo decréscimo de capacidade para o trabalho que exercia, merece prosperar a pretensão do INSS para que seja julgado improcedente o pedido de concessão de auxílio-acidente. Essa constatação não traduz reexame do material fático, mas sim valoração do conjunto probatório produzido nos autos, máxime o laudo pericial que atesta a ausência de redução da capacidade laborativa do segurado, o que afasta a incidência do enunciado da Súmula 7 desta Corte."* (o grifo não consta do original).

Logo, sem embargo do respeito que merece a r. sentença ora em reexame, entendo que inexiste prejuízo funcional a ser considerado em decorrência do mal auditivo apurado, já que a redução auditiva diminuta, por si só, não tem o condão de gerar indenização se não interfere de forma efetiva no desempenho da atividade laboral habitual do trabalhador.

De rigor, pois, a inversão do julgado para o decreto de improcedência da ação.

Ante o exposto, pelo meu voto, provendo a apelação do INSS e fazendo o reexame necessário, reformo a r. sentença para julgar improcedente o pedido inicial. Sem imposição dos ônus da sucumbência por força de disposição legal (artigo 129, parágrafo único, da Lei 8.213/91).

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001825-71.2008.8.26.0204, da Comarca de General Salgado, em que é apelante INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS, é apelado ISAURA ALVES DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 16ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Suscitaram o conflito negativo ao Colendo Superior Tribunal de Justiça, nos termos do art. 105, I, d, da Constituição da República, observando-se que com o ofício de encaminhamento deverão ser acostados, além deste V. Acórdão, cópias da petição inicial da ação – fls. 02/08 –, documentos de fls. 62/63 e 109; da sentença proferida – fls. 176/180 –, das razões de apelação da autarquia – fls. 182/187 –; da r. decisão do TRF3 – fls. 200/202; por fim, comunique-se à vara de origem. V.U", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº17.871)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VALDECIR JOSÉ DO NASCIMENTO (Presidente), LUIZ FELIPE NOGUEIRA e LUIZ DE LORENZI.

São Paulo, 25 de agosto de 2015.

VALDECIR JOSÉ DO NASCIMENTO, Relator

Ementa: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO EM RAZÃO DE CANCELAMENTO DA PENSÃO POR MORTE DE TRABALHADOR RURAL, POSTERIORMENTE REATIVADA, DEVIDO À CONCESSÃO DE APOSONTADORIA POR IDADE. DANOS MORAIS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. JUIZ ESTADUAL COM DELEGAÇÃO FEDERAL. INVIABILIDADE, TODAVIA, DE APRECIAÇÃO DA MATÉRIA POR ESTE E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA SUSCITADO.

Cuidando de ações que versem sobre questão relacionada a benefício de natureza previdenciária, devem ser propostas e julgadas na Justiça Federal, consoante a disposição do art. 109, I, da Constituição Federal. Conflito negativo de competência suscitado.

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA PARA O

C. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

VOTO

Vistos.

Trata-se de ação indenizatória movida contra o INSS – Instituto Nacional do Seguro Social, aduzindo a autora – pensionista e aposentada –, de modo

Acesso ao Sumário

sintético, ter sido cessado indevidamente o pagamento da **pensão por morte de trabalhador rural** – fl. 109 –, em virtude da concessão da aposentadoria por idade, posteriormente reativada, razão pela qual faz jus ao pagamento de danos morais.

A autarquia ré foi regularmente citada e apresentou sua contestação, pugnando pela improcedência da contenda.

Sobreveio a r. sentença de primeiro grau prolatada pelo MM. Magistrado Reinaldo Moura de Souza, cujo relatório é adotado, que julgou procedente a demanda, condenando o ente público na forma preconizada às fls. 176/180, **danos morais no valor de R$ 3.940,00 e demais consectários.**

Apelou o requerido sustentando, de modo sintético, em preliminar, incompetência absoluta, porquanto inexiste causa previdenciária ou acidentária a ser apreciada, razão pela qual a demanda deveria ser proposta na Justiça Federal; colacionou julgados em abono a sua tese; no mérito, aduziu que não há comprovação de danos morais, porquanto não ficou configurada a lesão extrapatrimonial; ressaltou que o mero dissabor, aborrecimento ou simples mágoa, extrapolam a órbita do dano moral; por fim, requereu o provimento do recurso para reconhecer a incompetência absoluta do Juízo de primeiro grau, remetendo-se os autos ao Juízo competente.

Apelo tempestivo, devidamente recebido, processado e com contrarrazões.

Os autos foram remetidos ao Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região que reconheceu a sua incompetência recursal para solucionar o apelo, com o envio dos autos a este C. Tribunal.

É o relatório.

De proêmio, impende ressaltar que o cerne da questão em debate cinge-se, primeiramente, em delimitar-se, de forma escorreita, a competência da Justiça Federal ou Estadual para o julgamento desta demanda.

Examinando atentamente os autos observo, nesta oportunidade, que a matéria trazida à discussão na peça exordial não se insere no âmbito da Justiça Estadual, **limitada exclusivamente às ações de natureza acidentária.**

Ora, **na exordial desta ação de indenização a suplicante alegou que teve a pensão por morte de trabalhador rural (código 01, v. fls. 62/63 e 109) indevidamente cassada, posteriormente reativada, em virtude da concessão de aposentadoria por idade, motivo pelo qual postula o recebimento de danos morais.**

Ademais, basta uma singela leitura dos documentos **de fls. 62/63 e 109 para verificar que a pensão por morte é decorrente de causa extralaboral**, pois apresenta o código **01**, enquanto que a de natureza acidentária o código é **93**.

Acesso ao Sumário

Ora, conforme disposto no art. 87 do Código de Processo Civil: "***Determina-se a competência no momento em que a ação é proposta***.".

Logo, **é evidente que a presente ação de indenização decorrente de ato ilícito praticado pelo ente público possui natureza previdenciária**, pois não cuida a presente ação de revisão ou concessão de benefício de natureza acidentária, mas, sim, a responsabilidade do ente público **pelo ato de cessar a pensão por morte de trabalhador rural**, posteriormente reativada, em virtude da concessão de aposentadoria por idade, motivo pelo qual requereu a condenação do ente segurador em danos morais.

Portanto, no caso em pelo, não se tratando de hipótese de ação acidentária, cuja competência é da Justiça Estadual na forma do disposto no artigo 109 da Constituição Federal, mas de ação previdenciária onde a autora pleiteou o pagamento dos danos morais, **de cunho meramente previdenciário**, a competência, no caso em apreço, é da Justiça Federal, consoante a disposição do artigo 109, I, da Constituição Federal.

Assim sendo, cabe a este Órgão Colegiado suscitar, nesta oportunidade, o conflito negativo de competência, porquanto a Justiça Estadual não possui competência, em razão da matéria, de cunho nitidamente previdenciário, para conhecer e solucionar o tema em debate.

Ante o exposto, pelo meu voto, com fundamento no art. 115, I, do Código de Processo Civil, **suscito o conflito negativo ao Colendo Superior Tribunal de Justiça**, nos termos do art. 105, I, d, da Constituição da República, observando-se que com o ofício de encaminhamento deverão ser acostados, além deste V. Acórdão, cópias da petição inicial da ação – fls. 02/08 –, documentos de fls. 62/63 e 109; da sentença proferida – fls. 176/180 –, das razões de apelação da autarquia – fls. 182/187 -; da r. decisão do TRF3 – fls. 200/202; por fim, comunique-se à vara de origem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 3008624-23.2013.8.26.0554, da Comarca de Santo André, em que são apelantes B.G.V. (MENOR), ANDRÉ ARAÚJO VENTURA e ALETÉIA GUMAUSKAS VENTURA, é apelado 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 18.610)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente sem voto), FRANCISCO BIANCO e NOGUEIRA DIEFENTHALER.

São Paulo, 8 de setembro de 2015.

FERMINO MAGNANI FILHO, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – Pedido de reparação moral – Autor que teve a jugular cortada por linha com cerol no Parque da Juventude de Santo André – Ação julgada improcedente pelo Juízo *a quo* sob fundamento de que o Estado não deu causa ao evento danoso – Manutenção do r. *decisum* – Exegese do disposto no artigo 252 do Regimento Interno desta Corte – Apelação não provida.

VOTO

Vistos.

Apelação tempestiva interposta pelo adolescente B.G.V., representado pelos genitores André Araújo Ventura e por Aleteia Gumauskas Ventura, contra r. sentença do digno Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Santo André (fls 123/128), que julgou improcedente ação de ressarcimento de danos morais ajuizada em face da Fazenda Paulista. Pretensão decorrente de lesão jugular que o autor sofreu durante passeio com a família no Parque da Juventude, mantido pela Municipalidade de Santo André, quando atingido por linha cortante de pipa forrada de "cerol". Acusa a negligência estatal na vigilância desse parque e repressão ao uso de objetos perigosos como o tal composto comum nos parques.

Recurso fundado, em síntese, nestas teses: a) responsabilização do Estado pelo evento danoso; b) aplicação do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal; c) proibição da fabricação e uso de cerol, nos termos das Leis nºs 10.017/1998 e 12.192/2006; d) reforma do julgado (fls 131/136).

Apelo respondido (fls 142/144).

Manifestou-se a Procuradoria da Justiça pelo improvimento recursal (fls 148/151).

Autos distribuídos inicialmente à 13ª Câmara de Direito Público, que não conheceu do recurso e determinou a redistribuição deste feito (fls 147 e 157/159).

É o relatório.

Acesso ao Sumário

1- Ressalto de início, que a guia de distribuição destes autos (fls 162) informa suposta prevenção por conta do julgamento da precedente Apelação Cível nº 0030357-72.2008, ajuizada pelo mesmo autor e sobre os mesmos fatos narrados na inicial, todavia, em face da Municipalidade de Santo André, distribuída à eminente Desembargadora Maria Laura Tavares e improvida por esta 5ª Câmara de Direito Público (fls 60/64). Já julgado aquele recurso, e aqui considerando a diversidade no polo passivo, considero não configurada a prevenção no caso concreto.

2- Ação ajuizada pelo adolescente B.G.V. em face da Fazenda Paulista, objetivando reparação moral, julgada improcedente pelo Juízo *a quo*, sob fundamento de que o Estado não deu causa ao evento danoso (fls 123/128).

Diz o autor, em resumo, que no dia 13/07/2006, acompanhado de sua genitora e uma tia, foi se divertir no Parque da Juventude de Santo André, local em que teve a jugular cortada por linha com cerol, de uma pipa de pessoa não identificada, sendo levado ao Hospital local para atendimento. Nessa contava com 6 anos de idade, ficou traumatizado pelo acidente, com abalo psicológico até os dias de hoje.

Informa que o Parque da Juventude, mantido pela Prefeitura de Santo André, é desprovido de qualquer segurança, especialmente de Polícia Militar, bem como que ajuizou ação em face do Município, a qual foi julgada improcedente sob o argumento de responsabilização da Fazenda Estadual.

O caso é de fato socialmente grave. Expõe a irresponsabilidade de jovens e adultos adeptos do uso de compostos domésticos vulgarmente denominados "cerol", que enrijecem as linhas de inocentes pipas tornando-as cortantes com o acréscimo de pó de cacos de vidro. Motivo de acidentes fatais nas áreas urbanas.

Mas nem por isso a ação procede. Considero não configurada a omissão administrativa no caso concreto. Não há como responsabilizar o Estado por ato de terceiros, nos termos em que proposta a demanda.

3- Pontuo que a r. sentença apelada está suficientemente motivada e deve ser confirmada pelos seus próprios e bem deduzidos fundamentos, os quais ficam inteiramente adotados como razão de decidir, consoante o artigo 252 do Regimento Interno desta Corte, assim redigido: *Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la.*

O Eg. Superior Tribunal de Justiça tem prestigiado este entendimento quando, predominantemente, reconhece *a viabilidade de o órgão julgador adotar ou ratificar o juízo de valor firmado na sentença, inclusive transcrevendo-a no acórdão, sem que tal medida encerre omissão ou ausência de fundamentação no decisum* (REsp nº 662.272- RS, 2ª Turma, relator Ministro João Otávio de Noronha, j. 04/09/2007; REsp nº 641.963-ES, 2ª Turma, relator Ministro

Acesso ao Sumário

Castro Meira, j. 21/11/2005; REsp nº 592.092-AL, 2ª Turma, relatora Ministra Eliane Calmon, j. 17/12/2004 e REsp nº 265.534-DF, 4ª Turma, relator Ministro Fernando Gonçalves, j 1º/12/2003).

E ainda:

PROCESSO CIVIL – INEXISTÊNCIA DE OFENSA AOS ARTS. 535 E 475, II, DO CPC – ADOÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA SENTENÇA COMO RAZÃO DE DECIDIR – POSSIBILIDADE. 1- Em nosso sistema processual, o juiz não está adstrito aos fundamentos legais apontados pelas partes. Exige-se, apenas, que a decisão seja fundamentada, aplicando o magistrado ao caso concreto a legislação considerada pertinente. 2- Não incorre em omissão o acórdão que adota os fundamentos da sentença como razão de decidir. 3- Recurso especial improvido (STJ-REsp nº 592.092-AL, 2ª Turma, relatora Ministra Eliane Calmon, j. 26/10/2004).

Também o E. Supremo Tribunal Federal tem decidido que é possível adotar os fundamentos [...] *quando a qualidade das razões permitem sejam subministradas pelo relator* (ACO nº 804/RR, relator Ministro Carlos Britto, DJ 16/06/2006; AO nº 24/RS, relator Ministro Maurício Corrêa, DJ 23/03/2000; RE nº 271771/SP, relator Ministro Néri da Silveira, DJ 1º/08/2000).

Outros fundamentos são dispensáveis diante da adoção integral dos que foram deduzidos na r. sentença, aqui expressamente adotados para evitar inútil e desnecessária repetição.

Por meu voto, nego provimento à apelação.

Ficam as partes e respectivos procuradores cientificados que eventuais recursos interpostos contra esta decisão poderão ser submetidos a julgamento virtual nos termos do artigo 154 e parágrafos, do Código de Processo Civil. Eventual oposição deverá ser formalizada no momento de sua interposição ou resposta (Resolução TJSP nº 549/2011). O silêncio será interpretado como anuência ao julgamento virtual.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0106256-61.2007.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes/apelados MARTA TERESA SUPLICY, MARIA APARECIDA PEREZ e GRUPO DE TRABALHO E PESQUISA EM ORIENTAÇÃO SEXUAL - GTPOS, é apelado/apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Recurso do autor não provido. Recursos

dos réus providos. Improvidos os agravos retidos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 2.069)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VERA ANGRISANI (Presidente) e RENATO DELBIANCO.

São Paulo, 15 de setembro de 2015.

CARLOS VIOLANTE, Relator

Ementa: Ação civil pública. Município de São Paulo. Contratação do GTPOS, organização não-governamental, para implementação de projeto com realização de palestras e cursos de orientação sexual à população, abrangendo familiares dos alunos da rede pública municipal de ensino. Dispensa de licitação. Possibilidade. Atendimento dos requisitos da Lei 8.666/93, art. 24, XIII. Ausência de dano ao erário. Favorecimento não demonstrado. Improbidade administrativa não configurada. Sentença de procedência. Recurso do autor não provido. Recursos dos réus providos.

VOTO

Trata-se de apelações contra a r. sentença de lavra do eminente Magistrado **Dr. Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho** que julgou procedente ação civil pública, condenando as corrés Marta Teresa Suplicy, ex-prefeita de São Paulo, e Maria Aparecida Perez, então Secretária Municipal da Educação, à suspensão dos direitos políticos por 3 anos, ao pagamento de multa civil equivalente a 5 vezes o valor de suas remunerações à época e proibição de contratar com o Poder Público e de receber benefícios fiscais pelo prazo de 3 anos; condenando o corréu Grupo de Trabalho e Pesquisa em Orientação Sexual – GTPOS ao pagamento de multa civil equivalente a 10% do valor do contrato original firmado com a Administração e considerado ilegal, e à proibição de contratar com o Poder Público e de receber benefícios fiscais pelo prazo de 3 anos, tudo pela prática de atos de improbidade administrativa previstos na Lei nº 8.429/92, art. 11, *caput* e inciso I, arcando os réus, ainda, com as custas e despesas processuais.

Marta Teresa Suplicy e Maria Aparecida Perez apelaram reiterando os agravos retidos por elas interpostos contra as r. decisões que recebeu a petição inicial (fls. 1030/1050, interposto na forma de instrumento, posteriormente convertido em agravo retido – fls. 2105 e 2129/2133), que afastou as preliminares argüidas em contestação (fls. 2309/2330) e que determinou o julgamento

Acesso ao Sumário

antecipado da lide (fls. 2692/2696).

Alegaram, ainda em preliminar, prevenção da 7ª Câmara de Direito Público que primeiro conheceu da matéria diante do julgamento da Apelação nº 0023317-29.2004.8.26.0053 decorrente de outra ação civil pública entre as mesmas partes, que impugnava diverso contrato firmado também com dispensa de licitação; impossibilidade jurídica do pedido pela inaplicabilidade da Lei nº 8.429/92 aos agentes políticos, por já serem sujeitos dos crimes de responsabilidade; inépcia da petição inicial; ilegitimidade passiva da corré Marta Teresa Suplicy; cerceamento de defesa e nulidade da r. sentença por julgamento *extra petita.*

No mérito, sustentam a legalidade e regularidade da contratação direta com base na Lei nº 8.666/93, art. 24, XIII, inexistência de favorecimento próprio ou do GTPOS, e ausências de dolo ou culpa e prejuízo ao erário para configurar atos de improbidade administrativa. Pleiteiam a extinção do feito sem resolução do mérito, ou a anulação da r. sentença, ou a inversão do julgado ou a redução das penalidades aplicadas.

O Grupo de Trabalho e Pesquisa em Orientação Sexual – GTPOS também apelou reiterando, em preliminar, o agravo retido interposto contra a r. decisão que indeferiu a produção de provas (fls. 2678/2690). No mérito, sustenta a legalidade da dispensa de licitação, a inexistência de ato ímprobo, ausências de dolo e dano ao erário, além da desproporcionalidade das penas aplicadas, pugnando pela não incidência de juros de mora sobre a multa civil. Requer a anulação da r. sentença, a improcedência da ação ou a minoração das penalidades impostas.

O Ministério Público apresentou contrarrazões (fls. 2900/2919) rebatendo as preliminares e defendendo a manutenção da r. sentença.

Também interpôs apelação o Ministério Público (fls. 2921/2925) objetivando a reforma parcial da r. sentença para declarar a nulidade do contrato objeto da ação, bem como a ampliação da condenação dos réus ao ressarcimento de danos.

As corrés Marta e Maria apresentaram contrarrazões ao recurso do autor (fls. 2950/2973), alegando em preliminar a falta de interesse recursal, pugnando, no mérito, pelo não provimento do apelo.

O corréu GTPOS também apresentou contrarrazões (fls. 2975/2997), pleiteando seja negado provimento ao recurso do autor.

O r. parecer da D. Procuradoria de Justiça (fls. 3001/3013) é no sentido do não provimento aos recursos dos réus, provendo-se o apelo autoral.

É o Relatório.

Cuida-se de ação civil pública por atos de improbidade administrativa em que o Ministério Público do Estado de São Paulo impugna o contrato nº

32-SME-G/2004 (fls. 62/75) e posterior Termo de Aditamento nº 51/SME/2004 (fls. 76/77), firmados entre o Grupo de Trabalho e Pesquisa em Orientação Sexual – GTPOS e o Município de São Paulo, através de sua Secretaria da Educação, para o desenvolvimento de ações referentes ao planejamento familiar, métodos contraceptivos, questões de sexualidade e direitos reprodutivos, intitulado de projeto "Sexualidade e Direitos Reprodutivos", voltado aos cidadãos abrangidos pelas Subprefeituras da Cidade Ademar e da Cidade Tiradentes, consubstanciado na realização de palestras e cursos de orientação sexual à população, abrangendo os familiares dos alunos da rede pública municipal.

Não existe a alegada prevenção da C. 7ª Câmara de Direito Público, pois a apelação nº 0023317-29.2004.8.26.0053 foi julgada nos autos da ação civil pública que discutia contrato diverso firmado entre o GTPOS e o Município de São Paulo para realizar serviços de orientação sexual nas escolas da rede municipal de ensino.

Em que pese haver identidade de partes entre aquela e a presente ação, a causa de pedir e o pedido (objeto) de ambas são distintos, não configurando litispendência ou conexão.

E o art. 105 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça estabelece a prevenção da Câmara ou Grupo que primeiro conhecer de uma causa, para todas as demais derivadas do mesmo ato, fato, contrato ou relação jurídica, não sendo o caso dos presentes autos que versa sobre fato e contrato distintos, ainda que guardem alguma semelhança entre si, não havendo identidade da causa de pedir ou pedido.

Conheço dos agravos retidos (fls. 1030/1050, 105 e 2129/2133; 2309/2330; 2692/2696 e 2678/2690), porquanto reiterados nas razões de apelações (CPC, art. 523, § 1º), negando-lhes, contudo, provimento.

O r. despacho que recebeu a petição inicial (fls. 1010) merece subsistir, uma vez que se embasou na Lei nº 8.429/92, art. 17, § 9º, para determinar o prosseguimento da ação. Se assim o fez, é porque o Juízo se convenceu, preliminarmente, do cabimento da ação e do possível ato ensejador de improbidade, não trazendo as defesas prévias elementos suficientes a desconstituí-los.

A preliminar de ilegitimidade passiva das corrés também não merece acolhimento.

Em relação à corré Marta Teresa Suplicy, que chefiava o Poder Executivo por ocasião da contratação impugnada, embora não tenha participado diretamente da efetivação do contrato, realizado pela Secretaria da Educação, na condição de Prefeita exercia gerência sobre todas as pastas da Municipalidade. Se não bastasse, também alega o autor Ministerial sua ligação e influência com a entidade contratada, apontando para eventual favorecimento, de modo que sua

Acesso ao Sumário

permanência no polo passivo desta ação é justificável.

A corré Maria Aparecida Perez era a titular da Secretaria Municipal da Educação, órgão contratante, e responsável direta pela contratação da GTPOS. Os motivos que ensejaram a dispensa de licitação é matéria de mérito, legitimada, pois, sua inclusão no polo passivo da ação.

O pedido é juridicamente possível, porquanto embasado em lei constante de nosso ordenamento, aplicável a disciplina da Lei de Improbidade Administrativa também aos agentes políticos.

A natureza dos tipos e das penas relacionados aos atos de improbidade administrativa previstos na Lei nº 8.429/92, e aqui discutidos, é diversa dos crimes de responsabilidade funcional estabelecidos na Lei nº 1.079/50 e no Decreto-Lei nº 201/67, não cabendo falar-se em aplicação do princípio da especialidade, como sustentado pelas corrés, por não haver correlação de generalidade e especialidade entre as normas citadas.

Sobre o tema já assentou este Tribunal de Justiça:

"Quanto à inaplicabilidade da Lei n° 8.429/92 aos agentes políticos, já decidiu esta Colenda Sétima Câmara de Direito Público: 'Como bem salientado pela douta Procuradoria Geral de Justiça, 'o E. Supremo Tribunal Federal deixou claro que os atos de improbidade não redundam em crimes de improbidade somente sujeitando o agente político à responsabilidade política. E nem poderia ser de outra forma. Admitir que os atos de improbidade encontrem correspondência na tipologia trazida pela Lei n. 1079/50 e Decreto-Lei 201/67 que tratam de crimes de responsabilidade o que já bastaria para demonstrar que a infração política absorveria o ato de improbidade é esquecer que os agentes públicos podem responder por seus atos em diferentes esferas, ou seja, na esfera criminal, civil, administrativa e política. Por outro lado, temos que o § 4º, do art. 37, da Constituição Federal deixa claro que o ato de improbidade, por si só, não constitui crime, mas pode corresponder também a um crime definido em lei' (Ap. Cível n° 730.633.5/5-00). Assentou esta Colenda Sétima Câmara de Direito Público, em acórdão relatado pelo Desembargador Guerrieri Rezende: '9. A preliminar de impossibilidade jurídica do pedido em virtude da Lei de Improbidade não se aplicar a agentes políticos também não merece acolhida. São diversas as matérias tratadas pela lei supracitada e pela Lei n° 1.079/50. Esta enseja o julgamento político de crime de responsabilidade, a cargo do Senado Federal para o caso de Presidente da República, Ministros de Estado, Ministros do Supremo Tribunal Federal ou Procurador Geral da República, que estiverem no cargo. Para Governadores de Estados a competência foi reservada às Assembléias Legislativas. Já a matéria tratada na Lei n° 8.429/92 possibilita a declaração judicial de improbidade administrativa pelo Poder Judiciário em ação proposta até 05 (cinco) anos após o término do exercício do mandato, e de servidores em cargo

Acesso ao Sumário

em comissão ou função de confiança (art. 23, I), o que possibilita o julgamento de tais agentes políticos mesmo após o afastamento de seus cargos, de natureza cível, a tramitar na Justiça Comum ou Federal de Primeira Instância, independente da autoridade envolvida, seguindo o rito ordinário do Código de Processo Civil, com punições de reparação do dano, multa civil e sanções políticas/administrativas, conforme a natureza da infração (art. 12, parágrafo único, da Lei 8.429/92). O Supremo Tribunal Federal, por voto da maioria dos seus Ministros, com a nova composição, entendeu que se encontra presente os efeitos da Lei 8.429/92, bem como da Lei 1.079/50, sem vincular a decisão à bipartição de competências, vale dizer, ao Legislativo na hipótese de julgamentos políticos e à Justiça Comum, no caso de julgamentos extrapolíticos. Tanto a Lei 8.429/92, como a Lei 1.079/50 aplicam-se aos agentes políticos de maneira geral, observando-se que na verdade no que tange a determinadas autoridades como o Presidente da República, Ministros de Estados, evidentemente há deslocamento para o Tribunal Excelso, diante das peculiaridades e da importância do cargo que ocupam. Já com relação às demais autoridades, especialmente as Municipais, entendeu a maioria dos membros da Corte Suprema que os Juízes comuns ou ordinários especiais podem julgar as autoridades executivas municipais, pois o Sistema Constitucional, no artigo 37, § 4º, não fez qualquer distinção quanto aos atos de improbidade administrativa de agentes políticos e dos outros agentes públicos comuns. Assim, não há que se falar em falta de interesse processual ou carência de ação por impossibilidade jurídica do pedido, nos termos do voto isolado do Ex-Ministro Nelson Jobim" (Ap. Cível n° 670.903.5/1-00, j. 05.11.07, v.u.) (TJSP – 7ª C. Dir. Público – Ap 0023317-29.2004.8.26.0053 – Rel. Moacir Peres – j. 20.06.2011).

A petição inicial contém, suficientemente, os argumentos de fato e de direito, deles decorrendo logicamente os pedidos formulados, mostrando-se apta para a ação proposta, afastada a inépcia alegada.

A r. sentença recorrida não sofre de nulidade, julgado o processo antecipadamente (CPC, art. 330, I), embasado o Juízo na farta prova documental carreada aos autos, prescindindo de outras provas para seu convencimento, não ocorrendo o cerceamento de defesa alegado.

Também não prospera a pretendida anulação da r. sentença sob argumento de configurar-se *extra petita*, pois o Juízo não está vinculado à capitulação legal indicada pelo autor, e a condenação amparada por dispositivo diverso não extrapola o limite da lide, exercido pelos réus o contraditório e a ampla defesa em relação aos fatos indicados na inicial.

O autor ministerial possui interesse recursal ao buscar através da apelação a condenação dos réus ao ressarcimento do erário, afastada pela r. sentença, bem como a declaração de nulidade do contrato objeto da ação, decorrência lógica do

Acesso ao Sumário

reconhecimento da ilegalidade da contratação sem licitação.

As demais preliminares tangenciam o mérito da ação, devendo com ele ser apreciadas, afastadas, portanto, todas as preliminares arguidas.

No mérito, pretende o autor a anulação do já citado contrato firmado entre o Município de São Paulo, através da Secretaria da Educação, e o GTPOS, impugnando a contratação direta com dispensa de licitação.

A Lei nº 8.666/93 prevê a dispensa de licitação, dentre outras, para a seguinte hipótese:

> Art. 24. É dispensável a licitação:
>
> (...)
>
> XIII - na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos (redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994);

Note-se que vários são os requisitos traçados na Lei para a contratação com dispensa de licitação nessa hipótese, dentre eles ser brasileira a instituição, ter por objeto a pesquisa, o ensino ou o desenvolvimento institucional, ter reputação ético-profissional inquestionável, e não possuir finalidade lucrativa.

No presente caso, o Grupo de Trabalho e Pesquisa em Orientação Sexual – GTPOS é instituição brasileira, sem fins lucrativos, voltada para a educação e assistência social, conforme se denota de seus estatutos sociais (fls. 142/150, 290/301 e 327/335).

Sua reputação ético-profissional inquestionável é demonstrada pela prestação de diversos serviços e atividades desenvolvidos junto a entes públicos federais, estaduais e municipais, e à iniciativa privada, conforme declarações e documentação acostadas aos autos (fls. 674/904), sem contar que sua constituição data de 1989 e é formada por profissionais reconhecidos em suas áreas de atuação.

Acesso ao Sumário

Se não bastasse o atendimento aos requisitos legais para a dispensa de licitação, a contratação dessa instituição se deu por valores compatíveis com o serviço proposto, conforme explicitado nos pareceres ofertados (fls. 155/156 e 164/165) no procedimento administrativo que antecedeu a formalização do contrato, não havendo indícios, nem sequer alegação, de super faturamento.

Ademais, há de se ressaltar que a opção pela contratação da GTPOS para o projeto em referência, ao invés de qualquer outra entidade, se justificou em virtude da instituição já ter desenvolvido outro projeto anterior voltado ao corpo discente do Município de São Paulo, de modo que sua contratação para novo projeto agora voltado à população em geral e em especial aos familiares dos

alunos municipais, representou redução de custos operacionais para os serviços, gerando, por consequência, economia para os cofres públicos.

Aliás, aquele outro contrato foi objeto de ação civil pública distinta proposta pelo Ministério Público, afirmada por esta E. Corte de Justiça a legalidade da contratação:

> Ação civil pública. Improbidade administrativa. Contratação com dispensa de licitação de serviço de orientação sexual dos integrantes da rede municipal de ensino. Inexistência de cerceamento de defesa. Aplicabilidade da Lei nº 8.429/92 aos agentes políticos. Inexistência de irregularidade decorrente do fato de a então prefeita ter participado, no passado, da entidade contratada. Hipótese que se enquadra na previsão do inciso XIII do artigo 24 da Lei nº 8.666/93. Licitação que era mesmo dispensável. Ausência de ilegalidade. Serviços efetivamente prestados, de modo que não há prejuízo ao erário a ser ressarcido. Condutas que não configuram atos de improbidade administrativa. Improcedência da ação. Preliminares afastadas. Recursos providos (TJSP – 7ª C. Dir. Público – Ap 0023317-29.2004.8.26.0053 – Rel. Moacir Peres – j. 20.06.2011).

O Superior Tribunal de Justiça negou seguimento, por decisão monocrática, ao Recurso Especial interposto pelo Ministério Público contra o aresto acima, e negou provimento ao Agravo Regimental manejado, cujo v. acórdão restou assim ementado:

> *Administrativo. Improbidade administrativa. Contratação. Legalidade. Revisão. Matéria fático-probatória. Incidência da Súmula 7/STJ. Ofensa ao art. 535 do CPC não configurada. Omissão. Inexistência. Recurso Especial. Alínea "c".* Não demonstração da divergência. Agravo Regimental não provido. – "1. Cuida-se, na origem, de Ação de Improbidade Administrativa proposta pelo Ministério Público estadual contra o ora recorrido, objetivando apurar a legalidade da contratação do Grupo de Trabalho e Pesquisa em Orientação Sexual, primeiro recorrido, pela Secretaria de Educação durante a gestão da segunda recorrida, demandada como prefeita do Município de São Paulo. 2. O Juiz de 1º Grau julgou parcialmente procedentes os pedidos. 3. O Tribunal a quo deu provimento às Apelações dos ora recorridos, julgou improcedente o pedido e assim consignou na sua decisão: 'Assim como era dispensável a licitação para a contratação inicial da instituição, não há se falar em ilegalidade decorrente da ampliação do objeto, desde que houvesse, como efetivamente havia, justificativa razoável. Ressalte-se, ainda, que os serviços contratados foram efetivamente prestados. Não há, portanto, prejuízo ao erário a ser ressarcido. Entendimento diverso permitiria o enriquecimento sem causa do Poder Público, o que também não é albergado pela ordem jurídica vigente. Destarte, não se verificando ilegalidade na contratação em questão, conclui-se que não houve a prática de ato de improbidade administrativa'. (fl. 3488, grifo acrescentado). 4. Na hipótese dos autos, modificar a conclusão a que chegou a Corte de

Acesso ao Sumário

origem, de modo a acolher a tese do recorrente, demanda reexame do acervo fático- probatório dos autos, o que é inviável em Recurso Especial, sob pena de violação da Súmula 7 do STJ. 5. Constata-se que não se configura a ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, tal como lhe foi apresentada. 6. Por fim, não fez o recorrente o devido cotejo analítico, e assim não demonstrou as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles. 7. Agravo Regimental não provido" (STJ – 2ª T – AgRg no REsp 1.426.278/SP – Rel. Herman Benjamin – j. 18.06.2015 – DJe 05.08.2015).

Não se pode cogitar de enriquecimento ilícito por parte da entidade contratada, pois há demonstração nos autos, à saciedade, de que os serviços contratados foram efetivamente prestados pelo GTPOS, notadamente pelo atestado de conclusão dos serviços firmado pela Secretaria Municipal da Educação (fls. 260).

Embora a corré Marta Teresa Suplicy, ex-Prefeita do Município de São Paulo, tenha sido uma das fundadoras do GTPOS, é fato que à época da contratação ora impugnada não havia qualquer vínculo jurídico entre a então Prefeita e a entidade contratada, de modo que não existindo demonstração nos autos, não há como supor o direcionamento ou favorecimento na contratação havida.

Há de se observar, ainda, que o próprio contratado noticiou a baixa adesão do público alvo ao projeto desenvolvido, indicando redução de seus custos e consequente diminuição do valor contratado em 52,5% (fls. 247), que resultou no aditamento ao contrato original (fls. 256/258).

Logo, não existindo nulidade no contrato, incontroverso que efetivamente prestados os serviços contratados, não havendo menção à prática de ato fraudulento, não se configura improbidade a justificar a condenação dos réus.

Para fins de acesso às Instâncias Superiores, considero prequestionada toda a matéria debatida, relativa à Constituição e à Lei Federal, desnecessária a menção específica a cada um dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais invocados e pertinentes aos temas em discussão.

Ante o exposto, pelo meu voto, NEGO PROVIMENTO aos agravos retidos, NEGO PROVIMENTO ao recurso do autor e DOU PROVIMENTO aos recursos dos réus, reformando a r. sentença e julgando improcedente a ação.

Ausente má-fé, descabida a condenação do autor nos ônus de sucumbência (Lei nº 7.347/85, art. 18).

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0036212-66.2012.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante DEBORAH DE TOLLA UNGARETTI, é apelado COMPANHIA DE ENGENHARIA DE TRÁFEGO DE SANTOS – CET – SANTOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.222)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CARLOS EDUARDO PACHI (Presidente), REBOUÇAS DE CARVALHO e DÉCIO NOTARANGELI.

São Paulo, 24 de setembro de 2015.

CARLOS EDUARDO PACHI, Relator

Ementa: COBRANÇA – Multas de trânsito – Alegação da ré que não foi regularmente notificada – Comprovação de envio das notificações ao correio no prazo legal – Desnecessidade de demonstração da entrega – Precedentes – Suposta transferência de propriedade do veículo autuado – Não comunicação ao órgão de trânsito – Prevalência da responsabilidade da ré, proprietária cadastrada - R. sentença mantida. Recurso improvido.

VOTO

Vistos, etc.

Trata-se de apelação tempestivamente deduzida pela Ré contra a r. sentença de fls. 243/245, cujo relatório é adotado, que julgou procedente a ação, condenando-a ao pagamento das multas alistadas na petição inicial, atualizadas, acrescidas de juros de mora, à taxa ânua de 12%, contados da citação. Arcará a ré com as despesas do processo, atualizadas desde o dispêndio, e verba honorária fixada em 15% sobre o valor da condenação.

Alega que é parte ilegítima para figurar no polo passivo da ação, uma vez que o veículo foi transferido a Fabio José Moussalli Ungaretti, novo proprietário, e responsável pelo pagamento das multas. Afirma que as notificações ocorreram após o prazo estabelecido no Código de Trânsito Brasileiro (fls. 249/251).

Contrarrazões a fls. 256/260.

Acesso ao Sumário

Processados, subiram os autos.

Instadas, as partes não se manifestaram quanto ao julgamento virtual, conforme certidão a fls. 269.

É o Relatório.

Trata-se de ação de cobrança proposta pela CET – Santos visando ao recebimento de valores referentes a multas imputadas à ré, por infrações de trânsito, julgada procedente.

Prevê o art. 281 do CTB:

"Art. 281. A autoridade de trânsito, na esfera da competência estabelecida neste Código e dentro de sua circunscrição, julgará a consistência do auto de infração e aplicará a penalidade cabível.

Parágrafo único. O auto de infração será arquivado e seu registro julgado insubsistente:

I - se considerado inconsistente ou irregular;

II - se, no prazo máximo de trinta dias, não for expedida a notificação da autuação."

Depreende-se dos comprovantes de entrega das notificações, relações de notificações para postagem entregues no correio, e das cópias das autuações, que a ré foi regularmente notificada, duplamente e dentro do prazo legal (fls. 37/195), em estrita observância à legislação pertinente.

Observe-se que é suficiente o relatório de envio da correspondência ao endereço do infrator, como prova da notificação, sendo desnecessária a comprovação da entrega.

Nesse sentido:

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO ANULATÓRIA – ATO ADMINISTRATIVO – MULTAS POR INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO DE TRÂNSITO – DUPLA NOTIFICAÇÃO.

1. A multa por infração à legislação de trânsito passa a ser exigível após sua constituição definitiva, uma vez atendida a exigência de dupla notificação do infrator (arts. 281, parágrafo único, e 282 CTB) e assegurado o direito ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LV, CF).

2. Basta a prova de envio da notificação ao Correio. Desnecessidade de prova da entrega. Precedentes. Reexame necessário, considerado interposto, acolhido. Recursos da Fazenda do Estado e da CET- Santos providos. Recurso da Prefeitura Municipal de Guarujá desprovido." (AC nº 0006017-69.2010.8.26.0562 – Voto nº 14.292 – Rel. Décio Notarangeli)

"AÇÃO ANULATÓRIA – Pretendida declaração de insubsistência dos autos de infração e imposição de multa, em razão da não observância de formalidades legais insculpidas no Código de Trânsito Brasileiro,

que determina a dupla notificação do suposto infrator – Autoridade que logrou provar a regularidade exigida pela Lei, não obstando o autor o exercício de seu legítimo direito de defesa no âmbito administrativo – Anulação não decretada – Sentença reformada – Recurso da Fazenda provido." (AC nº 0004310-97.2009.8.26.0369 Voto nº 14.335 Rel. Rebouças de Carvalho)

De outra parte, estabelece o art. 134 do CTB:

"Art. 134. No caso de transferência de propriedade, o proprietário antigo deverá encaminhar ao órgão executivo de trânsito do Estado dentro de um prazo de trinta dias, cópia autenticada do comprovante de transferência de propriedade, devidamente assinado e datado, sob pena de ter que se responsabilizar solidariamente pelas penalidades impostas e suas reincidências até a data da comunicação."

De acordo com a declaração de fls. 239, a recorrente cedeu a posse do veículo a seu ex-marido, no período compreendido entre 15 de junho de 2008 e 17 de junho de 2011.

O documento não esclarece a que título o bem foi cedido, inexistindo demonstração de transferência de propriedade.

De qualquer forma, não foi comunicada a suposta transferência de propriedade ao órgão de trânsito, prevalecendo a responsabilidade da ré pelas penalidades impostas.

Sobre o tema ensina ARNALDO RIZZARDO: *"mantém-se a responsabilidade do proprietário do veículo pelo pagamento de multas enquanto não operada a comunicação da transferência ao Departamento Estadual de Trânsito. Sempre recairá a responsabilidade em nome da pessoa que aparece no registro, que também se estende aos tributos"* (Comentários ao Código de Trânsito Brasileiro – RT – 9ª ed. – pág. 326).

Neste sentido:

"AÇÃO DE COBRANÇA - Cobrança de multas de trânsito - Antigo proprietário do veículo é devedor solidário do tributo caso este não tenha comunicado ao órgão competente a venda do veiculo - Inteligência do artigo 134 do Código de Trânsito Brasileiro - Sentença mantida - Recurso não provido." (AC nº 772.965-5/7 – Voto nº 2.328 – Rel. Rebouças de Carvalho)

Assim, é de rigor a manutenção da r. sentença de 1º grau.

Pelo exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso, mantida a r. sentença por seus próprios fundamentos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0006386-47.2012.8.26.0577, da Comarca de São José dos Campos, em que é apelante THATIANA OLIVEIRA SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.160)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MARIA OLÍVIA ALVES (Presidente) e EVARISTO DOS SANTOS.

São Paulo, 21 de setembro de 2015.

REINALDO MILUZZI, Relator

Ementa: AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – Serviço público de saúde – Fornecimento de tratamento para vitiligo mediante Laser Xtrac – Nexo de causalidade entre patologia e solicitação inexistente – Não se pode impor ao Poder Público o custeio em clínica que o médico ou o paciente prefere quando o Município oferece alternativa – Sentença de improcedência – Recurso não provido.

VOTO

RELATÓRIO.

Trata-se de rito ordinário ajuizado por Tathiana Oliveira Santos contra a Fazenda do Estado de São Paulo, visando ao custeamento de tratamento a laser (*Excimer Laser Xtrac*) para vitiligo (CID 10: L80).

A r. sentença de fls. 150/151, cujo relatório se adota, julgou improcedente o pedido, condenando a autora ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R$ 1.000,00. Por ser beneficiária da justiça gratuita, determinou que as verbas de sucumbência só poderão ser cobradas se feita a prova de que perdeu a condição de necessitada.

Inconformada recorre a autora, afirmando que o diagnóstico e tratamento foram prescritos por mais de um médico especialista (fls. 16/18) e, ainda que embora existam outros tratamentos para a mesma patologia, no caso em questão não foram recomendados pelos médicos; que as especialistas não são da mesma clínica onde o tratamento é feito (Clínica Dermocentro, em São José

Acesso ao Sumário

dos Campos, uma das únicas a possuir o equipamento); que a especialista não é a mesma médica que a acompanha; que já se submeteu a tratamento com medicamentos tópicos sem surtir efeito; que as críticas ao laudo do IMESC não são oriundas da clínica Dermocentro; que este laudo do IMESC não possui fundamentação suficiente para embasar a sentença; que o SUS disponibiliza apenas o tratamento medicamentoso, principalmente, com utilização de corticoide; que, diferentemente do uso de corticoide, o tratamento com o laser Xtrac (Excimer laser 308 nm) não produz efeitos colaterais.

Recurso tempestivo e respondido.

FUNDAMENTOS.

A autora ingressou em juízo pretendendo que o Estado forneça, aproximadamente, 60 sessões de aplicação de *Exmimer Laser Xtrac*, para o tratamento de vitiligo, a ser realizado pela clínica Dermocentro em São José dos Campos.

Esta relatoria tem adotado a posição no sentido de que, não obstante os pedidos sejam feitos em face da urgência do tratamento, é necessária a adoção de variáveis que não podem deixar de ser observadas.

Assim, dada a possibilidade de, casuisticamente, se verificarem as variáveis, deve o Judiciário acautelar-se no acolhimento do pleito, sob pena de conceder remédio a quem pode adquiri-lo, ou simplesmente pode ser apenas um medicamento suplementar, dispensável, ou ainda importado em substituição a similares existentes no País, quebrando assim o princípio legislativo do SUS de atendimento, em primeiro lugar, da população mais carente.

No caso em apreço, o laudo do IMESC afirma (fls. 113) que "não há nexo de causalidade entre a patologia e a solicitação do tratamento, que vem pleitear no momento, sem antes tentar outros tratamentos disponíveis na rede pública, como cremes que estimulam a pigmentação, pois, o vitiligo é uma doença autoimune de evolução crônica".

Daí porque incabível a condenação do poder público a arcar com o tratamento pretendido.

É certo que a Administração Pública tem o dever de fornecer atendimento integral à saúde, assegurado constitucionalmente.

Todavia, não se pode impor ao Poder Público o custeio do tratamento de preferência da autora, em clínica que o médico ou o paciente deseja, quando o Poder Público oferece alternativa terapêutica em estabelecimento idôneo.

É interessante ainda anotar que, como destacou a Procuradoria do Estado nas contrarrazões (fls. 168), "*o vitiligo não é uma doença contagiosa, não causa dor, não leva à morte, o tratamento pretendido é apenas para efeito estético, há tratamentos alternativos oferecidos pelo SUS e ainda nem experimentados pela autora, este tratamento alternativo é realizado por dermatologistas das*

Acesso ao Sumário

Unidades Especializadas de Saúde e por fim, é fato também, que não há nenhuma comprovação científica de cura ou atenuação do vitiligo com as aplicações do laser".

Daí porque escorreita a r. sentença recorrida, que deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

Destarte, pelo meu voto, **nego provimento ao recurso.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0052348-16.2012.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante JOSÉ SEBASTIÃO DE CASTRO, é apelado 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: Votaram pela reforma do v. acórdão, para negar provimento ao apelo do autor, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.867)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente sem voto), MARCELO BERTHE e FERMINO MAGNANI FILHO.

São Paulo, 28 de setembro de 2015.

LEONEL COSTA, Relator

Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO – RETORNO À TURMA JULGADORA – Em cumprimento ao disposto no art. 543-B, § 3º, do CPC, verifica-se que é o caso de retratação do decidido.

SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL INATIVO – AGENTE DE SEGURANÇA PENITENCIÁRIA – REESTRUTURAÇÃO DA CARREIRA – Lei Complementar 959/04 posterior à aposentadoria do autor/apelante – Acórdão que contraria entendimento exarado pelo E. Supremo Tribunal Federal no RE 606.199/SP, no sentido de não ser devido ao servidor inativo, embora aposentado na última classe da carreira anterior, o direito de perceber proventos correspondentes aos da última classe da nova carreira,

Acesso ao Sumário

reestruturada por lei superveniente – Decisão de reforma do v. acórdão – Sentença de improcedência mantida. Recurso não provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de ação ordinária proposta por funcionário público da Secretaria de Administração Penitenciária – Agente de Segurança Penitenciária – objetivando o enquadramento na classe atual mais alta (Classe VIII), criada pela Lei Complementar 959/2004, por ter sido aposentado de acordo com a Lei Complementar 681/92 na Classe VI, a mais elevada até então.

A r. sentença de fls. 80/84 julgou improcedente a ação, por entender que a aposentadoria do autor foi fixada de acordo com a legislação vigente na época, e a reestruturação da carreira pela Lei Complementar 959/2004 criou cargos e níveis inexistentes ao tempo de sua passagem para a inatividade, os quais não foram atingidos pelo autor, de modo que as modificações impostas impedem qualquer tipo de equiparação, não tendo o autor direito adquirido em permanecer no último grau da carreira, mas sim à irredutibilidade de vencimentos, o que foi observado. Condenou o autor no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em R$ 1.000,00.

Interposto recurso de apelação pelo autor, a este foi dado provimento, por votação unânime, para reconhecer o direito do autor ao enquadramento na Classe VIII com consequente reflexo pecuniário (fls. 124/131).

A Fazenda do Estado de São Paulo interpôs recurso extraordinário (fls. 134/145) insurgindo-se quanto à realocação do autor para o último nível da carreira, implicando em afronta à Constituição, pois não houve redução dos vencimentos do servidor com a reestruturação ocorrida na carreira.

Constatado que o v. acórdão recorrido tem sua fundamentação contrária a entendimento de julgado no Supremo Tribunal de Justiça (RE nº 606.199/PR), por determinação do Presidente da Seção de Direito Público, foram os autos devolvidos para adequação da fundamentação ou manutenção da decisão ao recurso repetitivo, nos termos do artigo 543-B, § 3º, do CPC (fls. 168/170).

É o relatório.

Voto.

É caso de retratação e reforma do v. acordão (fls. 124/131), em consonância com a jurisprudência consolidada no Colendo Supremo Tribunal Federal.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento definitivo do Recurso Extraordinário nº 606.199/PR, DJE de 9/10/2013, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, firmou o entendimento no sentido de que não há direito de servidor

Acesso ao Sumário

inativo perceber proventos correspondentes ao nível ou padrão mais elevado da nova carreira, ainda que tenha sido aposentado no último nível da carreira anterior, reestruturada por lei superveniente, *verbis*:

> Ementa: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. EXTENSÃO, A SERVIDORES APOSENTADOS, DE VANTAGENS CONCEDIDAS A SERVIDORES ATIVOS. REESTRUTURAÇÃO DE CARREIRA. ARTIGO 40, § 8º, DA CONSTITUIÇÃO (REDAÇÃO ANTERIOR À EC 41/03). INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO. PECULIARIDADES DA REESTRUTURAÇÃO DA CARREIRA DECORRENTE DA LEI 13.666/02 DO ESTADO DO PARANÁ. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Segundo a jurisprudência firmada em ambas as Turmas do STF, não há direito adquirido a regime jurídico. Assim, desde que mantida a irredutibilidade, não tem o servidor inativo, embora aposentado na última classe da carreira anterior, o direito de perceber proventos correspondentes aos da última classe da nova carreira, reestruturada por lei superveniente. Precedentes. 2. Todavia, relativamente à reestruturação da carreira disciplinada pela Lei 13.666/02, do Estado do Paraná, assegura-se aos servidores inativos, com base no artigo 40, § 8º, da Constituição Federal (redação anterior à da EC 41/03), o direito de ter seus proventos ajustados, em condições semelhantes aos servidores da ativa, com base nos requisitos objetivos decorrentes do tempo de serviço e da titulação, aferíveis até a data da inativação. 3. Recurso extraordinário a que se dá parcial provimento.
>
> (RE 606199, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 09/10/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-026 DIVULG 06-02-2014 PUBLIC 07-02-2014)

De maneira que, resta evidente que o acórdão proferido por esta Turma Julgadora contrasta com o entendimento firmado pelo Colendo Corte Suprema.

Assim, cabível a reconsideração do julgado, de modo a se adequar ao precedente supra aludido, nos termos do artigo 543-B, § 3º, do Código de Processo Civil, para reconhecer não ser devida a extensão do reenquadramento implantado pela Lei Estadual superveniente (LC 959/04), ao autor inativo.

Ante o exposto, voto para reformar o v. acórdão, para negar provimento ao apelo do autor, mantendo-se a r. sentença de improcedência da ação.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1011035-09.2014.8.26.0564, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é apelante PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO BERNARDO DO CAMPO, é

apelado FUNDAÇÃO SALVADOR ARENA.

ACORDAM, em 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U. Sentença mantida em reexame necessário", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.933)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BEATRIZ BRAGA (Presidente) e WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI.

São Paulo, 24 de setembro de 2015.

ROBERTO MARTINS DE SOUZA, Relator

Ementa: APELAÇÃO – Mandado de segurança – IPTU – Exercício de 2014 – Imunidade reconhecida – Pretensão à reforma da sentença – Inadmissibilidade – Entidade sem fins lucrativos – Fundação essencialmente dedicada à educação e assistência social – Imunidade tributária configurada – Prova documental que demonstra o preenchimento dos requisitos legais – Inteligência do art. 150, VI, "c", e § 4º, da CF/88 e do art. 14, do CTN – Hipótese em que cabe ao ente público, nos termos do art. 333, II, do CPC, demonstrar o não cumprimento, pela entidade, do disposto no art. 14, do CTN – Sentença mantida em reexame necessário – Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta pela **Prefeitura do Município de São Bernardo do Campo** da r. sentença de págs. 225/227, que concedeu a segurança pleiteada, reconhecendo a imunidade tributária à Fundação Salvador Arena quanto ao IPTU incidente sobre os imóveis da instituição para o exercício de 2014, sem condenação em honorários.

Em suas razões recursais (págs. 232/241), a apelante pugna pela reforma da r. sentença, sustentando preliminarmente ser ilegítima a autoridade coatora apontada pela impetrante, devendo ser extinto o *mandamus*, sem apreciação do mérito.

No mérito, aduz que a pretensão ao reconhecimento da imunidade não configura direito líquido e certo, pressupostos de admissibilidade para o mandado de segurança. Alega ausência de interesse de agir, uma vez que não houve resistência do município quanto ao pedido de desmembramento da dívida tributária, cujo pedido se encontra em andamento no processo administrativo

Acesso ao Sumário

n.º SB-12.394/2004, que ainda não foi deferido por faltarem as matrículas individualizadas junto ao Cartório de Registro de Imóveis das áreas apontadas. Afirma ser de responsabilidade da impetrante o recolhimento do IPTU, eis que seu nome consta como proprietária nos cadastros municipais, não podendo se eximir de tal pagamento a teor do art. 34, do CTN. Argumenta que em momento algum a impetrante, ora apelada, se desincumbiu de demonstrar que o imóvel é utilizado para sua finalidade social, nos termos do art. 14, do CTN. Requer provimento ao apelo.

Recurso recebido apenas no efeito devolutivo, a apelada ofereceu contrarrazões (págs. 268/274), deixando de se manifestar o D. Representante do Ministério Público conforme petição de pág. 277.

É o relatório.

De início, dou por interposto o reexame necessário nos termos do art. 14, § 1º, da Lei n.º 12.016/09.

O apelo da Fazenda Municipal não comporta provimento.

Trata-se de mandado de segurança impetrado pela Fundação Salvador Arena objetivando afastar a cobrança do IPTU do exercício de 2014 sobre imóvel em que construído o complexo educacional por ela administrado, sem fins lucrativos, sustentando possuir imunidade tributária reconhecida pela Constituição Federal às entidades de educação e de assistência social, não podendo lhe ser exigido o recolhimento daquele imposto.

Com efeito, verifica-se do estatuto social tratar-se de entidade privada, sem fins lucrativos, que tem "*por finalidade cooperar e envidar os esforços possíveis para a solução dos problemas de educação, assistência e proteção aos necessitados, sem distinção de nacionalidade, raça, sexo, cor, religião ou opiniões políticas em caráter geral*" (art. 4.º - pág. 28).

Saliente-se que seu patrimônio é formado pela dotação inicial do instituidor e por todos os bens móveis, imóveis e valores mobiliários adquiridos posteriormente, bem como pelos respectivos rendimentos, inclusive os recebidos por herança do instituidor (art. 5.º), sendo que suas atividades são custeadas com recursos provenientes da aplicação desse patrimônio, podendo também receber doações de terceiros, tudo por força do disposto em seu estatuto social (págs. 21/47).

Desse modo, incabível a cobrança do IPTU no caso vertente, porquanto a Constituição Federal, no art. 150, VI, "c", veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituírem impostos sobre o patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, **das instituições de educação e de assistência social**, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei.

A apelada alegou cumprir o disposto no art. 14, do CTN, o que não

foi impugnado pela Municipalidade, que se restringiu a argumentar que o pedido de reconhecimento da imunidade somente poderia ser analisado após o desmembramento dos terrenos, que equivaleriam a 7,86% do imóvel tributado, o que dependeria da atuação do cartório de registro de imóveis.

Frise-se que a apelada possui outro imóvel naquele município para o qual foi reconhecida sua condição de imune e de isenta.

O requisito essencial para gozo da imunidade tributária, que deriva da própria Constituição Federal, é a finalidade de ensino e não lucrativa da entidade, que está fixada em seu estatuto.

Outrossim, essa imunidade às entidades educacionais é uma garantia constitucional, sendo sua aplicação imediata, o que implica presunção relativa quanto à ocorrência da referida vinculação, de modo que incumbiria ao ente tributante o ônus de provar a existência de fato impeditivo do direito da impetrante (art. 333, II, do CPC), o que não ocorreu no caso.

De outra banda, o Município-apelante sequer aventou a hipótese de realização das atividades da agravante sem observação das regras contidas no art. 14, do CTN.

Portanto, de rigor a concessão da segurança à entidade educacional em comento.

Assim já decidiu a E. 1ª Câmara de Direito Público, em mandado de segurança impetrado pela Fundação Salvador Arena contra a Fazenda Pública estadual:

> "Apelação Cível - Mandado de Segurança - Entidade sem fins lucrativos - Importação de materiais utilizados para fins assistenciais - ICMS - Isenção - Possibilidade - Concessão da segurança - Art. 150, inc. VI, alínea "c" e par. 4º da C.F. c.c art. 14, do C.T.N - Inconformismo - Inadmissibilidade - **O impetrante, na condição de instituição de educação sem fins lucrativos, enquadra-se perfeitamente nas disposições da alínea "c" do inciso IV do art. 9º, do CTN, preenchendo integralmente os requisitos do artigo 14 do mesmo Código, visto que suas atividades estão voltadas, exclusivamente, para o ensino profissionalizante industrial** - Recursos improvidos (oficial e voluntário)". (Apelação nº 9136456-86.2009.8.26.0000, rel. Des. Castilho Barbosa, j. 07/08/2012). – destaquei –

No caso vertente, constata-se tratar-se de fundação educacional e assistencial, sem fins lucrativos, "*constituída por escritura pública de 21 de dezembro de 1964, lavrada nas notas do 23.º Tabelionato da Capital e registrada sob o número 10936 no 1.º Cartório de Registro de Pessoas Jurídicas da Capital, tendo como instituidor o Dr. Salvador Arena*" (art. 1.º do Estatuto social - pág. 28).

Acesso ao Sumário

Cumpre ressaltar que, em se tratando de entidade social sem fins lucrativos, a existência de patrimônio é imanente à sua própria condição e, neste caso, reitere-se que a destinação dada ao imóvel pelas entidades sem fins lucrativos já se encontra sumulada pelo C. STF:

> **Súmula vinculante 52: "Ainda quando alugado a terceiros, permanece imune ao IPTU o imóvel pertencente a qualquer das entidades referidas pelo art. 150, VI, "c", da Constituição Federal, desde que o valor dos aluguéis seja aplicado nas atividades para as quais tais entidades foram constituídas".**

Ou seja, ainda que a Fundação Salvador Arena não utilizasse o imóvel em sua atividade essencial (prestação de serviços educacionais), que já se encontra comprovada, poderia alugá-lo, revertendo o valor dos alugueis para sua finalidade, mantida sua imunidade.

Nesse sentido já se pronunciou a 15ª Câmara de Direito Público em caso envolvendo as mesmas partes:

> "MANDADO DE SEGURANÇA. ITBI. Fundação de fins sociais e filantrópicos, sem intuito lucrativo. Imunidade não reconhecida pela Municipalidade, sob o argumento de que o terreno que está sendo comprado não atende à finalidades essenciais da fundação. Inteligência da Súmula 724, do STF. Recurso necessário e voluntário da Municipalidade improvidos". (Apelação nº 3001494-49.2013.8.26.0564, rel. Rezende Silveira, j. 26/02/2015)

Por sua vez, de acordo com o disposto no parágrafo 4.º, do art. 150, da Constituição Federal, para o caso de haver indícios de que determinado bem não está sendo destinado às finalidades essenciais da entidade, cabe ao fisco, no uso de seu poder de polícia, providenciar tal constatação e tomar as providências necessárias e não o contrário, como quer fazer crer a Municipalidade de São Bernardo do Campo.

O benefício constitucional só não seria aplicável na hipótese de destinação do imóvel diversa daquelas relacionadas com as finalidades essenciais da entidade, porém a demonstração de tal situação não constitui ônus à entidade que detém o favor constitucional.

Ademais, trata-se de instituição reconhecida regionalmente por sua atuação educacional.

Na verdade, a Constituição Federal, ao ressalvar a necessidade de observância, na utilização do patrimônio, das finalidades essenciais da entidade, o fez objetivando evitar o desvio dessas finalidades, de forma a burlar o fisco.

Assim, a imunidade prevista no art. 150, da Constituição Federal, possui efeitos imediatos e prescinde de requerimento e deferimento na esfera administrativa.

Acesso ao Sumário

Ainda que assim não fosse, conforme se vê do documento digitalizado na pág. 58, a Fundação Salvador Arena comprovou que foi reconhecido seu direito à imunidade do IPTU e isenção quanto às taxas de conservação de vias e logradouros, de coleta de lixo e de prevenção e extinção de incêndios, isso para o exercício de 2013, o que corrobora o entendimento de que, *a priori*, nada há que possa afastar seu direito a tais benefícios.

O documento de págs. 85/148, por sua vez, traz relatório detalhado de todas as atividades desenvolvidas pela entidade, o que demonstra, de plano, o zeloso cumprimento de sua finalidade estatutária.

Por conseguinte, vislumbra-se que a prova documental coligida aos autos revela que a recorrida preenche todos os requisitos insertos no art. 14, do CTN, configurando-se em entidade educacional e assistencial, sem fins lucrativos, não distribuindo qualquer parcela de seu patrimônio, sob nenhuma forma ou pretexto, além de aplicar integralmente no país os recursos na manutenção de seu objetivo institucional.

A respeito do requisito da ausência de fins lucrativos, assim, se posiciona Hugo de Brito Machado:

> ***"(...) são imunes o patrimônio, a renda e os serviços de todas as entidades na norma imunizante, que sejam sem fins lucrativos. O ser sem fins lucrativos é o único requisito essencial para o gozo da imunidade. Os requisitos que a lei pode estabelecer dizem respeito à demonstração daquele requisito essencial. Em outras palavras, os requisitos que a lei pode estabelecer dizem respeito ao modo de demonstrarem aquelas entidades a ausência de fins lucrativos".*** (Comentários ao Código Tributário Nacional. Vol. I, 2ª edição, p. 222).

Nesse sentido já se posicionou esta 18ª Câmara de Direito Público em acórdão de minha autoria:

> "**Apelação. Ação declaratória de imunidade tributária com pedido liminar – IPTU – Exercício de 2014 – Fundação – Entidade filantrópica voltada essencialmente à educação e à assistência social – Imunidade tributária caracterizada – Preenchimento dos requisitos legais – Inteligência do art. 150, VI, "b", e § 4º, da CF/88 e do art. 14, do Código Tributário Nacional – Ônus da prova que incumbia à Municipalidade – Inteligência do art. 333, inc. II, c.c parágrafo único, inc. II, do CPC – Precedentes desta C. 18ª Câmara – Sentença reformada – Recurso provido". (Apelação nº 1005128-34.2014.8.26.0053, j. 30/07/2015)**

No caso em apreço, entendo configurada a imunidade tributária diante da prova documental produzida, de plano, pela impetrante, cabendo à Municipalidade, se for o caso, demonstrar que a apelante não faz jus à imunidade

Acesso ao Sumário

tributária, nos termos do art. 333, II, do CPC.

Frisa-se, ainda, que não se mostra viável exigir da impetrante, ora apelada, prova no sentido de que a não emprega seus recursos nas finalidades sociais dispostas no estatuto, pois se criaria obstáculo excessivamente difícil a uma das partes a produção de tal prova, situação vedada pelo inciso II, do parágrafo único, do art. 333, do CPC.

Assim, outros fundamentos são dispensáveis diante de tudo quanto fora exposto, sendo, de rigor, a manutenção da sentença.

Ante o exposto, **mantém-se a sentença em reexame necessário e nega-se provimento** ao apelo da Municipalidade de São Bernardo do Campo.

Apelações/Reexames Necessários

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 0003837-74.2008.8.26.0619, da Comarca de Taquaritinga, em que são apelantes ÁLVARO GUILHERME SERÓDIO LOPES e JUÍZO "EX OFFICIO", são apelados JOSÉ PAULO DELGADO JÚNIOR, LUIZ TADEU GIOLLO e PREFEITURA MUNICIPAL DE TAQUARITINGA.

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 30.652)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EDUARDO GOUVÊA (Presidente) e LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA.

São Paulo, 17 de agosto de 2015.

MAGALHÃES COELHO, Relator

Ementa: AÇÃO POPULAR – Alegado prejuízo ao erário em virtude da incidência de juros de mora, diante da inércia no pagamento dos precatórios – Existência de "superávit" orçamentário e financeiro – Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos, etc.

I. Trata-se de ação popular ajuizada por **Álvaro Guilherme Seródio Lopes** em face de **José Paulo Delgado Júnior** e outros, objetivando a recuperação dos danos advindos aos cofres públicos e decorrentes da inadimplência de precatórios incluídos em orçamento, implicando no pagamento de juros de mora em prejuízo ao erário.

II. O pedido foi julgado improcedente, conforme artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil. Condenando o autor nas custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios fixados em R$ 1.000,00 (hum mil reais).

III. Inconformado, pugnou o Autor-popular pela reforma da sentença.

É o relatório.

Trata-se, como se vê, de recurso de apelação ofertado por Autor de ação popular que objetiva a recuperação dos danos advindos aos cofres públicos e decorrentes da inadimplência de precatórios incluídos em orçamento, implicando no pagamento de juros de mora em prejuízo ao erário e que julgada improcedente na origem.

O recurso merece provimento em relação ao corréu José Paulo Delgado Júnior, ex-prefeito municipal.

Anoto, de proêmio, a impossibilidade de se conhecer o pretendido aditamento da petição inicial veiculado nas razões de recurso, por evidente impropriedade técnica.

Com efeito, a prova documental encostada nos autos do processo torna induvidosos os contornos da matéria fática, quais sejam: a) a existência de precatórios não honrados nos exercícios referidos na petição inicial; b) da mesma forma a existência de "superávit" orçamentário naqueles exercícios; c) a documentação de intervenção no município, para a garantia de efetivações dos pagamentos.

Por outro lado, as escusas deduzidas em contestação e relacionadas à impossibilidade de pagamento, à vista da má gestão das contas públicas em administrações anteriores não são convincentes, mesmo porque a inadimplência das obrigações, verificou-se por vários e sucessivos anos, de modo a motivar diversas intervenções no Município de Taquaritinga, inclusive, no último ano da gestão do corréu.

Anoto, portanto, que a inércia não pode ser atribuída a gestores outros, na exata medida em que tendo o corréu assumido o comando político-administrativo do Município, a ele competia zelar pelas contas públicas.

Demais disso, como anotado tem-se como inconsistente as alegações de impossibilidade material de se honrar com as obrigações constitucionais, na

Acesso ao Sumário

exata medida em que a inadimplência não se limitou ao exercício de 2005, mas também em 2006, 2007 e 2008, implicando diversas ordens de intervenção no Município, o que, por si só, já caracteriza a ilicitude da conduta administrativa.

A tudo isso deve-se acrescer a reprovação das contas do Município pelo Tribunal de Contas do Estado e o reconhecimento de existência de "superávit" orçamentário e financeiro.

A conduta ímproba do corréu está, portanto, caracterizada e se traduz no reiterado e doloso descumprimento do art. 100, § 1º da Constituição Federal, de modo a implicar o pagamento de juros moratórios e, por via de consequência, onerar indevidamente os cofres públicos.

O pagamento não foi feito, relegando o administrador público a determinação judicial para o momento de sua arbitrária conveniência e ferindo, de modo grave, o Estado de Direito.

A alegação de que o Município não possui condições financeiras para arcar o pagamento é francamente leviana e irresponsável além evidentemente de ser escárnio com os administrados.

Com isso, o administrador violou e, de modo grave, o princípio da legalidade e da moralidade administrativa que lhe impõe o dever de gerir a coisa pública respaldado nos valores de ética, justiça e equidade como já anotei:

> *"O princípio da moralidade apareceu pela primeira vez na Constituição de 1988 como princípio expresso.*
>
> *Cuida-se de uma dimensão que se assenta no princípio da legalidade, mas num desdobramento que com ele não se confunde necessariamente.*
>
> *O jurista francês Hauriou é quem primeiro traçou os contornos da moralidade administrativa, asseverando:*
>
> *"Quant à la moralité administrative, son existence provient de ce que tout possédant une conduite pratique forcément la distinction du bien et du mal. Comme l'administration a une conduite, elle pratique cette distinction en même temps que celle du juste et de l'injuste, du licite et de l'illicite, de h'onorable ed du déshonorant, du convenable et de l'inconvenant. La moralité administrative est souvent plus exigeante que la légalité. Nous verrons que l'institution de l'excés de pouvoir, grace à laquelle sont annulés beacoup d'actes de l'Administration, est fondée autant sur la notion de la moralité administrative que sur celle de la légalité, de telle sorte que l'Administration est liée dans une certaine mesure par la morale juridique, particuliérement em ce qui concerne lê détournement de pouvoir."* (Droit Administratie et Druit Public – pág. 346/347 – 11ª edição – apud Lúcia Valle Figueiredo – obra citada – pág. 55 – 6ª edição – Malheiros Editores).
>
> *O princípio da moralidade administrativa relaciona-se com o dever de probidade do administrador público.*
>
> *Além de adstrita aos mandamentos legais, a administração pública*

encontra-se vinculada à moralidade.

Nem tudo o que é aparentemente legal, acha-se acobertado pela moralidade administrativa.

Aqui devemos estar um passo à frente da legalidade. Do administrador público exige-se mais do que o cumprimento da lei. Exige-se comportamento exemplar que não fira a moralidade administrativa, no sentido da boa administração.

A moralidade pode ser considerada uma dimensão da legalidade, mas com ela não se confunde necessariamente. A questão, aqui, está além do mero direito positivo na sistemática kelseniana. A moralidade é um valor constitucional de fundamento ético e para além do mero cumprimento da Lei. Se a conduta administrativa, ainda que em conformidade com a lei, ofende a idéia do bem gerir a coisa pública, da eqüidade, da justiça e os valores albergados no sistema constitucional, estará violando o princípio da moralidade.

O que importa notar, aqui, é que a moralidade administrativa não guarda necessária relação com a moral social de uma determinada época ou com princípios morais pessoais ou religiosos. O que deve ser ressaltado nesse aspecto é o dever da boa conduta administrativa.

Exemplificando, se em determinada conjuntura política e econômica na qual se impõem demasiados sacrifícios ao povo e opta o administrador pela construção de suntuosas sedes administrativas ou, ainda, por promover o socorro financeiro a grandes conglomerados econômicos, conquanto aparentemente legal a atuação administrativa, restará irremediavelmente malferido o princípio da moralidade."[1]

Violada a legalidade e a moralidade, resta também malferida a probidade administrativa que é consequência daqueles.

Acham-se, portanto, presentes os requisitos ensejadores da responsabilização do Agente político, quais sejam, a ilegalidade da conduta perpetrada e lesividade aos cofres públicos, por sua induvidosa oneração com pagamento de juros de mora.

Em arremate, caracterizados os atos ilícitos imputados ao agente político e os danos advindos aos cofres públicos pelo pagamento dos juros de mora impõe-se a sua responsabilização, com o dever de repará-los.

Anoto que se cuida de responsabilidade político-administrativa que cabe exclusivamente ao Prefeito Municipal como agente político e não a servidores públicos que cumprem as orientações emanadas da alta administração do Município.

Do mesmo modo, sendo o Município de Taquaritinga vítima da conduta ilícita do agente político, não lhe cabe, à evidência, qualquer condenação.

Daí o porquê, dá-se provimento ao recurso para condenar-se o corréu José

Acesso ao Sumário

1 Manual de Direito Administrativo, Editora Saraiva, 1ª edição, 2004, págs. 44/46.

Paulo Delgado Júnior, a reparar os danos advindos ao erário do Município de Taquaritinga, conforme resultar apurado em liquidação de sentença, com juros de mora da citação e correção monetária a partir do advento de cada ato lesivo.

Condeno o réu, outrossim, no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios que arbitro em R$ 5.000,00 (cinco mil reais).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 1021469-38.2014.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e JUÍZO "EX OFFICIO", é apelado N.S.C.

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 aos recursos. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.844)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CARLOS VIOLANTE (Presidente) e LUCIANA BRESCIANI.

São Paulo, 11 de setembro de 2015.

JOSÉ LUIZ GERMANO, Relator

Ementa: APELAÇÃO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATA CONSIDERADA INAPTA EM RAZÃO DO ALTO IMC. OBESIDADE MÓRBIDA NÃO ACOMPANHADA DE OUTRAS DOENÇAS INCAPACITANTES. A candidata foi reprovada em razão do IMC alto. Índice que não corresponde à realidade da saúde de uma pessoa. Não comprovação de incapacidade para o labor. Candidata que já é professora. Decisão de anulação do ato mantida. RECURSOS NÃO PROVIDOS.

VOTO

Trata-se de apelação interposta pela Fazenda Pública do Estado de São Paulo contra a r. sentença de fls. 146/147, cujo relatório se adota, que em mandado de segurança, julgou procedente o pedido e concedeu a segurança para anular o ato que considerou a impetrante inapta para assumir o cargo de professora, em razão de obesidade mórbida. Inconformada, apela a Fazenda Pública do

Acesso ao Sumário

Estado de São Paulo (fls. 163) alegando que a impetrante foi submetida a exame pericial, em 27.02.2014, para ingresso na carreira de professora; os exames não apresentaram anormalidades, porém seu IMC foi de 42,1, o que é considerado obesidade mórbida grau III, de modo que a impetrante não preencheu o pré-requisito constante no edital quanto ao IMC dentro do normal, tendo sido considerada não apta para ingressar na carreira pública. Aduz que a impetrante não comprovou possuir direito líquido e certo, de modo que não caberia mandado de segurança; que é requisito para o ingresso na carreira gozar de boa saúde e a candidata em questão apresenta obesidade mórbida, hipertensão arterial e comorbidades; que esse tipo de obesidade é considerada doença e não mero distúrbio sócio-comportamental; quer a reforma da sentença.

O parecer do Ministério Público está a fls. 187 e não há contrarrazões.

As partes foram intimadas para se manifestar acerca de eventual oposição ao julgamento virtual e se quedaram inertes (fls. 191).

É o relatório.

Os recursos não merecem provimento.

A impetrante, professora de educação básica I, prestou concurso para o ingresso na carreira pública no cargo de professora de educação básica II, tendo sido aprovada em todas as etapas, mas foi excluída do certame ao ser considerada inapta pela comissão médica, após constatação da existência da obesidade mórbida que possui.

Tendo ingressado com mandado de segurança, a sentença foi-lhe favorável, e essa se mantém.

Isso porque, a obesidade, por si só, não incapacita uma pessoa. Ao contrário. É muito comum vermos pessoas obesas que possuem exames de saúde com resultados muito melhores do que pessoas magras. A obesidade não é fator que isolado torna uma pessoa "doente". Bastando que os índices de pressão arterial, glicemia, ácidos, vitaminas, e outros, estejam em perfeitas condições, um obeso para levar uma vida quase sem limitações, igualmente a uma pessoa que está dentro do seu peso.

A impetrante, em especial, vem demonstrando essa capacidade plena de exercer sua profissão, pois já é professora de educação básica I, e não há nos autos notícias de que seja uma profissional ruim, em razão de seu IMC.

Muitos especialistas criticam o IMC como sendo geralmente inútil na avaliação da saúde[1]. Pelo IMC, um fisiculturista com peso de 120 kg e altura de 1,70m, apesar de apresentar um percentual de gordura bem reduzido, pode facilmente ser classificado como obeso grau II. Por outro lado, um triatleta ou maratonista pode ser enquadrado como desnutrido, pelo baixo peso em relação à altura.

Acesso ao Sumário

1 (Endereço eletrônico constante do texto original)

Para estimar o percentual de gordura, em geral, o cálculo do IMC apresenta acurácia reduzida de 50 a 70% em comparação a métodos padrão-ouro, como a pesagem hidrostática[2].

Desta forma, como podemos ver, o mais importante é como está a saúde da pessoa em geral, e não o seu IMC, que nem sempre corresponde à realidade em relação às taxas de exames.

Neste sentido outras decisões:

> Apelação Cível. Concurso Público para ingresso no Cargo de Professor de Educação Básica II. Eliminação do certame por inaptidão aferida no exame médico em razão de quadro de obesidade mórbida. Perícias médicas que concluíram pela boa saúde da autora, sem apontamento de comorbidades. Autora que é professora da rede pública estadual, em razão de contrato temporário. Ofensa ao princípio da razoabilidade e da proporcionalidade. Recurso voluntário do Estado desprovido. Danos materiais. Autora que insiste no pedido de condenação do Estado ao pagamento da remuneração que deixou de perceber no período. Inadmissibilidade, pela falta de contraprestação laboral. Precedentes. Recurso voluntário da autora desprovido. Recursos desprovidos. (Apelação Cível n° 1001050-60.2015.8.26.0053, relatora Luciana Bresciani).
>
> Agravo de Instrumento – Ação Ordinária – Insurgência contra decisão que deferiu a admissão do agravado no concurso que foi aprovado – O fato do agravado ser portador de obesidade, com o índice IMC elevado, por si só, não tem o condão de presumir que o mesmo não esteja em bom estado de saúde – Decisão Mantida – Recurso Improvido. (AGRAVO DE INSTRUMENTO nº 2065721-40.2015.8.26.0000, relator MAURÍCIO FIORITO)
>
> APELAÇÃO CÍVEL – Inaptidão em razão de obesidade grau III – Concurso público – Professor de Educação Básica II – Restrição que não se justifica – Obesidade que não limita nem compromete a capacidade funcional da autora – Ilicitude na exclusão do certame – Recurso da autora parcialmente provido. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 1010018-35.2014.8.26.0564, relatora Maria Laura Tavares).

Nessa toada, pertinente a transcrição do entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça no sentido de que "é incabível a eliminação de candidato considerado inapto em exame médico em concurso público por motivos de ordens abstrata e genérica, situadas no campo da probabilidade. Impõe-se que o laudo pericial discorra especificamente sobre a incompatibilidade da patologia constatada com as atribuições do cargo público pretendido. (RMS 26.101, Quinta Turma, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, j. 10/09/2009).

Acesso ao Sumário

2 (Endereço eletrônico constante do texto original)

Como diz Celso Antônio Bandeira de Mello (1978:24), as discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida, por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida. E acrescenta que, por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas.[3]

Em adição a tudo o que foi dito, é importante destacar que o cargo em questão exige mais atributos intelectuais e bem menos qualidades físicas. Se a professora fosse de educação física, a ponderação poderia ser outra.

Uma pessoa só é aprovada para ser policial com aptidão física bem acima da média. Porém, o ganho de peso que ocorre no decorrer dos anos não a torna incapaz e nem faz com que ela seja aposentada. Há vários policiais mais antigos bastante obesos e em plena atividade.

Com maior razão, é preciso cautela ao se considerar inapta uma pessoa para o cargo de professora só porque o seu índice de massa corporal está elevado.

E nem se diga que esta decisão é tomada pura e simplesmente por razões humanitárias, sem base técnica. Tanto há base e fundamento no que se afirma que a decisão médica pela inaptidão da candidata não foi unânime (fls. 121), tendo um dos três médicos a considerado apta, o que evidencia que é, no mínimo, discutível, o acerto da conclusão pericial.

Como disse a sentença, a candidata não sofre problemas de saúde. O que ela tem é peso excessivo, o que potencializa o surgimento de doenças. Mas é ilícito impedir o acesso a um cargo público pela probilidade que a pessoa tem de vir a tornar-se doente. Se o problema não é atual, mas futuro e incerto, também é preciso lembrar que a candidata pode vir a emagrecer, por métodos convencionais ou cirúrgicos, e frustrar todas essas previsões pessimistas sobre o futuro da sua saúde. Não pode a candidata ser eliminada por problemas que a rigor nem sequer existem.

Desta forma, não merece retoques a sentença.

Para fins de prequestionamento, observo que a solução da lide não passa necessariamente pela restante legislação invocada e não declinada. Equivale a dizer que se entende estar dando a adequada interpretação à legislação invocada pelas partes. Não se faz necessária a menção explícita de dispositivos, consoante entendimento consagrado no e. Superior Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, é negado provimento aos recursos.

3 In Di Pietro, Maria Silvia Zanella. Direito Administrativo. 14.ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 445.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 0005121-30.2012.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO e JUÍZO "EX OFFICIO", é apelada VIRGÍNIA SOFIA DURAN DE ROJAS.

ACORDAM, em 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.036)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MARIA OLÍVIA ALVES (Presidente sem voto), LEME DE CAMPOS e SIDNEY ROMANO DOS REIS.

São Paulo, 21 de setembro de 2015.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA

"Feira da Madrugada". Restabelecido da permissão cassada em razão de fiscalização onde apurada existência de mercadorias irregulares. Segurança concedida. Descabimento.

Apreensão, com identificação do proprietário dos bens, segundo lei local sobre a matéria. Observância do contraditório e da ampla defesa. Regularidade da mercadoria aprendida não evidenciada.

Ausência de direito líquido e certo a amparar.

Recursos providos.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de **apelação** e **reexame** de sentença (fls. 178/181) concedendo **mandado de segurança** (fls. 02/12) para restabelecimento de Termo de Permissão de Uso relativo ao box DA-41, do Complexo Novo Oriente de São Paulo - "Feira da Madrugada", cancelado nos termos da Portaria nº 16/SMSP/SEMDET/2011.

Sustentou a PMSP, em resumo, ser descabida a solução. Legalidade da fiscalização, coordenada pela Secretaria Municipal de Segurança Urbana, com participação da Secretaria Municipal de Coordenação das Subprefeituras (CCOI), agentes das polícias Federal e Estadual, Guarda Civil Metropolitana, Companhia de Engenharia de Tráfego, Receita Federal, Vigilância Sanitária,

Conselho Nacional de Combate à Pirataria, Fundação de Proteção ao Consumidor e por representantes do Ministério Público (GAECO). Constatou-se comércio de produtos pirateados, contrafeitos e de origem ilícita. Dada oportunidade à apelada, esta não logrou demonstrar a licitude dos produtos comercializados. Portaria nº 16/SMSP/SEMDET/2011 intimou todos os ambulantes flagrados pela fiscalização para apresentarem defesa antes do cancelamento do cadastro. Ausência de direito líquido e certo, ato calcado no poder de cautela. Impossibilidade de controle judicial do ato. Daí a reforma (fls. 189/194).

A impetrante desistiu da ação, após a prolação da sentença (fls. 186).

É o relatório.

2. Fundada a pretensão recursal.

Apresenta-se a impetrante como vendedora ambulante cadastrada, box nº DA-41, na "Feira da Madrugada", cujo TPU foi cancelado (fls. 18), nos termos da Portaria nº 16/SMSP/SEMDET/2011 e PA 2011-0.272.374-2 (fls. 97/106).

Acolhido pleito para ver mantida a permissão, insurgiu-se a PMSP, com razão.

Segundo conceitua o mestre **HELY LOPES MEIRELLES**:

> *"**Permissão** é o **ato administrativo negocial, discricionário e precário**, pelo qual o Poder Público faculta ao particular a execução de serviços de interesse coletivo, ou o **uso especial de bens públicos**, a título gratuito ou remunerado, **nas condições estabelecidas pela Administração**. Não se confunde com a concessão, nem com a autorização: a concessão é contrato administrativo bilateral; a autorização é ato administrativo unilateral. Pela concessão contrata- se um serviço de utilidade pública; pela autorização consente-se numa atividade ou situação de interesse exclusivo ou predominante do particular; **pela permissão faculta-se a realização de uma atividade de interesse concorrente do permitente, do permissionário e do público**."* (grifei – "Direito Administrativo Brasileiro" – Ed. Malheiros – 40ª ed. – 2014 – p. 205/206).

Não cuidou a impetrante de comprovar os fatos supostamente constitutivos de seu alegado **direito líquido e certo –** ilegalidade do ato de cassação.

Respeitado o douto entendimento do Magistrado *a quo*, (fls. 180), **não** se afigura razoável invalidar decisão de cancelamento da permissão.

Extrai-se da lição de **HELY LOPES MEIRELLES** que a *"... inobservância da forma vicia substancialmente o ato, tornando-o passível de invalidação, desde que necessária à sua perfeição e eficácia*." ("Direito Administrativo Brasileiro" – Ed. Malheiros – 40ª ed. – 2014 – p. 169).

Dispõe o **art. 14, da Lei Municipal nº 13.866/04** ao fixar as atribuições da Guarda Civil Metropolitana e disciplinar a fiscalização do comércio ambulante:

Acesso ao Sumário

"Todo material apreendido pela Guarda Civil Metropolitana deverá ser acondicionado, por servidor ocupante de cargo ou função de Agente de Apoio, em saco apropriado, sendo este fechado por lacre e imediatamente recolhido às dependências da Subprefeitura, a quem compete relacionar a quantidade de material apreendida, sua guarda e conservação, bem como adotar as demais providências daí decorrentes."

Procedimento, ao contrário do observado na decisão impugnada (fls. 179v), pautou-se pela **legalidade.**

Segundo informou a apelante (fls. 191), foram apreendidos, na fiscalização, quase seis milhões de produtos, acondicionados em sacos lacrados e identificados por lojas. Preservou-se, minimamente, a formalidade da apreensão, identificados os proprietários dos bens retidos (fls. 87/89 e 101).

No instaurado procedimento administrativo (fls. 97/106), resguardaram-se o direito à manifestação, contraditório e a ampla defesa (fls. 55/86). Nessa oportunidade, a apelada, não logrou provar a licitude dos bens comercializados, *"... consta que, na data de 26/08/2011, foram apreendidos itens registrados como contrafeitos e como sem especificação de origem tratando-se de roupas. A requerente anexou 29 (vinte e nove) notas fiscais, todas em endereços diversos ao do local do BOX*." (fls. 101).

Regularmente efetuada a apreensão, preservados os direitos constitucionais à ampla defesa e ao contraditório, sem se desincumbir a interessada do ônus de evidenciar a regularidade da mercadoria apreendida em seu estabelecimento, lastreou-se a edição do ato administrativo questionado em suficientes elementos de convicção.

Daí a inexistência de direito líquido e certo a amparar.

Inúmeros julgados referendam tal atitude:

"E, no presente caso, não há vícios. Houve a regular instauração do processo administrativo, nos termos da lei, dando-se a oportunidade ao contraditório e à ampla defesa, tudo de acordo com o artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal." (AC nº 0040226-05.2011.8.26.0053 – v.u. j. de 13.08.12 – Rel. Des. **FRANCO COCUZZA**).

"O ato de cassação, por sua vez, foi submetido à votação pela Comissão Permanente de Ambulantes instalada para análise das questões envolvendo os ambulantes da região, não havendo demonstração, dentro dos estreitos limites probatórios, de qualquer ilegalidade na composição e no funcionamento da referida comissão, que aprovou por maioria a cassação ora atacada (fls. 135/141)."

"Importante ressaltar que, diante das alegações de irregularidades feitas pelos ambulantes que tiveram seus termos de permissão e uso cassados por meio da Portaria 09/SP-JA/2011, DE 13.07.2001, a

Subprefeitura do Jabaquara publicou, em 20 de agosto de 2011, a Portaria 011/SP-JA/GAB/2011, suspendendo os efeitos da cassação até a apreciação das defesas administrativas, a serem apresentadas no prazo de quinze dias após nova notificação pessoal de cada ambulante indicando as irregularidades constatadas pela fiscalização (fls. 62).''

''Os documentos de fls. 63/65 indicam que o impetrante foi devidamente notificado e apresentou defesa, que foi conhecida, porém não provida, mantendo- se a decisão administrativa de cassação da permissão de uso. Respeitado, portanto, o direito de defesa do impetrante, que a exerceu de fato.'' (AC nº 0040225-20.2011.8.26.0053 – v.u. j. de 03.04.13 – Rel. Des. **OSVALDO DE OLIVEIRA**).

E ainda,

''Ao contrário do que alegou o impetrante a referida 'Comissão Permanente dos Ambulantes' prevista no art. 9º do Decreto nº 42.600/02, foi constituída, bem como foi cumprido o art. 21, que trata das revogações e cassações dos Termos de Permissão de Uso e impõe como condição de legalidade que seja previamente ouvida a Comissão Permanente de Ambulantes nas hipóteses de cassação (fls. 181/195), não havendo qualquer ilegalidade neste sentido.''

''É de se notar, portanto, que não restou demonstrada qualquer ilegalidade nos atos praticados pela Municipalidade, que consistiu em revogar o Termo de Permissão de Uso do impetrante.'' (AC nº 0018162-64.2012.8.26.0053 – v.u. j. de 08.04.13 – Rel. Des. **LEME DE CAMPOS**).

E:

''MANDADO DE SEGURANÇA – Comércio ambulante em via pública – Permissão de uso de bem público – Ato unilateral e discricionário, que pode ser modificado ou extinto a qualquer tempo, de forma a atender interesse da coletividade – Discricionariedade administrativa exercida nos limites da lei. Recurso improvido.'' (AC nº 594.691-5/9 – v.u. j. de 28.01.08 – Rel. Des. **CARLOS EDUARDO PACHI**).

No mesmo sentido: AC nº 929.171-5/1 – v.u. j. de 03.08.09 – de que fui Relator, dentre outros com igual dispositivo.

Daí a reforma para denegar a ordem.

Custas na forma da lei. Sem honorários.

3. Dou provimento aos recursos.

Acesso ao Sumário

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0049679-81.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 15ª 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: "Conheceram do conflito e declararam competente a Câmara suscitada, 13ª Câmara de Direito Público. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.939)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (Presidente), ANTONIO CARLOS MALHEIROS, RICARDO DIP, ERBETTA FILHO, ANTONIO MOLITERNO, TORRES DE CARVALHO, COIMBRA SCHMIDT, DANILO PANIZZA, SIDNEY ROMANO DOS REIS, FERMINO MAGNANI FILHO, RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO, ALVARO PASSOS, MOREIRA DE CARVALHO, LUIZ FELIPE NOGUEIRA, PAULO BARCELLOS GATTI, HENRIQUE HARRIS JÚNIOR, LUCIANA BRESCIANI, CRISTINA COTROFE e FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA.

São Paulo, 7 de agosto de 2015.

VENICIO SALLES, Relator

Ementa: Conflito de competência – agravo de instrumento interposto em sede de cumprimento de sentença – ação de cobrança de execução de contrato – matéria não relacionada a tributo municipal – competência da 13ª Câmara de Direito Público.

Julga-se procedente o conflito de competência, reconhecendo competente a E. Câmara suscitada, 13ª Câmara de Direito Público.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Cuida-se de conflito de competência suscitado nos autos de agravo de instrumento, interposto em face de decisão que rejeitou exceção de pré-executividade em cumprimento de sentença de ação de cobrança, ajuizada por Villanova Engenharia e Construções Ltda. em face da Municipalidade de São

Paulo.

A Egrégia 13ª Câmara de Direito Público não conheceu do recurso, determinando a redistribuição do feito. A 15º Câmara de Direito Público por sua vez, declinou da competência, suscitando o presente conflito, assentando que a matéria dos autos não esta relacionada a tributos municipais.

É o relatório.

2- Villa Nova Engenharia e Construção ajuizou ação de cobrança em face do Município de São Paulo pleiteando suposto pagamento devido na execução de contrato de execução de serviços gerais. A ação foi julgada improcedente em primeira instância. A decisão foi mantida pela 13ª Câmara de Direito Publico deste Tribunal, iniciando-se a fase de cumprimento de sentença. A executada apresentou exceção de pré-executividade, julgada improcedente. A Municipalidade de São Paulo interpôs agravo de instrumento contra a exceção, requerendo a condenação da excipiente em honorários advocatícios. O presente conflito de competência se refere ao agravo de instrumento interposto.

Pois bem.

O item II do art. 3º da Resolução nº 623/2013 deste E. Tribunal de Justiça confere às 14ª, 15ª e 18ª Câmaras de Direito Público, competência "preferencial para as ***ações relativas a tributos municipais*** e execuções fiscais municipais, tributárias ou não".

A questão da fixação da competência, conforme já pacificada em diversos julgados desta E. Turma Especial, é determinada pelo pedido e pelo objeto da demanda.

No caso dos autos o pedido de cobrança está atrelado a contrato de execução de serviços gerais. Não se formula pedido para a desconstituição de lançamento tributário. Assim, a inexistência de qualquer relação entre o objeto da demanda e a matéria de competência da Câmara suscitante é de se fixar a competência para julgamento do recurso a 13ª Câmara de Direito Público.

3- Ante o exposto, é de se declarar PROCEDENTE o conflito, para julgar competente para julgamento a E. 13ª Câmara de Direito Público.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0027383-65.2014.8.26.0000, da Comarca de Santo André, em que é suscitante 12ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, é suscitado 14ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

ACORDAM, em Turma Especial - Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram do conflito e declararam competente a 14ª Câmara de Direito Público. VU.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.220)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (Presidente), ANTONIO CARLOS MALHEIROS, RICARDO DIP, ERBETTA FILHO, TORRES DE CARVALHO, COIMBRA SCHMIDT, DANILO PANIZZA, SIDNEY ROMANO DOS REIS, VENICIO SALLES, FERMINO MAGNANI FILHO, RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO, ALVARO PASSOS, MOREIRA DE CARVALHO, LUIZ FELIPE NOGUEIRA, PAULO BARCELLOS GATTI, HENRIQUE HARRIS JÚNIOR, LUCIANA BRESCIANI, CRISTINA COTROFE e FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA.

São Paulo, 7 de agosto de 2015.

ANTONIO MOLITERNO, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Alegada prevenção da 12ª Câmara de Direito Público, decorrente do julgamento de apelação redistribuída com base na Resolução nº 542/2011 (Meta 2) do Órgão Especial do Tribunal de Justiça – Não configuração – Recurso primitivamente distribuído à 14ª Câmara de Direito Público, para Desembargador que se aposentou – Prevenção que não se rompe, independentemente da composição atual da Turma julgadora, pois a prevenção da Câmara se estabelece pela prevenção da cadeira do Relator – Agravo de Instrumento que deve ser distribuído para a 14ª Câmara de Direito Público, e direcionado para a cadeira vaga – Inteligência do art. 105, *caput* e § 1º, do Regimento Interno desta Egrégia Corte.

CONFLITO CONHECIDO PARA DECLARAR COMPETENTE A 14ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO (SUSCITADA).

VOTO

Vistos.

A Colenda **12ª Câmara de Direito Público** reconheceu sua incompetência para julgar o agravo de instrumento nº 0219410-17.2010.8.26.0000, interposto pelo Instituto Fleming de Análises Clínicas e Biológicas S/C Ltda. contra a

Acesso ao Sumário

r. decisão de fls. 172, que rejeitou a exceção de pré-executividade oposta na execução fiscal promovida pela Prefeitura Municipal de Santo André. Suscitou o presente conflito por entender que a competência para o julgamento do referido recurso é da Colenda **14ª Câmara de Direito Público**.

É o relatório.

O agravo de instrumento nº 0219410-17.2010.8.26.0000 foi, inicialmente, distribuído à 15ª Câmara de Direito Público, sendo relator sorteado o Des. ARTHUR DEL GUERCIO (fls. 242), que declinou de sua competência por entender que estaria prevento o então Juiz Substituto em Segundo Grau OSVALDO PALOTTI JUNIOR, Relator da Apelação nº 9066064-29.2006.8.26.000 (anterior 994.06.106819-0), onde apreciada a declaração de inexistência de débito de ISS (fls. 243/244).

A Egrégia Presidência da Seção de Direito Público acolheu a representação formulada e o recurso foi redistribuído, por prevenção, ao Des. OSVALDO PALOTTI JUNIOR, à época Juiz de Direito Substituto em Segundo Grau, integrando a 14ª Câmara de Direito Público (fls. 249) e respondendo pelo acervo relativo à cadeira do Des. CARLOS DE CARVALHO (aposentado - fls. 269). Em razão do disposto no art. 67, §1º, do Regimento Interno, os autos foram conclusos ao Des. GONÇALVES ROSTEY, que no despacho inicial denegou o efeito suspensivo e determinou o processamento do recurso (fls. 250). Apresentada a contraminuta, os autos foram conclusos ao então Juiz Substituto em Segundo Grau OSVALDO PALOTTI JUNIOR, que proferiu a seguinte decisão: "*1) Verifico que o presente recurso foi distribuído para a Cadeira ocupada pelo E. Desembargador Doutor Carlos de Carvalho, cujo Acervo não mais se encontra sob minha responsabilidade. Assim sendo, remetam-se os autos ao E. Desembargador Presidente da Seção de Direito Público, para as providências cabíveis. 2). Int.*" (fls. 269).

O Des. SAMUEL JUNIOR, então Presidente da Seção de Direito Público, decidiu: "*Vistos. Depreende-se dos autos que a Apelação nº 9066064-29.2006, ensejadora da prevenção suscitada pelo e. Des. Arthur Del Guercio, foi julgada pela C. 12ª Câmara de Direito Público, sob relatoria do e. Des. Wanderley Federighi. Nestas condições, efetivamente superada está a vinculação do e. Juiz Osvaldo Palotti, que assumia, em caráter precário, o acervo distribuído à cadeira do e. Des. Carlos de Carvalho, aposentado. Portanto, redistribuam-se os autos ao e. Des. Wanderley Federighi, para conhecimento e decisão, observando-se os termos da Resolução nº 542/2011 (META 2)*" (Fls. 272).

O recurso foi então novamente distribuído, por prevenção, para o Des. WANDERLEY FEDERIGHI, que também declinou da competência, e suscitou o presente conflito, com o fundamento de que a apelação nº 9066064-29.2006.8.26.0000 foi julgada através de v. acórdão de sua relatoria porque tal

recurso havia sido objeto de redistribuição com base na Resolução nº 542/2011, ou seja, para a normalização dos recursos da chamada META 2 do Conselho Nacional de Justiça (fls. 274/276).

Assiste razão à Câmara suscitante.

Em um primeiro momento, cabe excluir a competência da 12ª Câmara de Direito Público (suscitante), porque, como sabido, as redistribuições dos recursos objetos da Resolução nº 542/2011 não implicaram em alteração da competência de cada grupo de câmaras, nem geraram prevenção.

De outro lado, como a apelação nº 9066064-29.2006.8.26.0000 foi primitivamente distribuída ao Des. CARLOS EDUARDO DE CARVALHO (aposentado), quando integrava a 14ª Câmara de Direito Público, bem como o fato da controvérsia veiculada no agravo de instrumento nº 0219410-17.2010.8.26.0000 guardar vínculo com a matéria apreciada na referida apelação, tenho por preventa a **14ª Câmara de Direito Público**, mais especificamente a cadeira do Des. CARLOS DE CARVALHO, e independentemente da composição atual da Turma julgadora, pois a prevenção da Câmara se estabelece pela prevenção da cadeira do Relator, nos termos do art. 105, *caput* e § 1º, do Regimento Interno desta Egrégia Corte:

"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.

§ 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."

Diante do exposto, meu voto **conhece do conflito e declara competente a 14ª Câmara de Direito Público.**

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0040848-10.2015.8.26.0000, da Comarca de Ituverava, em que é suscitante 9ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO, é suscitado 8ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO.

ACORDAM, em Turma Especial - Publico do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram do conflito, declarando a

competência da 9ª Câmara de Direito Público para conhecer e julgar o recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14.190)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (Presidente), ANTONIO CARLOS MALHEIROS, RICARDO DIP, ERBETTA FILHO, ANTONIO MOLITERNO, TORRES DE CARVALHO, COIMBRA SCHMIDT, DANILO PANIZZA, SIDNEY ROMANO DOS REIS, VENICIO SALLES, FERMINO MAGNANI FILHO, RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO, ALVARO PASSOS, MOREIRA DE CARVALHO, PAULO BARCELLOS GATTI, HENRIQUE HARRIS JÚNIOR, LUCIANA BRESCIANI, CRISTINA COTROFE e FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA.

São Paulo, 7 de agosto de 2015.

LUIZ FELIPE NOGUEIRA, Relator

Ementa: Competência da Turma Especial – Apreciação de dúvidas e conflitos entre Câmaras e Grupo de Câmaras – Artigos 32, IV, e 200 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo – Interpretação extensiva da norma regimental, conforme precedentes desta Turma Especial, permitindo o conhecimento do conflito suscitado, no caso, entre Câmara e Desembargador.

Ação Civil Pública – Improbidade administrativa – Apelação distribuída por prevenção à Colenda 8ª Câmara de Direito Público (suscitada), sob relatoria de Desembargador declarado impedido – Redistribuição à Colenda 9ª Câmara de Direito Público (suscitante), nos termos do art. 181, § 2º, do Regimento Interno – Conflito de competência conhecido e improvido, declarando a competência da Colenda 9ª Câmara de Direito Público.

Conheço do conflito, declarando a competência da 9ª Câmara de Direito Público para conhecer e julgar o recurso.

VOTO

RELATÓRIO.

Ação civil pública, proposta pelo Ministério Público de São Paulo em

face de Lúcio Adalberto Lima Machado, Lauro Afonso Lima Machado, Marco Antônio dos Anjos Aguiar e Mauro Mamoru Shiratsuchi, em razão de prática de atos que configurariam improbidade administrativa.

O pedido foi julgado procedente, condenando os requeridos conforme o disposto na Constituição Federal e Leis nºs 7.347/87 e 8.429/92 (fls. 2293/2334), decisão contra a qual foram interpostos recursos de apelação (fls. 2346/2361, 2367/1378 e 2380/2409). Contrarrazões às fls. 2457/2458.

Os autos foram distribuídos neste Tribunal à c. 8ª Câmara de Direito Público, por prevenção ao órgão, ao Exmo. Sr. Des. Jarbas Gomes, que representou ao Exmo. Sr. Des. Presidente da Seção de Direito Público para redistribuição do feito, ressaltando seu impedimento para o julgamento, em razão de sua anterior atuação como Procurador de Justiça na demanda (fl. 2469).

Por determinação da Presidência, os autos, então, foram redistribuídos, nos termos do art. 181, § 2º, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, à c. 9ª Câmara de Direito Público, sob relatoria do Exmo. Sr. Des. José Maria Câmara Júnior, que, pelo r. *decisum* de fls. 2474/2475, suscitou conflito de competência perante esta Turma Especial de Direito Público, com base no art. 32, IV, do Regimento Interno, sob o fundamento de que, não obstante o impedimento do Exmo. Sr. Des. Jarbas Gomes, o feito deveria ter sido redistribuído a um dos outros nobres magistrados da c. 8ª Câmara de Direito Público, tendo em vista a prevenção deste órgão fracionário.

O conflito de competência foi remetido a esta Turma Especial para julgamento.

FUNDAMENTO E DECIDO.

De proêmio, cumpre algumas considerações sobre a competência da Turma Especial.

Dentre outras matérias, compete à Turma Especial a apreciação dos conflitos de competência suscitados **entre Câmaras** de uma Seção.

Com efeito, o art. 32, IV, do Regimento Interno possui a seguinte redação:

Art. 32. Compete às Turmas Especiais: I - a uniformização da jurisprudência; II - a assunção de competência prevista na lei processual civil (artigo 555, § 1º, do CPC); III - as reclamações relativas a seus acórdãos; ***IV - as dúvidas e conflitos entre suas Câmaras e Grupos de Câmaras.***

Acesso ao Sumário

O art. 200 do Regimento Interno, por sua vez, assim dispõe:

Art. 200. O conflito de competência será dirimido pelo Órgão Especial ou, se circunscrita a uma das Seções ou Subseções, pelas Turmas Especiais, podendo ser suscitado pelos Presidentes de Seção, pelos órgãos fracionários do Tribunal, pelo Ministério Público e pela parte ou por terceiro prejudicado.

Peço vênia para transcrever trecho de precedente desta c. Turma Especial,

que bem delimita a matéria de sua competência:

Turma Especial. Competência. Nos termos do art.197 do Regimento Interno, compete à Turma Especial a apreciação dos conflitos de competência suscitados pelos órgãos fracionários da própria Seção. Embora a disposição não indique a natureza do órgão suscitado, é implícito caber à Turma Especial a apreciação de conflitos entre câmaras, não entre câmara e desembargador; pois diferente a posição do órgão singular e do órgão colegiado, e porque o conflito só estará estabelecido se o colegiado referendar a decisão singular do desembargador que o compõe. O art. 197, complementado pelo art. 32 IV, pressupõe a existência de conflito entre câmaras, não entre câmara e desembargador, ou entre desembargadores (Conflito de Competência nº 990.10.232531-8, Relator Des. Torres de Carvalho, julgado em 17.09.2010).

Na hipótese dos autos, o que se verifica é um conflito suscitado pela 9ª Câmara de Direito Público em face de decisão da Presidência do Direito Público que, após representação do Exmo. Sr. Des. Jarbas Gomes, determinou a redistribuição do feito, aplicando o art. 181, § 2º, do Regimento Interno, de modo que, *a priori*, não seria o caso de submissão da questão à apreciação da Turma Especial.

Não obstante, atento aos precedentes desta c. Turma Especial[1] e concordando com os fundamentos na oportunidade lançados, entendo possível uma interpretação extensiva do art. 32, IV, do Regimento Interno, para admitir o julgamento do presente conflito de competência, evitando-se maior demora na resolução da matéria de fundo, bem como maior prejuízo às partes.

Feitas estas considerações, o conflito é conhecido, sendo declarada a competência da c. 9ª Câmara de Direito Público, pelas razões a seguir expostas.

Os recursos de apelação, inicialmente, foram distribuídos à c. 8ª Câmara de Direito Público por prevenção ao Agravo de Instrumento nº 902.4943-89.2004[2].

Sorteado dentro do órgão como relator, o Exmo. Sr. Des. Jarbas Gomes declarou-se impedido em razão de sua atuação anterior como Procurador de Justiça, representando à Presidência de Direito Público para redistribuição.

O Exmo. Sr. Presidente da Seção de Direito Público, desembargador Ricardo Anafe, determinou a redistribuição do feito, nos moldes do art. 181, § 2º do Regimento Interno, que assim prevê:

Art. 181. Os feitos serão distribuídos aos desembargadores em audiência pública designada em dias certos da semana, segundo as cadeiras que ocupam

1 Conflito de competência nº 990.10.232531-8, relator Torres de Carvalho, j. 17.09.2010 Conflito de competência nº 0267925-49.2011.8.26.0000, relator Ricardo Anafe, j. 10.02.2012 Conflito de competência nº 0196864-60.2013.8.26.0000, relator Ricardo Anafe, j. 13.12.2013.

2 Agravo de Instrumento nº 9024943-89.2004.8.26.0000, relator Celso Bonilha, j. 20.10.2004.

Acesso ao Sumário

nos órgãos julgadores, mediante sorteio, de forma ininterrupta e paritária, respeitadas prevenções e impedimentos, conforme a respectiva classe.

(...)

§ 2º Evitar-se-á distribuição a órgão julgador fracionário em que haja desembargador impedido.

Assim, os autos foram redistribuídos à c. 9ª Câmara de Direito Público, sob relatoria do Exmo. Sr. Des. José Maria Câmara Júnior, que suscitou conflito de competência, pois, não obstante o impedimento do Exmo. Sr. Des. Jarbas Gomes, a c. 8ª Câmara de Direito Público continuaria preventa.

Contudo, respeitados os argumentos da Câmara suscitante, a aplicação da norma regimental (art. 181, § 2º, do RI) se mostra adequada, na medida em que preserva a imparcialidade do órgão julgador, sendo essa, a meu ver, a correta interpretação teleológica.

Observe-se, ademais, a clareza do texto em referência, o já declinado art. 181, § 2º, do RI desta Corte: basta um Desembargador impedido para excluir a competência de Câmara, imperativo que, salvo melhor juízo, afasta a regra de incidência da prevenção, menos relevante no embate entre ambas; mesmo porque a possibilidade de sucessão de recursos poderá gerar nova perspectiva de impedimento de um dos julgadores.

Cumpre ressaltar que o Agravo de Instrumento gerador da prevenção teve participação dos Desembargadores Celso Bonilha, Toledo Silva e José Santana, magistrados que não mais têm assento na c. 8ª Câmara de Direito Público.

Destarte, respeitados os argumentos expendidos no voto da c. 9ª Câmara de Direito Público, ora suscitante, entendo de rigor a permanência do feito sob sua apreciação, para conhecimento e julgamento.

POSTO ISTO, pelo meu voto, **CONHEÇO DO CONFLITO DE COMPETÊNCIA**, devendo os autos permanecer na c. 9ª Câmara de Direito Público, competente para conhecer e julgar o recurso.

Acesso ao Sumário

Embargos de Declaração

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 1015303-87.2014.8.26.0053/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante ELIANDRO LUIS FERREIRA, é embargado FAZENDA

PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Embargos de declaração parcialmente acolhidos por V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.630)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores XAVIER DE AQUINO (Presidente), DANILO PANIZZA e ALIENDE RIBEIRO.

São Paulo, 23 de setembro de 2015.

XAVIER DE AQUINO, Relator

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – ERRO MATERIAL – Ocorrência – Acórdão que fez constar referência estranha à parte, quando deveria ficar consignado o nome correto do cargo de "agente de segurança penitenciária" – Correção determinada para esse fim.

Quanto ao índice aplicável à correção monetária, pretende a parte a reapreciação da matéria enfocada na decisão atacada. Embargos são meramente declaratórios, o que vale dizer que eles não têm caráter de infringência, daí por que não podem modificar, corrigir, reduzir e tampouco aumentar aquilo que já foi julgado.

ACOLHEM-SE PARCIALMENTE OS EMBARGOS, SOMENTE PARA CORRIGIR O ERRO MATERIAL, SEM EFEITOS INFRINGENTES.

VOTO

Trata-se de EMBARGOS DE DECLARAÇÃO opostos contra o V. Acórdão de fls. 222/234, por ELIANDRO LUIS FERREIRA e OUTROS, objetivando esclarecer suposto erro material no v. acórdão, bem como para rediscussão dos termos fixados quanto ao índice aplicado à correção monetária.

É o relatório.

O V. Acórdão ostenta, em verdade, erro material quando trata os autores, Agentes de Segurança Penitenciária, como se Policiais Militares fossem. De fato, constou indevidamente da ementa e de trechos do acórdão, referência às partes como "policiais militares", o que fica agora determinado para restar devidamente consignado e corrigido:

"DIREITO ADMINISTRATIVO – "ADICIONAL DE LOCALIDADE DE

EXERCICIO - ALE" – AGENTES DE SEGURANÇA PENITENCIÁRIA – ATIVOS – INCORPORAÇÃO AO SALÁRIO BASE – DIREITO – EXISTÊNCIA (fls. 224). (...)

Os autores, Agentes de Segurança Penitenciária, objetivam (...) (fls. 226)."

Há que se ressaltar, no entanto, que a referida correção de erro material, apontada nos presentes embargos declaratórios, não acarreta qualquer efeito modificativo ao decidido.

Quanto à alegação de ser inaplicável a Lei Federal nº 11960/09 para fins de correção monetária, o que pretende a parte na realidade é a reapreciação da matéria enfocada na decisão atacada.

Assim, nesta hipótese, "*não pode ser conhecido recurso que sob o rótulo de embargos declaratórios, pretende substituir a decisão recorrida por outra. Os embargos declaratórios são apelos de integração, não de substituição*" (STJ, EDcl no REsp n. 9.770/RS, 1ª Turma, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 20.05.92).

Como é cediço e o próprio nome do recurso está a indicar, os embargos são meramente declaratórios, o que vale dizer não terem eles caráter de infringência, daí por que não podem modificar, corrigir, reduzir e tampouco aumentar aquilo que já foi julgado.

De fato, os embargos não podem alterar ou modificar o *decisum* em sua essência. É que eles têm finalidade somente de esclarecer, e esclarecer, segundo o saudoso mestre EDGARD MAGALHÃES NORONHA, "não é modificar, alterar, mudar ou corrigir. Eles não suprimem nem adicionam, mas confirmam, esclarecendo" (*in* "Curso de Direito Processual Penal", Editora Saraiva, 1992, p. 376).

Já tivemos oportunidade de escrever com JOSÉ RENATO NALINI que "*a decisão deve ser esclarecida nos seguintes casos: a) quando obscura, isto é, não clara na expressão, de forma a dificultar apreender o pensamento do julgador; b) omissa, ou seja, quando o juiz silenciou sobre o que deveria se manifestar; c) contraditória, se suas proposições se repelem, não se harmonizando a conclusão com os motivos decisórios; d) ou, finalmente, se ambígua, dela decorrendo dúvidas ou incertezas.*" (**in**: "Manual de Processo Penal", 2ª ed., Editora RT, 2005, págs. 385/386).

Saliente-se que citadas lições, embora inerentes ao processo penal, guardam mesma similitude do processo civil, razão pela qual foram aqui colacionadas.

Ficam prequestionados todos os dispositivos legais levantados pelas partes.

Isto posto, acolhem-se parcialmente os embargos opostos, somente para

corrigir o erro material, sem efeitos infringentes.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 1050355-47.2014.8.26.0053/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante/embargado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é embargado/embargante MARIA LUISA DE OLIVEIRA CASTRO VALENTINI 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: Acolheram os embargos de declaração das rés e rejeitaram os embargos de declaração dos autores, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13.235)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores XAVIER DE AQUINO (Presidente sem voto), DANILO PANIZZA e LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ.

São Paulo, 17 de agosto de 2015.

ALIENDE RIBEIRO, Relator

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – Omissão – Falta declaração de voto vencido – Erro material – Ocorrência – Aplicação da Lei nº 11.960/09 no que se refere à correção monetária e os juros dos valores atrasados – Decisão quanto aos juros que acolhe a orientação do Colendo Superior Tribunal de Justiça – Recurso das rés acolhido e desacolhido o recurso dos autores.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Embargos declaratórios opostos por **Fazenda do Estado de São Paulo e São Paulo Previdência – SPPREV** e por **Maria Luisa de Oliveira Castro Valentini e Outros**, nos termos do artigo 535, I, do Código de Processo Civil, em face do v. acórdão de folhas 297/303, o qual, por maioria, deu provimento ao recurso dos autores, vencido o relator sorteado.

O primeiro recurso, da Fazenda do Estado de São Paulo e da São Paulo Previdência S/A, busca o acolhimento, postulando a juntada aos autos do voto

vencido, proferido na sessão de julgamento, de modo a possibilitar a análise do alcance da divergência e a eventual interposição de embargos infringentes.

O segundo recurso, dos autores, busca o acolhimento, para sanar obscuridade existente no acórdão, de modo que sejam fixados expressamente os parâmetros observáveis para correção monetária e juros de mora, afastando-se, bem como, a incidência do teor da decisão proferida na modulação de efeitos.

É o relatório.

Os embargos declaratórios manejados pela Fazenda do Estado de São Paulo e São Paulo Previdência S/A ficam acolhidos, por faltar ao aresto embargado a declaração de voto vencido.

Assim, necessária se faz a declaração do julgado, com a juntada aos autos da declaração de voto vencido do E. Relator sorteado.

Com relação aos embargos de declaração opostos pelos autores, não há como serem acolhidos, pois não se revestem do vício da obscuridade ou contradição.

Constou do v. acórdão que: "*As diferenças apuradas, respeitada a prescrição quinquenal, serão acrescidas de juros moratórios, devidos a partir da citação, e correção monetária, incidente a partir do vencimento de cada parcela, tudo nos termos determinados pelo C. STF na modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade nas ADIns nº 4.357 e 4.425 e do que venha a ser decidido no tema de repercussão geral nº 810*."

Com efeito, não se desconhece o teor da modulação dos efeitos das referidas ações de inconstitucionalidade, razão pela qual foi determinada a aplicação do tema de repercussão geral nº 810, destinado especificamente para a definição das questões postas pelos embargantes.

Nesse contexto apresentam caráter infringente que somente poderia ser aceito excepcionalmente, em casos de erro material evidente ou de manifesta nulidade do acórdão. Injustificável a sua utilização com o propósito de questionar a correção do julgado, como no presente caso.

Neste sentido recente julgamento deste E. Tribunal, da C. 11ª Câmara de Direito Público, com a seguinte ementa:

> "1. *A discordância com os maus ou bons fundamentos de uma decisão pode autorizar embargos infringentes, mas não viabiliza o recurso aclaratório.*
>
> 2. A contradição a autorizar os embargos declarativos é aquela que importa em oponibilidade do julgado consigo próprio, "jamais a contradição com a lei ou com o entendimento da parte" (ED no REsp 218.528 - STJ - 4ª Turma - Ministro Cesar Asfor Rocha).
>
> 3. "É incabível, nos declaratórios, rever a decisão anterior, reexaminando

Acesso ao Sumário

ponto sobre o qual já houve pronunciamento, com inversão, em conseqüência, do resultado final. Nesse caso, há alteração substancial do julgado, o que foge ao disposto no artigo 535 e incisos do CPC" (ED no REsp 44.500 – Min. Eliana Calmon, STJ)" – (**em Embargos de Declaração nº 990.10.126152-9/50001 – Rel. Des. Ricardo Dip – 11ª Câmara – j. em 18.10.2010 com a participação dos Desembargadores Pires de Araújo e Aliende Ribeiro - v.u.**).

Relembre-se que nos embargos de declaração, ainda que com fim único de prequestionamento, devem-se observar os limites expressos no artigo 535, do CPC, mesmo porque "o juiz não está obrigado a responder todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundar a decisão, nem se obriga a ater-se aos fundamentos indicados por elas e tampouco a responder um a um todos os seus argumentos" (RJTJESP 115/207).

Enfim, inocorreu recusa de vigência a quaisquer dos dispositivos legais mencionados.

Resultado do julgamento: acolheram os embargos da Fazenda do Estado de São Paulo e da São Paulo Previdência – SPPREV e negaram provimento aos embargos de declaração dos autores.

Reexames Necessários

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Reexame Necessário nº 1003525-22.2014.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante JUÍZO DE OFÍCIO, é requerido JOSUÉ VALADÃO SIMÕES (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao reexame necessário. V.U. Sustentou oralmente o advogado OCTAVIO RULLI", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 7.663)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SOUZA MEIRELLES (Presidente) e FERRAZ DE ARRUDA.

São Paulo, 16 de setembro de 2015.

FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – SUSPENSÃO TEMPORÁRIA DO DIREITO DE DIRIGIR. PROCESSO ADMINISTRATIVO AINDA NÃO TRANSITADO EM JULGADO. RENOVAÇÃO DA CNH ENQUANTO PENDENTE RECURSO NA ESFERA ADMINISTRATIVA – POSSIBILIDADE – ÓBICE À RENOVAÇÃO DA HABILITAÇÃO APENAS PODE SER IMPOSTO APÓS TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO QUE NA ESFERA ADMINISTRATIVA IMPÔS A PENA AO INFRATOR. IMPOSIÇÃO DE PENALIDADE, SEM A GARANTIA DO DIREITO À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO – ILEGALIDADE – VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 5º, INCISO LV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E 265 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 290, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CTB E ART. 24 DA RESOLUÇÃO CONTRAN Nº 182/05.

SEGURANÇA CONCEDIDA NA ORIGEM. R. SENTENÇA MANTIDA. REEXAME NECESSÁRIO IMPROVIDO.

VOTO

Vistos.

Cuida-se de mandado de segurança impetrado por Josué Valadão Simões contra ato do Diretor da 15ª CIRETRAN, autoridade pertencente ao DETRAN/SP – Departamento Estadual de Trânsito, consistente no impedimento à renovação de sua Carteira Nacional de Habilitação antes de proferida decisão definitiva no processo de suspensão do direito de dirigir veículos automotores. Buscou vias administrativas, mas seu pedido, sob protocolo nº 453/14 em 15.01.14, não foi apreciado até o momento do ajuizamento da ação, sendo certo que a Lei Estadual nº 10.294/99 determina que a apreciação deve ser feita em até cinco dias. Argumenta estar sendo punido antecipadamente, clara afronta ao seu direito de ampla defesa. Pede, liminarmente, seja retirada qualquer restrição da habilitação do Impetrante enquanto não concluído o procedimento administrativo, e ao final, a concessão da segurança, para que não seja inserida nenhuma restrição em sua habilitação antes de concluído o procedimento administrativo em última instância ou até que ocorra coisa julgada administrativa.

Foi deferida liminar para determinar à autoridade impetrada que

Acesso ao Sumário

não impeça a renovação da Carteira Nacional de Habilitação do impetrante por conta de penalidade aplicada em processo administrativo no qual ainda não há decisão definitiva (fls. 67), deferida, ainda, a gratuidade processual. Seguiram-se as informações da autoridade coatora (fls. 85/87) e manifestação do Ministério Público indicando que declina de atuar no feito (fls. 91).

Sobreveio a r. sentença de fls. 97/100, que concedeu a segurança, tornando definitiva a liminar, determinando que a autoridade impetrada não impeça a renovação da Carteira de Habilitação do impetrante, por conta das pontuações discutas no Procedimento Administrativo de protocolo nº 453/14, enquanto não houver, no referido procedimento, decisão administrativa definitiva. Sem honorários advocatícios nos termos das Súmulas 512 do C. STF e 105 do C. STJ.

Não houve recurso voluntário (fls. 106).

É o relatório.

De início, observo estar interposto recurso oficial, por força do parágrafo primeiro do art. 14 da Lei nº 12.016/09.

Pretende o impetrante com a presente ação mandamental o desbloqueio de seu prontuário, para assim, obter a renovação de sua Carteira Nacional de Habilitação, enquanto pendente o procedimento administrativo de nº 453/14.

O saudoso mestre Hely Lopes Meirelles conceitua o remédio heroico da seguinte forma, *verbis*:

> *"o meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para a proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça" (MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de segurança e Ações Constitucionais. 35. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 28/29.)*

Para concessão de mandado de segurança há necessidade de existência de direito líquido e certo. Ainda segundo Hely Lopes Meirelles:

> *"**Direito Líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração**. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa, se sua extensão ainda não estiver delimitada, se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais." (MEIRELLES, Hely Lopes.*

Acesso ao Sumário

Mandado de segurança e Ações Constitucionais. 35. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 37).

E neste sentido pontuam Theotonio Negrão, José Roberto F. Gouvêa, Luis Guilherme A. Bondioli e João Francisco Naves da Fonseca, em sua obra Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 46ª ed., Saraiva, 2014, pág. 1823, nota 10a:

> ***"Direito Líquido e certo é o que resulta de fato certo, e fato certo é aquele capaz de ser comprovado de plano*** *(RSTJ 4/1.427, 27/140, 147/386),* ***por documento inequívoco*** *(RTJ 83/130, 83/855, RSTJ 27/169, 55/325, 129/72),* ***e independente de exame técnico*** *(RTFR).* ***É necessário que o pedido esteja apoiado 'em fatos incontroversos, e não em fatos complexos, que reclamam produção e cotejo de provas'*** *(RTJ 124/948). No mesmo sentido: RSTJ 154/150; STJ-RT 676/187. S/ recurso especial, nessa hipótese, v. RISTJ 255, nota 4-Mandado de Segurança."*

No presente caso a manutenção da r. sentença é medida que se impõe, inclusive por não haver sequer resistência do impetrado, que deixou de recorrer da r. sentença concessiva.

Com efeito, denota-se das informações da autoridade apontada como coatora (fls. 85/87), que o Procedimento Administrativo envolvendo o impetrante efetivamente não se findou.

Neste giro, inexiste motivo para aplicação de pena de suspensão do direito de dirigir veículos automotores, sem antes terem sido esgotados todos os meios cabíveis para discussão de tal penalidade, sob pena de afronta ao princípio constitucional inserido no artigo 5º, inciso IV, da Constituição Federal.

Tendo em vista o ocorrido, certo é que a autoridade coatora também infringiu o disposto no art. 265 do Código de Trânsito Brasileiro, segundo o qual "*as penalidades de suspensão do direito de dirigir e de cassação do documento de habilitação serão aplicadas em decisão fundamentada da autoridade de trânsito competente, em processo administrativo, assegurado ao infrator amplo direito de defesa*".

Acesso ao Sumário

Com efeito, o Código de Trânsito Brasileiro, em seu art. 290, parágrafo único, prevê que as penalidades aplicadas nos termos daquele diploma legal serão cadastrados no RENACH, após **esgotados os recursos administrativos**, *verbis*:

> *"Art. 290. A apreciação do recurso previsto no art. 288 encerra a instância administrativa de julgamento de infrações e penalidades.*
>
> *Parágrafo único. Esgotados os recursos, as penalidades aplicadas nos termos deste Código serão cadastradas no RENACH."*

Neste sentido também a Resolução CONTRAN nº 182/05*, verbis:*

Art. 19. Mantida a penalidade pelos órgãos recursais ou não havendo interposição de recurso, a autoridade de trânsito notificará o infrator, utilizando o mesmo procedimento dos §§ 1º e 2º do art. 10 desta Resolução, para entregar sua CNH até a data do término do prazo constante na notificação, que não será inferior a 48 (quarenta e oito) horas, contadas a partir da notificação, sob as penas da lei.

§ 1º. Encerrado o prazo previsto no caput deste artigo, a imposição da penalidade será inscrita no RENACH.

§ 2º. Será anotada no RENACH a data do início do efetivo cumprimento da penalidade.

§ 3º. Sendo o infrator flagrado conduzindo veículo, encerrado o prazo para a entrega da CNH, será instaurado processo administrativo de cassação do direito de dirigir, nos termos do inciso I do artigo 263 do CTB.

(...)

Art. 24. ***No curso do processo administrativo de que trata esta Resolução não incidirá nenhuma restrição no prontuário do infrator, inclusive para fins de mudança de categoria da CNH, renovação e transferência para outra unidade da Federação, até a notificação para a entrega da CNH, de que trata o art. 19.***

Verifica-se, assim, que os procedimentos administrativos descritos no presente voto não respeitaram os princípios constitucionais do direito à ampla defesa e ao contraditório, haja vista que, sem ter completado todas as possíveis discussões da matéria, foi imposta ao impetrante a questionada penalidade. Nesta conjuntura, de rigor a manutenção da r. sentença concessiva da segurança.

Aliás, neste sentido já decidiu o E. STJ:

ADMINISTRATIVO. TRÂNSITO. ACÚMULO DE PONTOS NA CNH. SUSPENSAO DO DIREITO DE DIRIGIR. NECESSIDADE DE ENCERRAMENTO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. INTERPRETAÇAO CONJUGADA DO ***CTB*** *E DA RESOLUÇAO Nº 182/05 DO CONTRAN. 1. Enquanto pendente de julgamento recurso em processo administrativo para suspensão do direito de dirigir, não incidirá nenhuma restrição no prontuário do infrator, inclusive para fins de renovação da CNH. Interpretação conjugada do art.* ***290****,* ***parágrafo único****, do* ***CTB*** *e do art. 24 da Resolução nº 182/05 do Contran. 2. Recurso especial improvido. (STJ, REsp Nº. 852.374/RS; Relator Min CASTRO MEIRA, 2ª Turma, Julgamento em 19.9.2006).*

E também há precedentes desta C. Câmara na mesma esteira:

MANDADO DE SEGURANÇA – RENOVAÇÃO DE CNH – DEFESA PRÉVIA INTERPOSTA CONTRA A IMPOSIÇÃO DE PENALIDADE

Acesso ao Sumário

DE SUSPENSÃO DO DIREITO DE DIRIGIR – INTELIGÊNCIA DO DISPOSTO NO ARTIGO 24, DA RESOLUÇÃO CONTRAN Nº 182/05 – POSSIBILIDADE DE RENOVAÇÃO DA CNH ATÉ QUE A DECISÃO PROFERIDA NO PROCESSO ADMINSTRATIVO SE TORNE DEFINITIVA – SENTENÇA CONCESSIVA MANTIDA – PRECURSO DESPROVIDO, COM OBSERVAÇÃO. (Ap: 0042991-74.2013.8.26.0506 Relator(a): Ferraz de Arruda; Comarca: Ribeirão Preto; Órgão julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 20/05/2015; Data de registro: 22/05/2015)

Reexame necessário – Mandado de Segurança – Pretensão ao desbloqueio de prontuário para fins de renovação de CNH – Ordem concedida – Cabimento – Impossibilidade de imposição de penalidade antes do trânsito em julgado do procedimento administrativo – Inteligência do art. 290, parágrafo único do CTB e art. 24 da Resolução CONTRAN nº 182/05 – Precedentes do A. STJ e desta C. Câmara – Sentença mantida. Reexame necessário desprovido. (Reexame Necessário: 0059148-25.2013.8.26.0506 Relator(a): Souza Meirelles; Comarca: Ribeirão Preto; Órgão julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 15/04/2015; Data de registro: 16/04/2015)

MANDADO DE SEGURANÇA – Bloqueio de Carteira Nacional de Habilitação – Renovação – Impedimento – Imposição de penalidade sem a garantia do direito à ampla defesa e ao contraditório – Ilegalidade – Ordem concedida – Impossibilidade de imposição de penalidade antes do trânsito em julgado do procedimento administrativo – Violação dos artigos 5º, inciso LV da Constituição Federal; 290, parágrafo único, do Código de Trânsito Brasileiro e art. 24 da Resolução do CONTRAN nº 182/05 – Sentença mantida. Reexame necessário não provido. (Reexame Necessário. 1016866-44.2014.8.26.0562 Relator(a): Spoladore Dominguez; Comarca: Santos; Órgão julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 13/05/2015; Data de registro: 14/05/2015)

REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ATO ADMINISTRATIVO. CNH – CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO. RENOVAÇÃO NA PENDÊNCIA DE APRECIAÇÃO DE RECURSO INTERPOSTO EM PROCESSO ADMINISTRATIVO. ADMISSIBILIDADE. Óbice à renovação da habilitação que apenas pode ser imposto após o trânsito em julgado da decisão administrativa que impõe ao infrator a pena. Resolução nº 182/2005 do CONTRAN. Violação ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa. Inteligência do art. 5º, incs. LIV e LV, e art. 37, caput, ambos da CF/88. Concessão da ordem. Sentença mantida. Recurso oficial não provido. (Reexame Necessário: 4000550-10.2013.8.26.0506 Relator(a): Djalma

Acesso ao Sumário

Lofrano Filho; Comarca: Ribeirão Preto; Órgão julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 25/03/2015; Data de registro: 01/04/2015)

Não há dúvidas, no caso concreto, da existência do direito líquido e certo do impetrante, portanto.

Por todos estes motivos, tem-se por escorreita a r. sentença concessiva da segurança na origem, que deve ser integralmente mantida, razão pela qual **NEGA-SE PROVIMENTO** ao reexame necessário.

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL

Ações Penais - Procedimentos Ordinários

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Penal - Procedimento Ordinário nº 0477999-18.2010.8.26.0000, da Comarca de Itapeva, em que é autor JUSTIÇA PÚBLICA, é réu CLÁUDIO ROMUALDO U FONSECA (PREFEITO DO MUNICÍPIO DE BURI).

ACORDAM, em 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM PROCEDENTE A PRETENSÃO PUNITIVA para CONDENAR CLÁUDIO ROMUALDO U FONSECA, qualificado nos autos a 5 (cinco) meses de detenção, em regime inicial aberto, como incurso no artigo 3º, "a", da Lei 4.898/65, c.c. o artigo 62, inciso III, do Código Penal, substituída por *sursis*, pelo prazo de 2 (dois) anos, com prestação de serviços à comunidade durante o 1º ano. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 12.595)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ENCINAS MANFRÉ (Presidente), POÇAS LEITÃO, RICARDO SALE JÚNIOR e WILLIAN CAMPOS.

São Paulo, 3 de setembro de 2015

CAMARGO ARANHA FILHO, Relator

Ementa: AÇÃO PENAL. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA. Crimes de Responsabilidade. Abuso de autoridade. Atentado à liberdade de locomoção. Denúncia oferecida contra Prefeito Municipal de Buri, imputando a prática do delito tipificado no artigo 3º, alínea "a", da Lei 4.898/65 c.c. o 62, inciso III, do Código Penal. Despejo de detritos em via pública para impedir acesso à imóvel que não obtém alvará de funcionamento. Materialidade e autoria comprovadas pelo conjunto probatório carreado aos autos. Inexistência de previsão legal para a determinação. Violação dos princípios da Administração Pública (artigo 37, *caput*, da Constituição Federal). Atuação flagrantemente

Acesso ao Sumário

arbitrária, e violadora do direito fundamental à liberdade de locomoção (artigo 5º, inc. XV, da Constituição Federal). Condenação. PRETENSÃO PUNITIVA JULGADA PROCEDENTE.

VOTO

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO ofereceu denúncia para apurar suposta prática de crime de responsabilidade tipificado no artigo 3º, alínea "a", da Lei 4.898/65 c.c. o 62, inciso III do Código Penal, pelo Prefeito do Município de Buri, CLÁUDIO ROMUALDO U FONSECA.

Consta da denúncia (fls. 86/87, 116/120) que no dia 20 de julho de 2010, por volta das 14h45, na Rua 9 de julho, 134, centro, Buri/SP, o réu, no exercício do mandato de prefeito, cometeu abuso de autoridade consistente em determinar o derramamento de terra em via pública, atentando contra a liberdade de locomoção de transeuntes e especialmente dos funcionários e clientes da agência bancária que funcionava no imóvel.

Notificado, o denunciado apresentou resposta à acusação às fls. 112/114.

Em julgamento colegiado, foi declarada extinta a punibilidade, em razão da prescrição da pretensão punitiva (fls. 127/131).

Sobrevindo embargos declaratórios ofertados pelo Ministério Público, foram julgados procedentes (fls. 141/145), determinando- se o recebimento da denúncia, por acórdão datado de 05 de junho de 2013.

Citado e interrogado o acusado na forma da Lei 8.038/90 (fls. 153/154), foram ouvidas as testemunhas arroladas (mídias de fls. 183, 208).

A douta Procuradoria Geral de Justiça pugnou, às fls. 210/219, pela condenação do acusado, nos termos da denúncia.

Conclusos os autos ao Exmo. Sr. Desembargador Antônio Tadeu Ottoni (fls. 221), foi determinado o retorno dos autos ao acervo em virtude de sua remoção para a 34ª Câmara de Direito Privado (fls. 222).

Sobrevindo pleito (fls. 224/229) do órgão Ministerial para regular andamento do feito, visto "*tratar-se de feito com possibilidade de prescrição de pretensão punitiva" (sic)* e que se encontrava em cartório "*desde o dia 7 de outubro de 2014*", vieram-me conclusos (fls. 230).

É o relatório.

De rigor a procedência da denúncia.

A materialidade e autoria do delito tipificado no artigo 3º, alínea "a", da Lei 4.898/65 c.c. o 62, inciso III, do Código Penal, pelo Prefeito do Município de Buri, CLÁUDIO ROMUALDO U FONSECA, estão demonstradas pelo boletim de ocorrência (fls. 3/4), pela fotografia de fls. 19, pelos termos de declarações

Acesso ao Sumário

(fls. 24/33), pelo relatório policial (fls. 35), pelas imagens constantes da mídia de fls. 220, pelos documentos de fls. 162/166, e pela prova oral colhida (fls. 153/154, fls. 181/182, mídias de fls. 183, fls. 197/198, fls. 202/206 e mídia de fls. 208).

A autoria é incontroversa.

Em todas as oportunidades em que ouvido (fls. 112/114, fls. 153/154), o réu admitiu os fatos como descritos na denúncia, afirmando que determinou o derramamento de terra em frente à porta do imóvel, para impedir o ingresso na agência bancária que funcionava no local.

Afirmou o acusado, em sua defesa, que o imóvel não possuía alvará para funcionamento, e que feita comunicação, por telefone, aos responsáveis pelo Banco, a ordem de lacração foi descumprida, motivo pelo qual determinou o depósito de terra em frente à porta, visando impedir o funcionamento da referida agência bancária.

Com efeito, narrou que: "*o banco não respeitou, retirou o aviso e continuou a operar. Então, determinei que fossem tomadas as medidas necessárias para o fechamento da agência. Comuniquei ao chefe tributário, José Luiz, e então fizemos uma reunião e deliberamos que o melhor seria despejar a areia em frente da agência. Todavia, foi respeitado o espaço para que a população usasse o passeio público e as demais residências não tivessem a circulação impedida. Os fatos foram levados ao conhecimento da autoridade por um inimigo político, visto que os vizinhos da agência não reclamaram do ato. Nesse dia a agência não funcionou*" (*sic*, fls. 153).

Indagado pelo ilustre representante do Ministério Público, a respeito de notificação formal ao banco, o réu afirmou, ainda: "*não tenho certeza, mas acho que foi tentada a notificação ao banco. Todavia, não houve notificação. Sentia que o banco nos fazia de palhaços. Não cumpria o que eu determinava*" (*sic*, fls. 153/154).

No mesmo sentido são os depoimentos das testemunhas.

Os funcionários da prefeitura, Claudio de Oliveira e Oraci Lopes de Azevedo, ouvidos em juízo (mídia de fls. 208), embora reticentes a respeito de quem efetivamente proferiu a ordem, confirmaram que cumpriram a determinação de despejo de terra defronte a porta do imóvel, e posteriormente a retirada; afirmaram, ainda, que a passagem de pedestres não foi afetada e que a terra ficou poucos dias no local.

O policial militar Francisco Batista Moreira, em sua oitiva judicial (mídia de fls. 208), confirmou que, na data dos fatos, foi acionado por João Vieira de Souza, proprietário do imóvel, que esteve no local dos fatos, não sabendo precisar a quantidade de terra despejada; narrando que apenas encaminhou as partes para delegacia para lavratura da ocorrência.

João Vieira de Souza, por sua vez (mídia de fls. 208), afirmou que procedeu a queixa assim que foi comunicado de que funcionários da prefeitura tinham despejado terra na porta do imóvel, impedindo o trânsito de pessoas pela calçada e o acesso ao banco.

No mesmo sentido é o depoimento de Francine Vieira de Almeida (mídia de fls. 183), funcionária da agência bancária que funcionava no imóvel. Narrou ter sido avisada, por terceiros, através de telefonema, de que a Prefeitura tinha determinado despejo de terra no local. Ao chegar ao imóvel, de fato verificou que não tinha como entrar no banco, porque os detritos despejados impediam a passagem. Afirmou, ainda, que o banco não recebeu nenhuma comunicação formal por parte da Prefeitura a este respeito.

Não bastasse, a fotografia de fls. 19, bem como as imagens em vídeo, constantes na mídia de fls. 220, não deixam dúvida a respeito da vultosa quantidade de terra despejada no local.

Ficou comprovado, portanto, que por determinação do réu, houve o depósito de grande quantidade de terra na referida via pública, impedindo o acesso ao estabelecimento bancário bem como a circulação de pessoas pela calçada.

Não consta dos autos qualquer documento comprobatório de instauração de procedimento legítimo, e respeito ao devido processo legal, para promoção da lacração do imóvel e interrupção do funcionamento da agência bancária. Ausente sequer comunicação oficial emitida pela Prefeitura Municipal.

Em que pese o funcionamento da atividade bancária submeter-se as normas de interesse local, e ao Decreto nº 56.819/11, no âmbito estatual, que legitimam o exercício do *poder de polícia*; a Administração Pública tem sua atuação condicionada aos limites da legalidade (artigo 37, *caput*, da Constituição Federal).

O chamado poder de polícia não se exerce *manu militari*, devendo observar os limites do artigo 78, do Código Tributário Nacional:

> "Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos".

Inexistindo qualquer previsão legal para o despejo de detritos à porta de quem não obtém o alvará de funcionamento, a determinação mostra-se flagrantemente arbitrária; sobretudo porquanto desproporcional, e violadora do direito fundamental à liberdade de locomoção, garantido constitucionalmente

Acesso ao Sumário

(art. 5º, inc. XV, da Constituição Federal).

A propósito bem ponderou o Douto Procurador de Justiça oficiante que "*o crime de abuso de autoridade definido no artigo 3º da Lei n. 4.898/65 é de atentado, não sendo necessário que a liberdade de locomoção dos clientes do posto bancário e transeuntes tenha sido efetivamente tolhida, sendo suficiente a turbação do direito de ir e vir, advinda do ato administrativo ilegal e abusivo*" (*sic*, fls. 217).

Diante do contexto fático probatório, a procedência da ação penal é de rigor.

Passo a fixação da pena.

Cominadas, pelo § 3º, do artigo 6º, da lei 4.989/65, as sanções pecuniária, privativa de liberdade e de perda do cargo e inabilitação para o exercício de qualquer outra função pública pelo prazo de até três anos, revela-se mais adequada a opção pela privativa de liberdade autonomamente.

Isto porque, a imposição de perda do cargo e inabilitação para o exercício de qualquer função pública pelo prazo de três anos, revela-se desproporcional ao delito praticado. Por outro lado, a imposição de multa não se presta a dar a devida resposta penal ao fato praticado pelo acusado.

O réu ostenta condenações por desacato, resistência, e lesões corporais (fls. 68 e fls. 71), que, embora não se prestem a configurar a agravante da reincidência, pelo decurso do lapso temporal de mais de 5 (cinco anos) entre a data da extinção da pena e o delito praticado, comportam valoração enquanto demonstrativos de maus antecedentes.

Verificando-se, ademais, que o acusado transcendeu a culpabilidade normal à espécie, demonstrando exercício de mandato eletivo de maneira déspota e personalidade inclinada para o ilícito, nos termos do artigo 59, do Código Penal, fixo a pena-base acima do mínimo cominado ao delito, em 5 (cinco) meses de detenção.

A determinação dada pelo réu, que coagiu servidores da Prefeitura Municipal, sujeitos à sua autoridade, à execução material do crime, faz incidir a agravante prevista no III, do artigo 62, do Código Penal.

Devida, entretanto, a compensação com a atenuante genérica da confissão (CP, art. 65, III, d), diante do concurso de circunstâncias de mesma grandeza, igualmente preponderantes, posto que resultam dos motivos determinantes do crime, bem como da personalidade do agente.

Neste sentido:

"*Trata-se a confissão espontânea de circunstância atenuante que diz com a personalidade do agente, tanto quanto a reincidência, não havendo ilegalidade qualquer em sua compensação em sede de individualização*

Acesso ao Sumário

da pena, na exata razão de que, pelas suas naturezas, são causas preponderantes, à luz do art. 67 do Código Penal" (STJ - REsp 565.407-DF, 6ª T., rel. Hamilton Carvalhido, 16.12.2003, v.u., DJ 16.02.2004, p. 364).

Inexistentes causas de aumento ou de diminuição de pena que possam modificá-la, torno a pena definitiva em 05 (cinco) meses de detenção.

No tocante ao regime prisional, tratando-se de réu tecnicamente primário, fixo o regime inicial aberto, por não vislumbrar circunstância judicial que recomende a imposição de regime mais severo.

Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, já que a culpabilidade exacerbada do agente não autoriza essa benesse (cf. artigo 44, inciso III, do Código Penal).

Por fim, presentes os requisitos do artigo 77, do Código Penal, concedo a suspensão condicional da pena, por 2 (dois) anos, devendo no primeiro ano prestar serviços à comunidade, nos termos da 1ª parte, do § 1º do artigo 78, do Código Penal, uma vez que inviável a substituição prevista no § 2º do referido artigo.

Ante o exposto, **JULGO PROCEDENTE A PRETENSÃO PUNITIVA** para **CONDENAR** CLAUDIO ROMUALDO U FONSECA, qualificado nos autos a 5 (cinco) meses de detenção, em regime inicial aberto, como incurso no artigo 3º, "a", da Lei 4.898/65, c.c. o artigo 62, inciso III, do Código Penal, substituída por *sursis*, pelo prazo de 2 (dois) anos, com prestação de serviços à comunidade durante o 1º ano.

Transitada em julgado, encaminhe-se à origem para os fins do artigo 158, da Lei 7.210/1984 bem como para a execução.

Agravos em Execução Penal

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0024892-51.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado ALYSSON JUNIOR CARNEIRO SOUSA.

ACORDAM, em 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça

de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao agravo, mantida a extinção da punibilidade, em face da prescrição da pretensão executória. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.447)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME DE SOUZA NUCCI (Presidente) e LEME GARCIA.

São Paulo, 4 de agosto de 2015.

OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO, Relator

Ementa: Execução penal. Prescrição Executória. Detração do período de prisão provisória. Inviabilidade de interpretação extensiva do art. 113 do CP. Aplicação restritiva às hipóteses nele elencadas. Incidência ao caso do disposto no art. 110, *caput,* do CP. Cálculo que deve se basear na pena aplicada. Decisão atacada que considerou início do prazo da prescrição executória como sendo o da data da publicação do acórdão condenatório. Inadmissibilidade. Termo inicial que é o trânsito em julgado para a acusação. Menoridade relativa do sentenciado. Redução de metade. Artigo 115 do CP. Prescrição da pretensão executória ainda que desconsiderada a detração. Recurso desprovido.

VOTO

1. Cuida-se de agravo em execução interposto pelo representante do MINISTÉRIO PÚBLICO contra a r. decisão que julgou extinta a punibilidade do sentenciado ALYSSON JUNIOR CARNEIRO SOUSA, referente aos autos do processo 23585/2012, da 2ª Vara Criminal de Diadema, com fundamento no artigo 107, IV, do Código penal, em razão da prescrição executória.

Inconformado, recorreu o representante do Ministério Público, sustentando, em síntese, que ao descontar da pena o tempo de prisão provisória para fins de cálculo do lapso prescricional, a r. decisão violou a legislação em vigor, haja vista que o art. 113, *caput*, do Código Penal, prevê que a prescrição só será calculada pelo restante da pena a ser cumprida nas hipóteses de evasão do condenado ou de revogação do livramento condicional, colacionando julgados do STF e STJ em prol de sua tese. Pleiteia, por tais argumentos, a reforma da decisão (fls. 03/07).

Processado, o recurso foi contrariado às fls. 42/43, e, por ocasião do juízo de retratação, foi a decisão mantida por seus próprios fundamentos (fls. 44).

Acesso ao Sumário

A douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo provimento do recurso (fls. 48/50).

É o relatório.

2. O agravado, ALYSSON JUNIOR CARNEIRO SOUSA foi condenado à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, tendo esta sido substituída por duas penas restritivas de direitos, consistentes em prestação e serviços à comunidade e prestação pecuniária.

Em sede de execução, o MM. Juiz de Direito da Vara das Execuções Criminais desta Capital, considerou que, para o cálculo do lapso da prescrição executória, deveria ser detraído o período em que o agravado esteve preso processualmente. Ao assim considerar, a pena a ser cumprida ficou abaixo de um ano, razão por que considerou que a prescrição se daria em dois anos, prazo este que ficou reduzido de metade em face da menoridade relativa do sentenciado, tempo que já havia sido ultrapassado a partir do trânsito em julgado para o Ministério Público da sentença condenatória, interrompido pela publicação do V. Acórdão, nos termos da Lei nº 11.596/07, declarando-se em decorrência disso a extinção de sua punibilidade.

Ocorre que esta decisão contraria o disposto no art. 110, *caput*, do Código Penal, que determina que a "*a prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada (grifei)*".

De outra banda, o art. 113 do Código Penal especifica que a prescrição será regulada pelo tempo que resta da pena, tão somente nos casos em que houver evasão do condenado ou revogação do livramento condicional, hipóteses que não podem ser estendidas ao cumprimento de prisão provisória, porque ao assim decidir haverá inobservância ao princípio da legalidade estrita. O art. 113 do Código Penal não admite interpretação ampliada, sendo descabida, desse modo, a detração da pena provisória para o cálculo da pretensão executória.

Esse é o entendimento que vem sendo adotado há muito pelas Cortes Superiores. Do Supremo Tribunal Federal:

"EMENTA: HABEAS CORPUS. PRISÃO PROVISÓRIA. CONTAGEM PARA EFEITO DA PRESCRIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. O tempo de prisão provisória não pode ser computado para efeito da prescrição, mas tão-somente para o cálculo de liquidação da Pena. O artigo 113 do Código Penal, por não comportar interpretação extensiva nem analógica, restringe-se aos casos de evasão e de revogação do livramento condicional. Ordem denegada." (RHC 85026, Relator(a): Min. EROS GRAU, Primeira Turma, julgado em 26/04/2005, DJ 27-05-2005 PP-00022 EMENT VOL-02193-01 PP-00123 RTJ VOL-00194-02 PP-00652).

No mesmo sentido, do Superior Tribunal de Justiça:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO

Acesso ao Sumário

PENAL. TEMPO DE PRISÃO PROVISÓRIA. DETRAÇÃO. CONTAGEM. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. ART. 113 DO CÓDIGO PENAL. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. ANÁLISE DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. NÃO CABIMENTO NA VIA DO ESPECIAL. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Não é possível a aplicação extensiva ou analógica do art. 113 do Código Penal, uma vez que o referido artigo especifica as situações de cabimento (evasão de condenado ou revogação de livramento condicional). Assim, o período de prisão provisória do réu é considerado somente para o desconto da pena a ser cumprida e não para contagem do prazo prescricional, o qual será analisado a partir da pena definitiva aplicada, não sendo cabível a detração para fins prescricionais. (Precedentes). 2. A análise de matéria constitucional não é de competência desta Corte, mas sim do Supremo Tribunal Federal, por expressa determinação da Constituição Federal. 3. Agravo regimental a que se nega provimento". (AgRg no REsp 1474294/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 02/10/2014, DJe 13/10/2014).

Mais recentemente:

"PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. PENA RESIDUAL (ART. 113 DO CÓDIGO PENAL). INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. LEGALIDADE. 1. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça possuem entendimento pacífico de que o cálculo da prescrição pela pena residual, previsto no art. 113 do Código Penal, aplica-se somente às hipóteses de evasão do condenado e de revogação do livramento condicional, sendo inadmissível sua aplicação analógica. O período de prisão provisória do réu é levado em conta apenas para desconto da pena a ser cumprida (detração), sendo irrelevante para a contagem do prazo prescricional, o qual deve ser analisado a partir da pena concretamente imposta pelo julgador, não do restante da reprimenda a ser executada pelo Estado. Precedentes. 2. Agravo regimental desprovido." (AgRg no RHC 44021/SP, Quinta Turma, Relator Min. Gurgel de Faria, j. 26/05/2015, DJe 10/06/2015).

Acesso ao Sumário

Não se pode aplicar a detração onde a Lei assim não estabelecer, sendo assim, a contagem do prazo prescricional deverá ser realizada conforme o disposto no art. 110, *caput*, do Código Penal, ou seja, com base na pena aplicada na sentença condenatória.

Sendo assim, ao considerar que a pena imposta ao sentenciado foi de 1 ano e 8 meses de reclusão, a prescrição da pretensão executória, considerando-se a menoridade relativa do sentenciado, ocorrerá apenas após o transcurso de dois anos, nos termos do art. 110, *caput*, c.c. art. 107, IV, e 115, todos do Código Penal.

Assim, deveria ser cassada a r. decisão que julgou extinta a punibilidade do agravado pela prescrição da pretensão executória.

Todavia, viu-se, o magistrado considerou a data da publicação do V. Acórdão confirmatório da condenação, ou seja, 01/07/2013, como marco interruptivo da prescrição da pretensão executória.

Ocorre que, o art. 112, I, do CP dispõe que "*no caso do art. 110 deste Código, a prescrição começa a correr: I – do dia em que transita em julgado a sentença condenatória, para a acusação, ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional*".

Com base nesta disposição legal, não pode ser considerada a publicação do v. acórdão, que apenas manteve a decisão condenatória, como marco interruptivo do prazo para a prescrição da pretensão executória.

Por este prisma, não deve prosperar o pedido recursal.

O Código Penal, em seu artigo 117, IV, do Código Penal, com a redação dada pela Lei 11.596/07, estabelece que o que interrompe o lapso prescricional é a publicação do acórdão condenatório. Sobre o tema:

"*Acórdão condenatório – lembra Delmanto – não se confunde com acórdão confirmatório de sentença condenatório de primeiro grau", entendimento que, prossegue, "pacificou-se na jurisprudência (STF HC 68.321, DJU 8.2.91, p. 743; HC 71.007, DJU 6.5.94, p. 10471, in RBCCr 7/211-2; HC 70.504, DJU 9.9.94, p. 23442, in RBCCr8/225; STJ REsp 211.835-SP, DJU 16.4.2002; RHC 2.415, DJU 15.3.93, p. 3841; REsp 10.187, DJU 23.9.91, p. 13090; TJSP, RT 705/308; TJDF, EI 7.327, DJU 4.8.93, p. 30071)*" – ***in*** Código Penal Comentado, Saraiva, 2010, p. 432.

O fundamento que sustenta esse entendimento é o de que em direito penal vige íntegro o princípio da estrita previsão legal, não sendo lícito ao aplicador do direito lançar mão de interpretação extensiva de norma incriminadora em desfavor do réu sem que viole a garantia geral prevista no art. 5º, XXXIX da Carta Magna.

Com efeito, a Lei não admite interpretação analógica *in malam partem.*

Diante disso, é inadmissível, respeitado entendimento em sentido oposto, considerar a data da publicação do acórdão confirmatório da condenação como marco interruptivo da prescrição da pretensão executória.

Nesse sentido, já decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"*PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA ESTATAL. MARCO INICIAL. TRÂNSITO EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO. - É firme neste Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que o termo inicial da contagem do prazo da prescrição executória é a data do trânsito em julgado para a acusação, e não*

Acesso ao Sumário

para ambas as partes. Inteligência do art. 112, I, do Código Penal. Precedentes. - Agravo regimental desprovido." (AgRg no REsp 1344141/DF, Rel. Ministro ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 23/10/2014, DJe 10/11/2014).

Muito embora não tenha se dado a desídia ou inépcia do Estado para que tivesse início o desconto da sanção imposta, não pode ser considerada como marco interruptivo a data de publicação do acórdão confirmatório da condenação.

Assim, portanto, a data a ser considerada como início da contagem do prazo para a prescrição da pretensão executória é 15/01/2013, data em que ocorreu o trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação.

Adotadas essas diretrizes e levando-se em consideração que o lapso prescricional da pretensão executória, como acima exposto, fixou-se em dois anos, tal prazo restou ultrapassado entre a data do trânsito em julgado da decisão condenatória para a acusação (15/01/2013) e a decisão ora atacada (04/02/2015).

Sendo assim, de rigor, o reconhecimento da prescrição da pretensão executória, com fundamento no art. 107, IV, 115 do CP.

3. Em face do acima exposto, pelo meu voto, nego provimento ao agravo, mantida a extinção da punibilidade, em face da prescrição da pretensão executória.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0015126-71.2015.8.26.0000, da Comarca de Araçatuba, em que é agravante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado LEANDRO PEREIRA DA CRUZ.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "por votação unânime, negaram provimento ao presente agravo.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.301)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VICO MAÑAS (Presidente sem voto), PAULO ROSSI e AMABLE LOPEZ SOTO.

São Paulo, 29 de julho de 2015.

ANGÉLICA DE ALMEIDA, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: Agravo em Execução – Progressão assegurada em execução provisória. Cassação. A pendência de

recurso ministerial não impede expedição de guia de recolhimento provisória e não representa empecilho para progressão de regime – Aplicação da Súmula 716, STF – Agravo improvido.

VOTO

Trata-se de agravo em execução que se insurge contra decisão, exarada pelo ilustre magistrado Henrique de Castilho Jacinto, que concedeu ao agravado *Leandro Pereira da Cruz* a progressão ao regime semiaberto (fls. 34).

Postula o ilustre promotor de Justiça a reforma da decisão posto que inviável a progressão de regime em execução provisória, pendente recurso ministerial (fls. 2/12).

Apresentadas as respectivas contrarrazões (fls. 51/54), a decisão foi mantida no juízo de retratação (fls. 55).

A d. Procuradoria Geral de Justiça manifesta-se pelo improvimento do agravo (fls. 59/64).

É o relatório.

Mantém-se a r. decisão agravada. O recurso ministerial de apelo não impede que seja determinada a expedição de guia de recolhimento provisória. Não representa empecilho à progressão de regime. Na hipótese dos autos, o recurso de apelação não tem efeito suspensivo.

Na execução da pena mostra-se descabido aguardar o desfecho de recurso despido de efeito suspensivo para só então obedecer ao comando da sentença agravada. Será o mesmo que admitir a possibilidade de paralisação da execução da pena pelo simples motivo de que o apelo, despido de efeito suspensivo, poderá ser provido pela Segunda Instância.

A regra geral, que tem raiz na garantia constitucional da presunção de inocência, é que a sentença penal condenatória deve ser executada após o trânsito em julgado.

A execução da sentença penal condenatória deve levar em conta a garantia constitucional da presunção de inocência, pressupondo o trânsito em julgado para se tornar exequível.

A garantia da presunção de inocência, prevista no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, dá ensejo a que a força da sentença penal se concretize na medida em que se torne definitiva. A condenação à pena restritiva de liberdade deve ser executada após o trânsito em julgado. Ou por outra, uma vez preclusos os prazos recursais ou após o julgamento definitivo dos recursos.

Todavia, inadmissível que o condenado, ao permanecer preso cautelarmente no aguardo do julgamento de recurso, não possa ter acesso

Acesso ao Sumário

à progressão de regime. Uma vez mantida a prisão processual decorrente de sentença penal condenatória não definitiva, em contrapartida, há que ser assegurada a progressão de regime.

A garantia constitucional da presunção de inocência destina-se a assegurar ao condenado condição mais favorável. Mostra-se contrassenso invocar a presunção de inocência "*em prejuízo daquele que se pretende garantir*", como bem observa Maria Lúcia Karam (*Prisão e Liberdade Processuais* - Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 2, p. 83/93, abr/jun. 1993). De todo incongruente lançar mão de princípio constitucional que, na essência, é garantia do acusado para impedir a fruição de um direito.

Impõe-se reconhecer que, na pendência de recurso da acusação, ainda que vise agravar a situação do acusado, desde que a custódia processual se apresente necessária, a guia provisória de recolhimento desde logo deve ser expedida para possibilitar que o condenado tenha acesso aos incidentes da execução, como ocorre na hipótese dos autos. Basta ter em conta que o artigo 2º, parágrafo único, da Lei de Execução Penal, determina que seus dispositivos aplicam-se "*igualmente ao preso provisório e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária*". Estendem reflexos às disposições, entre outras, dos artigos 40, 42, 44, 82 e 84, da Lei de Execução Penal. Matéria abrangida pela Súmula 716, do Supremo Tribunal Federal, admitindo a progressão de regime em cumprimento de pena ou aplicação imediata de regime menos severo, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Sem contar o disposto no § 2º, do artigo 387, do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei 12.736, de 30 de novembro de 2012: *O tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade.*

Diante do exposto, por votação unânime, negaram provimento ao presente agravo.

Acesso ao Sumário

Agravos Regimentais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 0087736-71.2014.8.26.0000/50000, da Comarca de Barueri, em que são interessados

GILBERTO MACEDO GIL ARANTES (PREFEITO DO MUNICÍPIO DE BARUERI), EUFRÁSIO HUMBERTO DOMINGUES, RICARDO MACEDO ARANTES e Agravante BARUERI EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS SPE LTDA. e ADW5 EMPREENDIMENTOS SPE LTDA., é agravado COLENDA 4ª CÂMARA CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao agravo regimental, com determinação.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.629)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores EDISON BRANDÃO (Presidente), LUIS SOARES DE MELLO e EUVALDO CHAIB.

São Paulo, 15 de setembro de 2015.

EDISON BRANDÃO, Relator

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL – Interposição contra despacho que indeferiu pedido de liminar em embargos de terceiros – Ausência de elementos novos – Reiteração do alegado em sede de embargos de terceiros – Presente os pressupostos autorizadores da manutenção do sequestro – Decisão mantida – Agravo desprovido, com determinação.

VOTO

Cuida-se de Agravo Regimental interposto por **BARUERI EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS SPE** contra a r. decisão de fls. 139/139 que indeferiu a liminar requerida em EMBARGOS DE TERCEIRO, pretendendo, liminarmente, a manutenção da posse do bem sequestrado à Agravante, com a consequente suspensão dos efeitos do sequestro sob foco e seu respectivo registro perante a matrícula nº 171.770, do Oficial de Registro de Imóveis de Barueri.

Esclarece o agravante que a liminar requerida nos embargos de terceiro foi indeferida sob o fundamento de que se trataria de tutela satisfativa, podendo somente ser acolhida na cognição sumária se demonstrado de plano a ilicitude da medida, consignando, ainda, que embora tivesse havido a transferência dos bens objetos de sequestro, tais bens foram adquiridos em procedimento licitatório que está sendo investigado.

Sustenta o agravante que o referido sequestro se reveste de ilegalidade, porquanto incidente em bem adquirido por terceiro de boa-fé que não sabia e não tinha como saber do sequestro de bens, uma vez que não apontado nas certidões

Acesso ao Sumário

obtidas pelo agravante quando da celebração do contrato de compra e venda, além do fato do registro na matrícula do sequestro ser posterior à aquisição do imóvel pela agravante. Aduz, ainda, que o Decreto-Lei 3.240/41 dispõe que o sequestro pode recair sobre bens que tenham sido adquiridos dolosamente ou com culpa grave, acenando, ainda, que caberia ao agravado comprovar a ocorrência do dolo e culpa grave no presente caso, do qual não se desincumbiu. Salienta, outrossim, que nenhum dos investigados no bojo do inquérito policial que deu azo ao sequestro em questão são sócios da Santa Thereza, não havendo que se falar em suposta aquisição dolosa ou com culpa grave por parte do agravante, não havendo que se falar em suposta aquisição dolosa ou com culpa por parte da agravante que pudesse ensejar a aplicação do dispositivo acima descrito, posto que a compra e venda do imóvel se deu de forma absolutamente regular, em observância às exigências legais aplicáveis.

Aduz, outrossim, que o fato do imóvel ter sido dado em alienação fiduciária em garantia à Santa Thereza em nada altera a condição de terceiro de boa-fé da agravante, porquanto a alienação fiduciária confere ao credor apenas a propriedade fiduciária, para fins de garantia do débito assumido pelo devedor, de tal sorte que o direito que a Santa Thereza possui não é plena, o qual comprou o bem de forma parcelada, e se fosse o caso de incidir a constrição sobre algum direito da Santa Thereza, relacionado com o imóvel em comento, tal sequestro não poderia recair sobre o imóvel em si, mas sobre os recebíveis que a Santa Thereza ainda tem a receber da agravante ou até mesmo sobre outros direitos fiduciários, tal como a possibilidade de consolidada a propriedade fiduciária, apenas tão somente na hipótese da agravante vir a inadimplir o com o pagamento, e, portanto, no máximo, poder-se-ia cogitar de sequestrar os direitos que a Santa Thereza ainda possui com relação ao imóvel em comento, que não a propriedade, visto que esta é transitória e sujeita aos direitos da Barueri Empreendimentos, reforçando, ainda, que para reforçar a boa-fé não se opõe ao depósito em juízo da parcela ainda devida à Santa Thereza. Por fim, aduz que a determinação judicial proferida na ação cautelar de sequestro incidental nº 0169222-83.2011.8.26.0000 peca por questões formais, porque não abrangeu a matrícula 171.770 de modo expresso, ferindo o princípio da especialidade e unicidade da matrícula (fls. 255/267).

Relatei.

O recurso não comporta provimento.

Os argumentos ora trazidos pelo impetrante não tem o condão de, neste momento, alterar a decisão já prolatada por esta Relatoria à fls. 136/139.

Com efeito, como já destacado quando do indeferimento da medida liminar, tratando-se dos embargos de terceiro de ação definitiva, e não de medida cautelar, a providência liminar será cabível apenas quando a ilicitude da medida

Acesso ao Sumário

constritiva for manifesta e detectada de imediato através do exame sumário da inicial, o que não ocorre no caso em tela, em que pese a combatividade do Agravante. Aliás, já se decidiu nos autos do agravo regimental interposto contra a decisão de sequestro:

> "(...) Ora imóvel público deverá ao ente público ser devolvido, evidentemente, jamais se podendo dizer que o particular, que alegadamente o teve por força de crime, possa auferir frutos dele. Obviamente que não, os frutos seriam do ente público vítima, sendo inconcebível que se imagine que propriedade de imóveis sejam retiradas do erário, (em tese aqui) e os autores ainda reclamem "direitos" sobre frutos derivados dos mesmos.
>
> Vale dizer, sem base legal o entendimento de que em tese criminosos possam desviar bens, e ainda reclamar direitos sobre eles, e havendo aqui, quantum satis a possibilidade de origem criminosa dos bens, jamais poderiam nenhum deles, infungíveis, ser entregues, mediante permuta, aos próprios acusados, por absoluta falta de base legal, e por contrariar princípios básicos de direito penal e administrativo.
>
> Acrescente-se, ainda, que não se desconhece que em relação a tais bens sequestrados já pode ter havido investimentos, ou, ainda, que vários já foram transmitidos a terceiros.
>
> Contudo, os imóveis que foram transmitidos a terceiros e que, apesar disso, foram objeto do sequestro, o foram porque se trata de bem adquirido pela Santa Thereza da Municipalidade em procedimento licitatório que aqui está sendo questionado, e, portanto, independe de quando a transmissão a terceiro se realizou. Destarte, (..) fatos ainda são de gravidade, pois, apesar do sequestro ainda não ter sido decretado à época, já havia o pedido do sequestro, onde haviam inclusive apresentado a impugnação (fls. 153/165), e ainda assim o denunciado insistiu no negócio, demonstrando inequivocamente o intuito em retirar o bem do alcance do poder judiciário. A sucessão, pois, na propriedade ocorreu daí por conta e risco do próprio denunciado."

Assim, repise-se, tratando o imóvel objeto do sequestro do próprio bem obtido com a licitação supostamente fraudulenta, e, portanto, em tese, produto de crime, independe de quando a transmissão do bem se realizou, e, destarte, a princípio, independe da boa-fé de quem o adquiriu.

Além disso, do que se depreende da ficha cadastral da Santa Thereza, juntada aos autos pela agravante, não obstante Eufrásio Humberto Domingues tenha se retirado da sociedade em 10.07.2007, na época dos fatos, quando se deu o procedimento licitatório supostamente fraudulento, o mesmo integrava a aludida empresa e se, realmente comprovado o delito apurado nos autos do inquérito policial, tal aquisição será declarada nula de pleno direito, devendo ser restituída ao ente público, não importando, ao menos nesta fase de análise perfunctória, sem anteriormente atender o contraditório e a ampla defesa, sequer

Acesso ao Sumário

analisar que o fato do imóvel ter sido dado em alienação fiduciária não alteraria a condição de boa-fé do agravante.

Por sua vez, tampouco comprovado, nesta fase, a ausência de dolo do agravante, em relação ao qual alega ser exigido pelo Decreto-Lei 3.240/41, já que conforme se verifica, o imóvel foi alienado em data que, não obstante não havia sido averbado o sequestro, os acusados na ação penal nesta oportunidade já tinham ciência da mesma e haviam apresentado a resposta à acusação (Ricardo Macedo Arantes, Gilberto Macedo Gil Arantes e Eufrásio Humberto Domingues juntados aos autos em 25.06.2015).

Vale ressaltar que, diante do já decidido e tendo em vista os argumentos trazidos pelo agravante, que nesta fase, é impossível falar-se em concessão pela via liminar do requerido, uma vez que se trataria de tutela satisfativa, somente podendo ser acolhida nesta fase se cognição rasteira se demonstrado de plano a ilicitude da medida de sequestro, o que, contudo, não se deu, tampouco se podendo falar em irregularidade formal, já que o sequestro se deu sobre imóvel cujo desmembramento ensejou o objeto da matrícula 170.770. Destarte, deve ser inicialmente atendido o contraditório para melhor análise do pretendido.

Assim, nada a ser modificado, devendo ser mantido o quanto já decidido, eis que presentes, por ora, os pressupostos que autorizam a medida de sequestro, o indeferimento da liminar era medida de rigor, devendo prevalecer.

Isto posto, **NEGO PROVIMENTO** ao agravo regimental.

Após o trânsito em julgado do presente, intime-se o embargante bem como o embargado provas que pretendem produzir, justificadamente, em cinco dias; inclusive com apresentação do rol de testemunhas no mesmo prazo, se for o caso, sob pena de indeferimento.

Verifico, ainda, que, citados, Gilberto Macedo Gil Arantes e Ricardo Macedo Arantes não contestaram (fls. 240/244), manifestando a defesa de Eufrásio Humberto Domingues pelo reconhecimento da ilegitimidade passiva do peticionário relativamente aos embargos e, no mérito, confirma a realização da transação imobiliária nos termos em que relatada nos embargos, requerendo a procedência com o consequente levantamento do sequestro que pesa sobre o imóvel da Embargante e a anotação dos registros pertinentes (fls. 162/239).

Assim, confirmando a defesa de Eufrásio Humberto Domingues a transação imobiliária nos termos em que relatada pelos embargos, bem como não tendo se manifestado Gilberto Macedo Gil Arantes e Ricardo Macedo Arantes, por não terem interesse no deslinde da causa, reconheço a ilegitimidade passiva dos mesmos relativamente aos presentes embargos. Proceda a Serventia a anotação, atualizando a autuação para que permaneça apenas Barueri Empreendimentos Imobiliários SPE Ltda. como Embargante e o Ministério Público como embargado, excluindo-se os demais interessados.

Acesso ao Sumário

Com as respostas, tornem os autos conclusos para designação de audiência de instrução e julgamento, nos termos do art. 1043 e art. 803, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0003714-36.2011.8.26.0081, da Comarca de Adamantina, em que é apelante CARLOS VALMIR ROMBALDI, 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: "Negaram provimento ao recurso. V.U. Sustentou oralmente o Doutor Luiz Antonio e Silva e usou da palavra o Excelentíssimo Procurador de Justiça Doutor Walter Tebet Filho.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.471)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores SOUZA NERY (Presidente sem voto), ENCINAS MANFRÉ e ROBERTO SOLIMENE.

São Paulo, 31 de julho de 2015.

OTÁVIO HENRIQUE, Relator

Ementa: APELAÇÃO. DUPLICATA SIMULADA. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. PENAS E REGIME PRISIONAL MANTIDOS. IMPROVIMENTO DO APELO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Ao relatório da r. sentença de fls. 128/130verso e 138/verso, proferida pelo Ilustre Magistrado SERGIO MARTINS BARBATTO JÚNIOR, acrescenta-se que CARLOS VALMIR ROMBALDI foi declarado incurso nas normas do artigo 172, "**caput**", combinado com o artigo 61, inciso II, alínea "a", na forma do artigo 71, "**caput**", todos do Código Penal, e condenado a cumprir, no regime inicial semiaberto, a pena de **CINCO (05) ANOS E DEZ (10) MESES DE DETENÇÃO** e pagamento de **DUZENTOS E VINTE E UM (221) DIAS-**

MULTA no valor de ¼ do salário mínimo cada.

Inconformado, apelou requerendo, em síntese, sua absolvição pela fragilidade probatória, em especial pela ausência de materialidade. Subsidiariamente, pleiteou a redução da reprimenda, o afastamento da agravante prevista no artigo 61, inciso II, do Código Penal, o reconhecimento da atenuante da confissão, a redução da máxima pelo reconhecimento da continuidade delitiva, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, prisão domiciliar ou regime aberto (fls. 152/174).

O recurso foi bem processado, vindo para os autos a contrariedade de fls. 178/186, onde é demonstrada a necessidade da manutenção da r. sentença recorrida.

A Douta **PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA** apresentou Parecer, opinando pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

A r. sentença recorrida deve ser mantida.

Na fase policial CARLOS narrou que as duplicatas foram emitidas por engano e que alguns clientes entraram com uma ação contra ele. Em Juízo, retratou-se, negando a prática delitiva. Disse que nunca trabalhou com duplicatas. Disse que passava "papéis" ao banco e que este lhe dava dinheiro. Contou que nos referidos "papéis" havia nomes de clientes e amigos e a maioria desconhecia esse repasse. Sustentou que a instituição bancária gerava um débito em nome dessas pessoas, e ele mesmo os quitava e ninguém era prejudicado. Apesar da relação de amizade com os gerentes não sabia que se tratava de duplicatas (fls. 391 do apenso e mídias audiovisuais de fls. 85/86).

A testemunha EDITE negou qualquer transação comercial com o acusado e confirmou ter recebido boletos bancários que o APELANTE se prontificou a pagá-los, todavia, quitou apenas parte deles (mídia audiovisual de fls. 46).

MANOEL JONAS declarou que foi cientificado pelo funcionário do cartório de protesto sobre a indevida cobrança, e soube pelo seu Advogado que existiam várias outras (mídia audiovisual de fls. 46).

Acesso ao Sumário

No mesmo sentido foram as declarações de SILVIO, VALDIR BARBOSA, NIVALDO, JOSÉ MAURÍCIO, OSMAR, MARCOS, ANTÔNIO, JOSÉ GALDINO, VALDIR RAMOS que confirmaram que o APELANTE teria emitido duplicatas em seus nomes, pela empresa de sua propriedade.

MAINARA, filha do acusado, disse que desconhecia a existência de uma empresa no seu nome. Declarou que assinava tudo que seu genitor pedia (mídia audiovisual de fls. 46).

A testemunha de defesa ELIDA, funcionária da empresa de propriedade do APELANTE, confirmou que os Gerentes Jurídicos dos bancos costumavam

ligar na empresa e a pedido do acusado era enviado às instituições bancárias uma relação com nomes de clientes. Toda negociação era realizada entre o APELANTE e o banco (mídia audiovisual de fls. 86).

A materialidade delitiva restou plenamente comprovada nas informações contábeis que dão conta das diversas duplicatas emitidas pelo APELANTE contra os sacados constantes na denúncia (fls. 20/24, 311/318, 417/418, 428/429, 431, 445/446, 451/452, 455/456 e 471/511, todas do apenso), e outras duplicatas mercantis (fls. 438, 440, 442, 444, 446, 448, 452, 455, todas do apenso).

Cumpre salientar segundo informação emitida pelo banco Santander, que as duplicatas simuladas em nome dos envolvidos, referente a empresa de propriedade do APELANTE, eram enviadas eletronicamente, sendo que não havia trâmite em papel.

A autoria, de forma idêntica, é inconteste.

Por tal quadro correta a condenação de CARLOS pelo crime imputado na Denúncia, porquanto plenamente comprovado pelas robustas provas dos autos, que como proprietário de empresa, no período entre 08.02.2011 a 29.09.2011, emitiu diversas duplicatas fraudulentamente, em nome de clientes que desconheciam tal fato, com a intenção de obter crédito rotativo.

Ademais, CARLOS confessou na fase policial que elaborou as duplicatas na empresa por engano e que alguns clientes entraram com ação contra ele.

A confissão policial do APELANTE deve ser crida como verdadeira, apesar da sua retratação, desde que mantenha ela conjunto harmônico com as demais provas dos autos, não bastando para o seu desfazimento meras conjunturas sem provas.

Aliás, a confissão "*vale não pelo local em que é prestada, mas pela força de convencimento que nela se contém, pelo que não pode ser desprezada a extrajudicial, quando se harmoniza com a prova colhida na instrução*." (**in** RJTJSP. 90/497).

No mesmo sentido, "*o termo de confissão permanece nos autos e, procedendo à livre apreciação da prova, no seu conjunto, o Juiz, para formar a sua íntima convicção, aferirá, cuidadosa e conscientemente, o valor que tem as declarações do réu, ao aceitar a realidade da acusação e, depois, ao repeli-la, retratando-se. O réu pode retratar-se; mas se a confissão contém todos os elementos que lhe dão valor a retratação deve ser apoiada por provas cabais*." (**in** Código de Processo Penal, Espínola Filho, 3º vol., pág. 52).

Por tais motivos, hábil a confissão do APELANTE para indicar a sua responsabilidade penal pelo delito capitulado da Denúncia, porquanto corroborada com a prova documental e oral juntadas aos autos.

As penas devem ser mantidas.

Acesso ao Sumário

A pena base foi fixada em três anos de detenção, sendo corretamente reconhecida a agravante prevista no artigo 61, inciso II, alínea "a", do Código Penal, e por fim, aumentada de mais dois terços pela continuidade delitiva, em razão da grande quantidade de crimes cometidos, tornando-se assim definitiva.

Cumpre salientar, que tanto a pena carcerária quanto a de multa foram corretamente fixadas e fundamentadas e não ferem os princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade, devendo o APELANTE receber penalidade eficiente a ponto de desmotivar o cometimento de tal delito.

Como bem fundamentou a Douta **PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA** em seu parecer, a atenuante da confissão não pode ser reconhecida porquanto o APELANTE não admitiu a prática do delito como imputado e reconhecido.

O regime prisional semiaberto é o adequado a espécie.

Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do artigo 44, inciso I, primeira parte, do Código 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 0005712-15.2011.8.26.0477, da Comarca de Praia Grande, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado GLEMISTON SOUZA DA SILVA.

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 26.513)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EDISON BRANDÃO (Presidente) e CAMILO LÉLLIS.

São Paulo, 28 de julho de 2015.

IVAN SARTORI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Apelação do Ministério Público – Posse ilegal de munições de uso restrito por policial militar – Absolvição sumária – Portaria nº 1.042/12 do Comando do Exército Brasileiro, que autoriza a aquisição de armas de uso restrito, na indústria

nacional, para uso próprio – Ausência de indicativo, todavia e em princípio, a comprovar a licitude dos artefatos – Conduta típica, em tese – Prosseguimento do feito – Recurso provido.

VOTO

Ação penal em que incurso o réu no art. 16 "caput" da Lei nº 10.826/03.

Adveio absolvição sumária, nos termos do art. 397, III, do CPP, tendo em vista a Portaria nº 1.042/12, do Comandante do Exército Brasileiro.

Recorre o *Parquet*, em busca da continuidade do processo, com o início da instrução criminal, cassando-se a decisão absolutória. Argumenta, para tanto, que a conduta seria penalmente atípica se o armamento fosse utilizado em atividade lícita policial, em prestígio da função e como forma de defesa pessoal própria ou de terceiros. Contudo, a conduta aqui tratada está dissociada desse cenário e diretamente ligada à prática de crimes (envolvimento direto do apelado na explosão e furto de caixas eletrônicos, inclusive denunciado na 1ª Vara Criminal de Praia Grande). Aduz, por fim, que a deliberação do Exército, invocada na decisão singular, não pode servir de salvo-conduto aos maus policiais, que se tornam criminosos (fls. 175/7).

Contrariedade às fls. 185/9.

A Procuradoria de Justiça é pelo provimento (fls. 203/5).

Recurso bem processado.

É o relatório, adotado, no mais, o de primeiro grau.

A teor do flagrante de fls. 04/16, do b.o. de fls. 17/20 e do auto de exibição/apreensão de fls. 21/3, foi o réu pilhado por agentes públicos porque, em 11 de março de 2011, possuía e tinha em depósito munição de uso proibido ou restrito.

Narra a peça inaugural que ele era policial militar e estava sendo investigado pela Corregedoria da PM, por envolvimento em crimes militares e em arrombamento de caixas eletrônicos.

Realizadas diligências, os milicianos localizaram, na residência do réu, 09 cartuchos CBC calibre 45, embora policiais militares não possuam autorização para portar armas de fogo ou munições desse calibre.

Ouvido no flagrante, o increpado disse que os cartuchos encontrados em sua residência eram velhos e estavam esquecidos dentro de uma caixa. Quanto ao furto de caixas eletrônicos ocorrido na cidade de Pedro de Toledo, esclareceu que, ao ensejo dos fatos, atendia ocorrência de violência doméstica no bairro Sete Barras (fls. 13/4).

Consistente o reclamo.

Após as providências dos arts. 396 e 396-A, ambos do CPP, o r. juízo

Acesso ao Sumário

singular absolveu sumariamente o acionado, nos termos do art. 397, III, do mesmo *Codex.*

Para tanto, fundamentou sua decisão na Portaria nº 1.042, de 10 de dezembro de 2012, do Comandante do Exército Brasileiro, que, no uso de suas atribuições, autorizou "*a aquisição, na indústria nacional, de até duas armas de uso restrito, para uso próprio, dentre os calibres 357 Magnum, 40 S&W ou 45 ACP, em qualquer modelo, por policial rodoviário federal, policial ferroviário federal, policial civil, policial e bombeiro militares dos estados e do Distrito Federal*" (fl. 171).

Contudo, respeitado o posicionamento do nobre magistrado, a decisão deve ser cassada.

Não se desconhece que, entrando em vigor a portaria aludida, policiais militares e outros agentes públicos foram autorizados a adquirir, para defesa própria ou de terceiros, armas de uso restrito, nos moldes lá mencionados.

Nesse contexto, tratando-se de norma posterior mais benéfica, a aplicação deveria ser imediata, inclusive no caso de decisão já transitada em julgado, nos termos do art. 5º, XL, da Constituição Federal.

Mas, exige-se que a aquisição das armas ou munições de uso restrito se dê de forma lícita, com documentação de porte e registro, o que não se demonstrou até aqui.

Ressalte-se, ainda, que o increpado, policial militar, está sendo processado por furto qualificado (explosão de caixas eletrônicos – denúncia juntada às fls. 178/80), o que a depor, em análise perfunctória, contra a lisura exigida para sua função.

Com efeito, segundo bem ponderado pelo douto Procurador de Justiça: "(...) *parece lógico que a edição desta portaria não pressupõe a autorização para que policiais adquiram armas de calibres antes considerados restritos e delas se utilizem na prática de crimes. Tanto que no texto da portaria consta a expressão 'para uso próprio', ou seja, o que ali se está autorizando é que aqueles agentes públicos possam adquirir este tipo de armamento e munição para usar em seu beneficio ou defesa, mas jamais para praticar condutas ilícitas. Além disso, a partir do momento que um policial comete um crime, ele deixa de ser policial e passa a ser criminoso, e, portanto, perde as prerrogativas inerentes à sua antiga função*" (fl. 204).

Portanto, afigura-se típica, em tese, a conduta enfocada, sucedendo que o processo deve prosseguir até ulteriores termos, ficando sem efeito a absolvição.

Dá-se provimento ao recurso ministerial.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002284-03.2012.8.26.0279, da Comarca de Itararé, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado REINALDO RODRIGUES FERNANDES.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Acolheram a preliminar de cerceamento à acusação, DERAM PROVIMENTO ao apelo para anular a sentença absolutória proferida em favor do apelado REINALDO RODRIGUES FERNANDES e determinar a devolução dos autos à instância original para nova audiência instrutória, com vistas à oitiva da vítima. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 3.306)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GRASSI NETO (Presidente sem voto), LAURO MENS DE MELLO e MARCO ANTÔNIO COGAN.

São Paulo, 30 de julho de 2015

ALCIDES MALOSSI JUNIOR, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. Furto simples tentado. 1) Preliminar – Nulidade – *Reconhecimento* – Apesar da prerrogativa judicial na composição do caderno probatório (artigo 156, II, do Código de Processo Penal), o princípio constitucional do livre convencimento motivado encontra limites na necessidade de busca pela verdade real e na prerrogativa das partes em provas – Na espécie, a recusa na oitiva da vítima certamente acarretou prejuízo à Acusação, em se tratando da única testemunha (ainda que referencial), do furto supostamente praticado, delito normalmente acobertado pela clandestinidade – Sendo indispensável a oitiva da vítima (mesmo sendo menor incapaz) à elucidação da autoria e, sendo inaceitável o seu comparecimento imotivado perante o Poder Judiciário, demonstrado está o cerceamento à acusação – Inaplicação do primado do *pas de nullité sans grief* (artigo 563 do Código de Processo Penal) – Nulidade reconhecida. Recurso provido para anular a sentença absolutória e determinar a devolução dos autos à instância original para nova audiência

Acesso ao Sumário

instrutória, com vistas à oitiva do ofendido, mesmo que sob condução coercitiva do responsável.

VOTO

VISTOS.

Trata-se de um recurso de "***APELAÇÃO CRIMINAL***", interposto por representante do Ministério Público do Estado de São Paulo, Dr. Marco Aurélio Bernarde de Almeida, contra r. sentença absolutória, proferida em favor do ora apelado, **REINALDO RODRIGUES FERNANDES**, pelo *MM. Juízo da 2ª Vara Judicial da Comarca de Itararé*, de lavra da MM. Juíza de Direito, Drª. **Letícia Antunes Tavares** (fls. 63/64).

Esclarecendo que o réu restou absolvido da acusação como incurso no artigo 155, *caput*, c.c. artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal – "furto simples tentado", com fundamento no artigo 386, VII, do Código de Processo Penal, pretende-se com o apelo (fls. 68//72) a declaração de nulidade da r. sentença de 1º grau, por cerceamento da acusação, em virtude do indeferimento da prova oral consistente na oitiva da vítima, a fim de que seja dado seguimento ao processo com a produção da referida prova.

Contrarrazões da Defesa a fls. 81/85.

O parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, de lavra da insigne Procuradora de Justiça, Drª. **Josely Mara Litrenta de Oliveira Donato**, foi pelo não provimento do apelo (fls. 91/93).

É o relatório.

A apelação comporta provimento.

Segundo consta dos autos, o réu **Reinaldo** foi denunciado porque, em **06.06.2012**, por volta das 16h35min, na Rua São Pedro, nº 2453, Vila Tonico Adolfo, na cidade e Comarca de Itararé, ele tentou subtrair uma bicicleta, marcar Monark, cor azul (v. auto de exibição e apreensão, fls. 26), avaliada em R$ 200,00 (fls. 28), pertencente a A.L.P.P., então com 13 anos de idade, não consumando o crime apenas por razões alheias à sua vontade.

Narra a exordial acusatória que o adolescente A.L.P.P. veio de bicicleta até a oficina de Francisco José da Silva, estacionando-a em frente àquele local. O ofendido ausentou-se por alguns instantes, a fim de realizar uma atividade escolar. Entrementes, **Reinaldo**, aproveitando-se da posse momentânea desvigiada da bicicleta apoderou-se dela e saiu em disparada. Francisco saiu logo em seguida no encalço do ladravaz, logrando deter este último até a chegada da polícia, que prendeu **Reinaldo** em flagrante.

A denúncia foi recebida em **17.11.2012** (fls. 36).

Após regular instrução processual, o réu foi absolvido por insuficiência

de provas, julgando-se a ação penal improcedente.

O apelo ministerial comporta provimento.

A preliminar de nulidade deve ser acolhia.

A condução do processo é prerrogativa judicial, incumbindo ao juiz a faculdade de decidir pela conveniência e oportunidade de certas provas, recusando as que ele entender desnecessárias ou protelatórias ao esclarecimento da verdade real dos fatos, em decorrência do **princípio constitucional do livre convencimento motivado** (CR/88, artigo 93, IX).

No entanto, a alegação de nulidade com base no cerceamento da Acusação, para prosperar, está adstrita à inequívoca demonstração de prejuízo à parte, *in casu*, do alegado cerceamento à acusação. Trata-se de decorrência do primado do *pas de nullité sans grief*, insculpido no artigo 563 do Código de Processo Penal. No caso concreto, logrou o culto órgão ministerial apontar esse prejuízo.

O douto Juízo *a quo*, por outro lado, com base nos elementos concretos, bem fundamentou o indeferimento da prova testemunhal em questão, isto é, a não realização da oitiva da vítima em juízo.

Apesar da **materialidade delitiva** (auto de prisão em flagrante, fls. 02/07; boletim de ocorrência, fls. 23/25; auto de exibição e apreensão, fls. 26) e da **confissão extrajudicial** do réu (fls. 07), **Reinaldo** permaneceu revel (fls. 60) e a única testemunha presencial dos fatos, Francisco, não pôde ser ouvida em juízo porque faleceu no curso do processo, o que necessariamente inviabilizou a produção desta prova, por razões óbvias.

Ainda assim, para desate do caso, a douta Magistrada, "***a vítima, adolescente, intimado na pessoa de sua genitora, deixou de comparecer a esta audiência, sendo certo que seu testemunho prestado na fase policial dá conta de que não presenciou os fatos, tornando inviável a designação de nova audiência apenas para sua oitiva***" (fls. 63).

Sem embargo da racionalidade do argumento, a decisão judicial em questão merece reforma.

Apesar da prerrogativa judicial na composição do caderno probatório (artigo 156, II, do Código de Processo Penal), o princípio constitucional do livre convencimento motivado encontra limites na necessidade de busca pela verdade real e na prerrogativa das partes em produzir provas.

No caso concreto, a recusa na oitiva da vítima certamente acarretou prejuízo à Acusação, em se tratando da **única** testemunha (ainda que referencial), do furto supostamente praticado, delito normalmente acobertado pela clandestinidade.

Mais ainda, a **única** testemunha de acusação ouvida em juízo, Mário Fernandes Chaves, policial militar que atuou na prisão em flagrante do réu, alegou não se recordar dos fatos, o que também compromete, deveras, apontar

Acesso ao Sumário

com certeza quem foi o autor do furto tentado.

Portanto, no sopesar das provas, conclui-se que, no que tange à autoria especificamente, é de se reputar demonstrado o prejuízo à parte acusatória, não incidindo, aqui, a regra específica do artigo 563 do Código de Processo Penal, vez que os elementos de convicção amealhados resumem-se àqueles da fase extraprocessual, por conseguinte, **não aptos, por si mesmos, para autorizar um juízo condenatório**, na inteligência do quanto disposto no artigo 155, *caput*, do Código de Processo Penal.

Por certo, pode-se depreender pelo referido dispositivo que os elementos de prova colhidos na fase investigatória tem aptidão para compor o cipoal de provas para condenação, desde que confirmados por outras provas produzidas sob o crivo do contraditório, *ex positis*:

> *Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.*

Atente-se, nesse aspecto, ao exemplar sodalício abaixo colacionado:

> *"APELAÇÃO CRIMINAL. **FURTO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO CABAL DA PRÁTICA DO DELITO**. CONJUNTO PROBATÓRIO INSUFICIENTE A PERMITIR A CONCLUSÃO DA AUTORIA, EM ESPECIAL OS ELEMENTOS DE CONVICÇÃO COLHIDOS SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO**. DÚVIDA INSTALADA QUE MILITA A FAVOR DO RÉU. PROLAÇÃO DE CONDENAÇÃO ANCORADA EXCLUSIVAMENTE NOS INDÍCIOS DA FASE INQUISITORIAL. DESCABIMENTO. DECISÃO TEMERÁRIA. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 155 DO CPP. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE**. RECURSO PROVIDO. - Para uma condenação é necessário extrair da prova a certeza e a segurança quanto à autoria delitiva dos fatos narrados na exordial. - Se os elementos de convicção colhidos na instrução criminal, sob o crivo do contraditório, não revelam de forma estreme de dúvidas a autoria do crime, descabida e temerária se revela uma condenação com base apenas em fortes presunções e probabilidades. - **Incabível a manutenção da condenação com fundamento apenas em indícios colhidos na fase administrativa, conforme vedação expressamente prevista no artigo 155 do CPP**".* (TJ-MG - APR: 10134120030058001 MG, Relator: Nelson Missias de Morais, Data de Julgamento: 28/02/2013, Câmaras Criminais Isoladas/ 2ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 11/03/2013, destaquei)

Portanto, é inaceitável que o ofendido, regularmente intimado na pessoa de sua representante legal (genitora) para comparecimento perante o Poder Judiciário, simplesmente deixe de imotivadamente comparecer ao ato ápice da fase instrutória, sob pena de se verificar, diante das particularidades do caso, verdadeiro cerceamento da Acusação.

Acesso ao Sumário

No caso concreto, impor-se-ia, no limite, a **condução coercitiva** da vítima (artigo 411, § 7º, do Código de Processo Penal), devidamente acompanhada pela representante legal, porque a ninguém seria dada a escusa de furtar-se à colaboração da Justiça.

Embora aparentemente haja menor interesse na persecução punitiva, sob o prisma do ofendido (que recuperou o bem furtado pela oportuna intervenção alheia), permanece hígido o interesse público em investigar e, se for o caso, punir a transgressão penal, coibindo esse tipo de conduta delinquente.

Do exposto, por meu voto, acolhida a preliminar de cerceamento à acusação, **DOU PROVIMENTO** ao apelo para anular a sentença absolutória proferida em favor do apelado **REINALDO RODRIGUES FERNANDES** e determinar a devolução dos autos à instância original para nova audiência instrutória, com vistas à oitiva da vítima.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 3012446-43.2013.8.26.0320, da Comarca de Limeira, em que é apelante MACIEL ANTONIO DA SILVA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 6.775)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GRASSI NETO (Presidente), ALCIDES MALOSSI JUNIOR e LAURO MENS DE MELLO.

São Paulo, 30 de julho de 2015.

GRASSI NETO, Relator

Ementa: Tráfico de entorpecentes – Agente que traz consigo pequena quantidade de substância estupefaciente – Desclassificação para porte de entorpecentes (art. 28 da Lei n. 11.343/06) – Ausência de elementos indicativos de destinação do tóxico para fins de tráfico – Cabimento.

Deve ser mantida a desclassificação da imputação de tráfico de entorpecentes para o crime previsto no

Acesso ao Sumário

art. 28 da Lei n. 11.343/06, sempre que a dinâmica dos fatos e as circunstâncias que cercaram a prisão do acusado e a apreensão de substâncias estupefacientes forem indicativas não de traficância, mas de mero porte para consumo próprio.

Tráfico de entorpecentes – Agente que oferece substância estupefaciente, sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para consumo compartilhado – Conjunto probatório desfavorável – Caracterização.

Para a realização do tipo penal previsto no art. 33, § 3º, da Lei n. 11.343/06, basta a oferta gratuita da substância entorpecente, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para consumo compartilhado.

Pena – Tráfico de entorpecentes – Previsão legal de pena de multa a ser aplicada cumulativamente com a pena privativa de liberdade no preceito sancionado do art. 33 da Lei n. 11.343/06 – Constitucionalidade.

A imposição cumulativa de sanção pecuniária é opção legislativa adotada no combate ao tráfico de entorpecentes, que não implica em afronta aos postulados constitucionais da isonomia, da individualização da pena, ou da proporcionalidade; ao contrário, atende perfeitamente ao binômio: necessidade/adequação.

VOTO

Vistos,

Pela r. sentença de fls. 176/183, prolatada pelo MM. Juiz Adilson Araki Ribeiro, cujo relatório ora se adota, MACIEL ANTONIO DA SILVA foi condenado como incurso no art. 33, § 3º, da Lei 11.343/06, às penas de 06 meses de detenção, em regime inicial aberto, e de 700 dias-multa, à razão de 1/30 do maior salário mínimo vigente à época dos fatos, substituída a privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade pelo mesmo período. Pela mesma decisão, foi condenado como incurso no art. 28 do mesmo diploma legal, à pena de 05 meses de prestação de serviços à comunidade, em concurso material de crimes.

Consoante consta da exordial acusatória, o ora apelante Maciel teria sido surpreendido transportando 24 gramas de cocaína, sob a forma de 30 porções.

Acesso ao Sumário

Inconformado, apelou o réu em busca de sua absolvição por falta de provas quanto ao crime previsto no art. 33, § 3º, da Lei 11.343/06. Subsidiariamente, requer a diminuição da pena de multa aplicada, alegando não ter condições financeiras de arcar com o valor arbitrado.

Processado e contra-arrazoado o recurso, a Douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo seu desprovimento.

É o Relatório.

O recurso não merece prosperar.

A condenação do acusado pelos crimes previstos nos arts. 28 e 33, § 3º, ambos da Lei de Tóxicos foi bem decretada e veio embasada em suficiente acervo probante, haja vista que Maciel foi preso em situação de flagrância, na posse de 30 poções de cocaína, certo que, quando de sua prisão em flagrante, salientou que encontrou com Rodrigo, Daiane e Tais fornecendo-lhes gratuitamente o entorpecente.

A materialidade delitiva restou perfeitamente demonstrada pelos autos de fls. 27/29 e pelos laudos de fls. 31 e 76/78.

A prova oral (fls. 03/04, 06, 07, 08, 09, 125, 126, 140, 152 e mídia digital na contracapa) colhida na instrução criminal mostrou-se, outrossim, apta não apenas para demonstrar a dinâmica dos fatos, como o dolo do agente e sua vinculação à autoria delitiva, principalmente se for levado em consideração a confissão do réu, em ambas as fases da persecução penal (fls. 10/11 e 124), bem como, as declarações de seus colegas, que ocupavam o veículo e que confirmaram que ele dividiu o entorpecente entre todos eles.

Incontroverso, assim, que o entorpecente apreendido em poder do acusado se destinava ao seu próprio consumo, bem como, que Maciel ofertou parte dele gratuitamente, sem objetivo de lucro, a seus amigos, para que, juntos, o consumissem.

As penas, criteriosamente dosadas e fundamentadas em seus patamares mínimos, em perfeita consonância com o sistema trifásico, com a imposição do regime inicial aberto e a substituição da privativa de liberdade imposta pelo crime previsto no art. 33, § 3º, da Lei de Tóxicos, por restritiva de direitos, não comportam qualquer reparo.

Não há, ainda, como afastar a pena de multa imposta ao acusado, uma vez que prevista no preceito secundário da norma penal incriminadora pela qual ele foi condenado.

A imposição cumulativa de sanção pecuniária é, outrossim, opção legislativa adotada no combate ao tráfico de entorpecentes, que não implica em afronta aos postulados constitucionais da isonomia, da individualização da pena, ou da proporcionalidade; ao contrário, atende perfeitamente ao binômio: necessidade/adequação.

Acesso ao Sumário

Consigne-se que se, apesar de o Magistrado ter considerado a condição econômica na dosimetria da pena, esta ainda corresponder a valor excessivo diante da situação econômica do sentenciado, sempre restará a este a alternativa de pleitear o parcelamento de sua pena junto ao Juízo da Execução, conforme preceituado no art. 169 da Lei n. 7.210/84.

Examinando os autos, portanto, verifica-se que a sentença combatida analisou corretamente as questões suscitadas e avaliou com propriedade o conjunto probatório, tendo dado exato deslinde à causa.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso, restando mantida a r. sentença por seus jurídicos fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000019-51.2012.8.26.0045, da Comarca de Santa Isabel, em que é apelante MARCIO ANTONIO ADRIANI, 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: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.209)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME DE SOUZA NUCCI (Presidente sem voto), NEWTON NEVES e OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO.

São Paulo, 7 de julho de 2015.

BORGES PEREIRA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Apelação – Delito previsto no artigo 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal – Nulidade por cerceamento de defesa – Inadmissibilidade – Principio da identidade física do juiz – Aplicação analógica do artigo 132 do Código de Processo Civil – Pretensão absolutória – Inadmissibilidade – Conjunto probatório suficiente à condenação – Participação de menor importância – Inviabilidade – Coação moral irresistível não evidenciada durante a regular instrução do feito – A questão da resistibilidade na coação deve ser aferida em cada caso concreto, de

acordo com as circunstâncias em que o fato ocorreu – Para que a coação seja irresistível é preciso que o coagido não tenha como enfrentá-la em condições razoáveis, o que não ocorreu na espécie – Apelo não provido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta pela defesa de **Marcio Antonio Adriani** relativamente à sentença de fls. 243/259 v., que o condenou como incurso no artigo 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, à pena de (06) seis anos de reclusão em regime inicial fechado 14 (quatorze) dias-multa, no valor de 1/30 do salário mínimo cada dia-multa, no valor unitário mínimo legal, impossibilitado o recurso em liberdade.

A defesa de Marcio suscita, preliminarmente, nulidade do feito criminal, na medida em que as diligências postuladas pela Defesa foram indeferidas pelo MM. Magistrado. Argui, igualmente, nulidade por violação ao princípio da identidade física do Juiz. No mérito, postula a improcedência da ação, sustentando que foi vítima de um sequestro. Alternativamente, pugna pelo reconhecimento da participação de menor importância, eis que não participou de atos de violência e grave ameaça no delito perpetrado. Igualmente, requereu pela causa excludente de culpabilidade de inexigibilidade de conduta diversa ou coação moral irresistível (fls. 263/294).

Devidamente contrariado o recurso (fls. 297/308), o D. representante da Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo improvimento do apelo defensivo (fls. 315/323).

RELATADOS

As preliminares alteadas não merecem fomento.

Isto porque, comungo do entendimento firmado pelo MM. Magistrado *a quo* no sentido de que as diligências requeridas pela Defesa – reconstituição do crime e elaboração do retrato falado dos demais envolvidos – foram indeferidas com fundamentação idônea, sobretudo porque impertinentes e desnecessárias à instrução probatória.

Com efeito, ressaltou o MM. Juiz de Direito de primeiro grau que as diligências requeridas tinham por finalidade apenas procrastinar o feito criminal, sobretudo pela presença de testemunhas presenciais, acrescentando que a eventual participação de comparsas do acusado é objeto de investigação policial independendo de qualquer nova requisição.

"O art. 400, § 1º, do CPP, dispõe que:

(...) § 1º As provas serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias.".

Acesso ao Sumário

Portanto, pelo princípio da livre convicção, o Magistrado não está obrigado a deferir todas as diligências requeridas pelas partes, devendo para tanto verificar o seu cabimento, indeferindo as que se fizerem desnecessárias e irrelevantes, sem que isso configure cerceamento de defesa.

Neste sentido já se posicionou o Pretório Excelso e SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ARTIGO 499 DO CÓDIGO DE PROCESO PENAL. INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIA. VIOLAÇÃO À AMPLA DEFESA. INOCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA. I - O deferimento de provas submete-se ao prudente arbítrio do magistrado, cuja decisão, sempre fundamentada, há de levar em conta o conjunto probatório já existente. II - É lícito ao juiz indeferir diligências que reputar impertinentes, desnecessárias ou protelatórias. III - Indeferimento devidamente fundamentado. IV - Inocorrência de afronta aos princípios da ampla defesa e do contraditório ou às regras do sistema acusatório. V - Ordem denegada." (STF, HC nº 91.777/SP, Relator o Min. Ricardo Lewandowski, DJU 11/10/2007)

'RECURSO EM HABEAS CORPUS. DILIGÊNCIAS REQUERIDAS PELA DEFESA NA FASE DO ART. 499 DO CPP. INDEFERIMENTO PELO JULGADOR, POR CONSIDERÁ-LAS MERAMENTE PROCRASTINATÓRIAS. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. O deferimento de diligências requeridas na fase do art. 499 do CPP é ato que se inclui na esfera de relativa discricionariedade do magistrado processante, que poderá indeferi-las em decisão fundamentada, quando as julgar protelatórias ou desnecessárias e sem pertinência com a instrução do processo. Sendo essa a hipótese dos autos, não há falar em cerceamento de defesa. Ademais, não é o habeas corpus o meio adequado para a verificação da conveniência ou necessidade da produção de tais provas. Recurso desprovido" (RHC 9073/MG, Quinta Turma, rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, RSTJ 139/466).

Acesso ao Sumário

Com efeito, como acima salientado, verifica- se que as diligências postuladas pela Defesa não se mostram pertinentes à apuração dos fatos, tratando-se de medidas desnecessárias e protelatórias, com o único fim de tumultuar o regular desenvolvimento do feito processual, já complexo em razão da natureza e das circunstâncias em que ocorreram os fatos.

Igualmente não há se falar em ofensa ao principio da identidade física do Juiz.

Isto porque a aplicação do mencionado princípio não é absoluta, possibilitando flexibilização nas situações excepcionais previstas no artigo 132 do Código de Processo Civil (c/c art. 3º, do Código de Processo Penal), como

nas hipóteses de convocação, licença, promoção, aposentadoria ou afastamento do Magistrado por qualquer motivo, sendo aludido dispositivo legal aplicado por analogia.

Nesse sentido, o Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 116205, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, que ressalta a necessidade de moderação na aplicação do princípio do juiz natural de forma que a sentença seja anulada apenas "nos casos em que houver um prejuízo flagrante para o réu ou uma incompatibilidade entre aquilo que foi colhido na instrução e o que foi decidido". Ele entendeu não haver qualquer vício a ser reconhecido no caso. Destacou que o fato de o Juiz titular encontrar-se de férias quando da conclusão dos autos para sentença é uma situação que se enquadra na expressão "afastado por qualquer motivo", disposta no artigo 132 do Código de Processo Civil, que deve ser aplicado por analogia ao processo penal (art. 3º, do Código de Processo Penal).

Nenhuma nulidade, portanto.

No mérito, segundo se afere da inicial acusatória, o ora apelante foi preso em flagrante por suposta prática de roubo no interior do condomínio "Residencial Arujazinho IV", com a agravante de ter se aproveitado de ser conhecido pelos funcionários para autorizar o ingresso de outros assaltantes.

Consta dos autos que agindo em concurso com outros indivíduos, em unidade de desígnios, teria praticado roubo ocorrido em uma residência no *Condomínio Arujazinho IV*, onde foram filmados pelas câmeras de segurança de referido condomínio, quando receberam autorização para entrar pela portaria em um veículo Ford/KA, de cor prata, sendo certo que o ora apelante teria autorizado a entrada dos indivíduos por ser conhecido dos funcionários, haja vista ser empreiteiro e ter acesso ao local dos fatos, em face da existência de obras dentro no aludido condomínio.

No local, os roubadores ingressaram na residência localizada na Rua Tuia, subjugaram a empregada da casa - Maria Nelci - e o proprietário Claudio D'Orazio e, ameaçando-os mediante o emprego de arma de fogo, subtraíram U$ 15.000,00, R$ 2.500,00, um aparelho marca Nextel outro da Samsung e vários outros bens móveis.

A materialidade delitiva restou bem demonstrada pelo auto de prisão em flagrante, assim como pelas demais provas carreadas para os autos (fls. 30/31, 32, 59/63).

A autoria do delito em comento, não obstante o entendimento contrário firmado pela combativa Defesa, restou bem demonstrada.

Na fase inquisitorial, o réu permaneceu silente (fls. 19).

Em Juízo, o réu negou a prática do delito (fls. 129 e 192 – mídia digital).

O acusado esclareceu ser morador do Condomínio Aruja V e dali saiu por

Acesso ao Sumário

volta das 8:00 hs da Manhã. Disse ter ido, em uma padaria nas proximidades, abordado por dois agentes que pediram para ingressar no veículo para que fossem conduzidos até o condomínio Aruja IV, onde tinham que fazer um serviço. Outro veículo apareceu, e dois roubadores desceram e ingressaram no seu. Iniciaram-se ameaças com relação a seus familiares, para que permitisse a entrada no condomínio, tendo atendido a determinação. Teve que ingressar no Condomínio pela porta de serviços, gesticulando com o polegar para o segurança e, como este o conhecia, autorizou sua entrada. Esclareceu que tinha fácil acesso, por ter realizado várias obras no local. No interior do condomínio quase todos ingressaram no Ford Ka, permanecendo ele e outro roubador em seu carro. Após alguns minutos, um dos agentes voltou desesperado esclarecendo que o serviço havia sido feito. O réu disse que permanecesse no condomínio durante uma hora, pois, caso contrário, sua família seria executada. Em seguida, na portaria, policiais perguntaram se sabia o que tinha acontecido e, como nada respondeu, os milicianos disseram que "a casa tinha caído" e pediram para que contasse os fatos. Não deu nenhuma justificativa plausível para o fato de não ter ligado para seus familiares quando liberado pelos roubadores. Igualmente, não soube explicar o motivo pela qual não avisou a Polícia acerca de seu suposto sequestro.

Tal negativa, no entanto, não é digna de credibilidade, eis que não encontra eco nos demais elementos probatórios trazidos para os autos.

Isto porque os depoimentos das testemunhas Waldirene Araujo Muler e Ana Paula Maria da Silva dão conta que o acusado disse que o carro dos roubadores estava com ele, autorizando a entrada daqueles no condomínio. Waldirene acrescentou que no momento em que foi mencionada a suspeita de roubo, o acusado negou que tivesse autorizado a entrada dos indivíduos do carro prata e disse "você esta louca, eu só autorizo meus amigos" e que não deu qualquer outra versão dos fatos (fls. 129 e 192 – mídia digital).

O depoimento de Anderson Silva, por seu turno, esclarece que o réu tinha três obras no condomínio, razão pela qual era conhecido. Também presenciou o momento em que o acusado ingressou, asseverando que Márcio abriu o vidro e disse "o carro de trás está comigo", acrescentando que este tinha os vidros bem escurecidos e não observou alguém no banco do passageiro. Disse que o réu estava normal, não aparentava nervosismo. Na saída do Ka, os seus ocupantes aparentavam nervosismo e disseram que tinham entrado com Marcio, razão pela qual autorizou a saída. No momento em que o acusado tentou sair pela portaria em que estava nada disse sobre ter sido vítima de sequestro (fls. 129 e 192 – mídia digital).

Acesso ao Sumário

O policial militar Wilson Garcia Gomes, por sua vez, afirmou que em patrulhamento de rotina foram informados do aludido assalto no condomínio. Disse que contatadas as vítimas estas olharam as imagens do condomínio

e observaram que o acusado havia franqueado a entrada do automóvel dos roubadores. Instado a se manifestar o ora apelante novamente negou que tivesse autorizado a entrado daquele carro (fls. 129 e 192 – mídia digital).

No mesmo sentido, essencialmente, o depoimento do policial Militar João Robson Alves de Jesus (fls. 129 e 192 – mídia digital).

Nem se alegue suspeitos os testemunhos dos policiais. Tais depoimentos devem ser valorizados de forma idêntica a qualquer outro, só cedendo lugar à prova em sentido contrário a ser produzida pela defesa, que não foi o caso dos autos.

Nesse sentido:

"Não se pode presumir em policiais ouvidos como testemunha a intenção de incriminar falsamente o acusado da prática de crime contra a saúde pública na modalidade de tráfico de entorpecente por asseverarem que a substância tóxica foi encontrada em poder daquele. A presunção, ao contrário, é de idoneidade dessas testemunhas, ainda mais quando seus depoimentos são seguros, precisos e uniformes desde a fase inquisitorial e não há qualquer razão concreta de suspeição" (RT 610/369).

Ademais, segundo entendimento jurisprudencial majoritário, o depoimento de um policial tem o mesmo valor probante que o de um civil, ambos respondendo pelo falso testemunho que possam prestar, pelo que só deve ser rejeitado quando seguramente infirmado por outro elemento da prova, o que certamente não ocorre no presente feito. Assim, o depoimento prestado por policiais tem validade, havendo presunção "juris tantum" de que agem escorreitamente no exercício de suas funções (RJTJESP, ed. LEX, 136/476 e 495, 135/493, 129/501, 125/563, 122/489, 115/253, 107/457, 97/467, 95/468, 93/400, 90/496, 81/391 e 70/371).

Se não bastasse, o ofendido Claudio D'Orazio relatou em detalhes como sucedeu o roubo em sua residência e acrescentou que o réu prestava serviços a ele, como empreiteiro, e sabia inclusive que tinha vendido recentemente dois imóveis, acreditando que aquele imaginava que o dinheiro da alienação estava em sua residência.

Na espécie, as narrativas do ofendido e testemunhas, acerca do crime foram sempre coerentes, encontrando amparo nas demais provas trazidas aos autos, inexistindo qualquer animosidade entre acusado e aqueles.

Demais disso, como é cediço, nos delitos patrimoniais, quase sempre cometidos na clandestinidade, as declarações da vítima são sobremaneira importantes para elucidar os fatos e desvendar a autoria.

Na lição do professor TOURINHO FILHO, "*a vítima do crime, em geral, é quem pode esclarecer, suficientemente, como e de que maneira teria ele ocorrido. Foi ela quem sofreu a ação delituosa e, por isso mesmo, estará*

Acesso ao Sumário

apta a prestar os necessários esclarecimentos à justiça." (**"Processo Penal", 3º vol., Saraiva, São Paulo, 1993, p. 259**), nesse sentido também se orientando a jurisprudência (**JUTACRIM 95/268 e RJDTACRIM 25/319**).

Em casos como o trazido a julgamento, a Jurisprudência já é tranquila em reconhecer que a palavra da vítima é suficiente para provar a autoria e a materialidade do delito.

Nesse sentido:

A palavra da vítima tem subido valor na aferição da prova da materialidade do roubo e de sua autoria. Apenas decai de estima se obra de erro ou mentira, que se não presumem, antes devem ser comprovados ad satiem, pois repugna à razão humana queira alguém acusar inocentes (Apelação nº 1.195.769/4, Julgado em 15/06/2000, 15ª Câmara, Relator: Carlos Biasotti, RJTACRIM 49/112).

Logo se vê que o quadro probatório produzido revela-se assaz elucidativo e convincente acerca da materialidade e autoria delitivas atribuídas ao apelante, na medida em que inexiste indício de eventual interesse da vítima e testemunhas em incriminarem falsamente o acusado, estabelecendo suficiente lastro de certeza, autorizando, tranquilamente, o desate condenatório.

Diante do conjunto probatório amealhado para os autos, não há que se falar, portanto, em absolvição por insuficiência probatória.

Assim, diversamente do que argumenta a combativa Defesa, a prática dos atos delituosos foi perfeitamente comprovada e bem analisada, não podendo se falar em fragilidade do conjunto probatório.

Bem demonstrada a participação do réu na empreitada criminosa.

Está caracterizada a culpabilidade do acusado ora apelante, a tipicidade dos fatos, bem como a antijuridicidade de seu comportamento.

O pedido de participação de menor importância, de igual forma, não merece fomento.

Com efeito, ficou bem demonstrado que o ora apelante teve participação importante na empreitada criminosa, tendo facilitado a entrada dos roubadores no condomínio em que era conhecido, e inclusive há indícios de que teria conhecimento de que o ofendido havia vendido dois imóveis recentemente.

Assim, o pleito alternativo de participação de menor importância do apelante não merece guarida.

Saliente-se que a participação de menor importância ocorre quando a ação do coautor embora concorra para a prática do delito, mostra-se de pouca ou quase nenhuma eficácia para o seu desfecho. Se da prova coligida não resta definitivamente comprovada a menor participação não há como se acolher o pedido.

Acesso ao Sumário

Não é demais ressaltar, ainda, que a expressão "de qualquer modo" utilizada no *caput* do artigo 29, deve ser entendida como a causalidade material e psíquica, tendo como consequência, àquele que concorre para um evento, consciente e voluntariamente, o dever de responder pelo resultado.

Portanto, conclui-se que o acusado de qualquer modo concorreu para o delito, incidindo nas penas a este cominadas, por ter sido autor do crime em comento, na medida em que ele teve participação de extrema importância como acima salientado.

Com relação a excludente de ilicitude sustentada pela douta defesa, verifica-se que efetivamente, no caso ora em comento, não sucedeu a ocorrência da coação moral irresistível.

Em momento algum tal excludente restou demonstrada, pois durante todo o tempo em que se desenvolveu a empreitada criminosa, e mesmo antes do cometimento do crime, o apelante tinha vários meios lícitos de obstar a prática delitiva opondo-se à pretensão dos comparsas, se com eles não estivesse com o mesmo desígnio criminoso.

A questão da resistibilidade na coação deve ser aferida em cada caso concreto, de acordo com as circunstâncias em que o fato ocorreu. Para que a coação seja irresistível é preciso que o coagido não tenha como enfrentá-la em condições razoáveis, o que não ocorreu na espécie.

A dosimetria da pena imposta, não merece reparo.

Mantem-se a pena-base acertadamente fixada pouco acima do piso mínimo, atentando para os critérios dispostos no artigo 59 do Código Penal, em 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão, mantida neste patamar, em segunda fase, pela ausência de agravantes ou atenuantes.

Na terceira etapa, pela presença de duas causas de aumento de pena concernentes ao concurso de agentes e emprego de arma de fogo, a sanção imposta foi majorada acertadamente em 1/3 (um terço), totalizando uma reprimenda de 06 (seis) anos de reclusão, mais 14 (quatorze) dias multa, no piso.

Igualmente apresenta-se coerente a fixação do regime inicial fechado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, por se tratar de roubo duplamente circunstanciado, não se podendo olvidar que as circunstâncias judicias foram consideradas desfavoráveis ao réu ora apelante.

Isto posto, **REJEITADAS AS PRELIMINARES, NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso interposto pela Defesa de **MARCIO ANTONIO ADRIANI**, mantida a r. decisão por seus próprios fundamentos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0009155-23.2013.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante CRISTINA TORRES DE MENEZES, 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: "deram provimento ao recurso de Cristina Torres de Menezes para, com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal, absolvê-la da imputação de violação ao art. 306 da Lei 9.503/97. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.572)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VICO MAÑAS (Presidente), JOÃO MORENGHI e ANGÉLICA DE ALMEIDA.

São Paulo, 5 de agosto de 2015.

VICO MAÑAS, Relator

Ementa: Embriaguez ao volante – Prova – Sinais que indiquem alteração da capacidade psicomotora – Necessidade de elaboração de auto de infração ou termo específico – Resolução nº 432/13 do Contran – Inexistência – Absolvição.

VOTO

Cristina Torres de Menezes foi condenada pelo MM. Juiz de Direito da 8ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo a 06 (seis) meses de detenção, em regime aberto, com substituição por prestação de serviços à comunidade, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor mínimo unitário, bem como a 02 (dois) meses de suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor, como incursa no art. 306 da Lei 9.503/97.

Inconformada, pretende a absolvição, sustentando insuficiência probatória. Subsidiariamente, requer a substituição da pena privativa de liberdade unicamente por multa.

Oferecidas as contrarrazões (fls. 134/139), a D. Procuradoria da Justiça opina pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

Segundo a denúncia, na manhã de 28 de janeiro de 2013, a apelante dirigia Toyota Corolla pela via pública e colidiu contra Fiat Palio pilotado por Cícero Luiz da Silva. Por conta da colisão, policiais militares compareceram ao

Acesso ao Sumário

local e, vislumbrando possível embriaguez da ré, solicitaram que se submetesse a teste de etilômetro. Apesar da recusa, conduziram-na à central de flagrantes porque apresentava "sinais claros" de alteração da capacidade psicomotora, tais como forte odor etílico, olhos vermelhos, fala pastosa, comportamento exaltado e desequilíbrio.

Na delegacia, a recorrente negou a imputação. Quando trafegava por avenida, "veio um motoqueiro buzinando, então jogou o carro para o lado direito e colidiu" com outro automóvel. Esteve em boate e trazia garrafa de cerveja no veículo, mas não bebeu (fl. 10). Em juízo, optou pela revelia (fl. 103).

Os milicianos ratificaram os termos da inicial. Cristina apresentava "todos os sinais típicos de estar alcoolizada" (CD de áudio juntado à fl. 102).

Cícero confirmou que Corolla em alta velocidade atingiu seu carro. A condutora parecia alcoolizada (CD de fl. 93).

Médico atestou que, no momento do exame clínico, a sentenciada não apresentava sinais de embriaguez (fl. 62).

Reputando suficientes os depoimentos dos PMs e de Cícero, uma vez que a Lei 12.760/12 admite "qualquer meio apto de prova para demonstrar a embriaguez ao volante", bem como imprestável a referida perícia, realizada "cinco horas após o evento", o Magistrado condenou a recorrente.

Sem razão, porém.

Criminaliza o art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro a condução de veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência. Em seu parágrafo primeiro, incluído pela Lei nº 12.760/12, esclarece que as condutas previstas no "caput" serão constatadas por: I - concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar; ou II - sinais que indiquem, *na forma disciplinada pelo Contran*, alteração da capacidade psicomotora.

O Conselho Nacional de Trânsito, por meio da Resolução nº 432, de 23 de janeiro de 2013, regulamentou os procedimentos a serem adotados pelas autoridades de trânsito e seus agentes na fiscalização do consumo de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência, para aplicação do disposto nos arts. 165, 276, 277 e 306 da Lei nº 9.503/97.

Assim, ao tratar do crime ora em comento, estabeleceu no art. 7º que será caracterizado de quatro maneiras, dentre elas, por "sinais de alteração da capacidade psicomotora *obtidos na forma do art. 5º*". Este dispositivo, a seu turno, dispõe que tais características, elencadas no Anexo II, poderão ser constatadas pelo agente da Autoridade de Trânsito e DEVERÃO ser descritas no auto de infração ou em termo específico que contenha as informações mínimas indicadas no aludido complemento, "*o qual deverá acompanhar o auto de*

Acesso ao Sumário

infração".

De acordo com o Anexo II, é obrigatório que o termo, para constatação dos sinais de alteração da capacidade psicomotora, contenha dados de identificação do órgão de trânsito, do fiscal, do condutor e de eventuais testemunhas, narração da abordagem, relato do motorista, bem como os sinais observados pelo agente fiscalizador quanto à aparência, atitude, orientação, memória e capacidade motora e verbal do condutor. Ao final, necessário ainda que a autoridade de trânsito conclua expressamente se, ante os sinais verificados, apurou que o condutor se encontrava sob influência de álcool ou de substância psicoativa.

Como se vê, embora a atual legislação admitida a comprovação do estado de embriaguez por meio da verificação de sinais de alteração da capacidade psicomotora e os policiais que atenderam a ocorrência tenham mencionado no flagrante e em juízo informações a sugerir que Cristina dirigiu veículo sob influência de álcool, não foi lavrado o auto de infração ou termo específico exigidos pela lei para a demonstração da circunstância.

Ressalte-se que o art. 7º, § 2º, da Resolução do Contran, é claro ao ordenar que, configurado o crime capitulado no art. 306 do CTB mediante averiguação de sinais de alteração da capacidade psicomotora obtidos na forma do art. 5º (descrição em auto de infração ou termo específico), "o condutor e testemunhas, se houver, serão encaminhados à Polícia Judiciária, *devendo ser acompanhados dos elementos probatórios*".

Quanto ao exame clínico realizado mais de quatro horas depois dos fatos, cumpre consignar que, desconhecidos, no caso, o teor alcoólico das bebidas supostamente ingeridas pela ré e o tempo necessário para que não mais apresentasse sinais de embriaguez, não se pode descartar a possibilidade de que negativo o resultado porque não as consumiu ou porque o fez em quantidade inferior à exigida para a configuração do crime.

Por fim, também lavrado o flagrante após algumas horas, nada impede que a exaltação e nervosismo apresentados pela sentenciada decorressem tão-somente do trauma gerado pela colisão do automóvel que conduzia transportando amigos.

Nesse quadro, forçoso reconhecer a inexistência de prova da materialidade da infração.

Nunca é demais repetir que a condenação criminal exige certeza e, se dúvida houver, só pode ser resolvida em favor do acusado.

Frente ao exposto, dá-se provimento ao recurso de Cristina Torres de Menezes para, com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal, absolvê-la da imputação de violação ao art. 306 da Lei 9.503/97.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0023351-95.2013.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ALINE ALBUQUERQUE LIRA, 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 ao recurso. V.U. Esteve presente o Estagiário Francisco Martins.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.955)**

O julgamento deve a participação dos Exmo. Desembargadores JOSÉ RAUL GAVIÃO DE ALMEIDA (Presidente) e MACHADO DE ANDRADE.

São Paulo, 6 de agosto de 2015

MARCO ANTONIO MARQUES DA SILVA, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – ACÓRDÃO PROLATADO – INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL – REANÁLISE DA MATÉRIA – APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 543-C, § 7º, II, DO CPC – IMPOSSIBILIDADE – PROCESSO PENAL TRATA DE QUESTÕES ATINENTES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEGURANÇA JURÍDICA E SOCIAL – DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

FURTO – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – INADMISSIBILIDADE – VALOR SUBTRAÍDO CONSIDERÁVEL – PERSONALIDADE DA RÉ VOLTADA AO DELITO EVIDENCIADA – REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS – DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS – RECURSO IMPROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Aline Albuquerque Lira, qualificada nos autos, foi processada e ao final condenada por sentença prolatada pela MMª. Juíza de Direito Cláudia Carneiro Calbucci Renaux, no processo nº 568/2013, que tramitou pela 13ª Vara Criminal Central da Comarca de São Paulo – SP, à pena de 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 01 (um) dia-

multa, por infração ao artigo 155, ***caput***, c.c. com o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal.

Presentes os requisitos legais, a pena privativa de liberdade foi substituída por uma restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade, a ser fixada pelo Juízo das Execuções.

Inconformada, recorreu pleiteando a absolvição, alegando insuficiência probatória ou, ao menos, o reconhecimento da atipicidade da conduta, com base no crime impossível. Subsidiariamente, buscou o reconhecimento do furto famélico ou a aplicação do princípio da insignificância.

Por Acórdão prolatado na Apelação Criminal nº 0023351-95.2013.8.26.0050, julgada em 25 de setembro de 2014, por votação unânime, foi negado provimento ao recurso (fls. 147/164).

Inconformada, a Defesa interpôs Recurso Especial, requerendo a reforma do Aresto, buscando a absolvição, alegando insuficiência probatória ou, ao menos, o reconhecimento da atipicidade da conduta, com base no crime impossível. Subsidiariamente, requereu o reconhecimento do furto famélico ou a aplicação do princípio da insignificância.

Processado, foi dado parcial provimento, sendo determinado pelo Superior Tribunal de Justiça a reapreciação da matéria, tão somente em relação à possibilidade de aplicação do princípio da insignificância, determinando ao este Egrégio Tribunal de Justiça que proceda a verificação dos seus requisitos, como entender de direito.

É o relatório.

Inicialmente, à guisa de argumentação, reafirmamos nosso posicionamento em relação à nova manifestação da Turma Julgadora sobre questões já decididas, o que, s.m.j, afronta o princípio do livre convencimento motivado.

Nestes termos já nos manifestamos pela inaplicabilidade do artigo 543-C, § 7º, inciso II, do Código de Processo Civil, posto que, uma vez proferido e publicado o Acórdão, entendemos cessar a jurisdição desta Corte, que só poderia voltar a se manifestar no processo em sede de embargos de declaração.

Acesso ao Sumário

Não sendo assim, estaríamos dando oportunidade e até mesmo forçando eventual juízo de retratação não previsto na Legislação Processual Penal, com ofensa aos princípios do contraditório, ampla defesa e até mesmo da dignidade humana, já que em apreço questões relacionadas aos direitos fundamentais da acusada, como o ***ius libertatis***, bem como atinentes à segurança jurídica e social, posto que, em termos penais, o processo também visa à repressão do crime e a manutenção da ordem e paz social.

Além disso, submeter matéria penal à reanálise pela Turma julgadora, que já havia firmado seu posicionamento no caso concreto, frise-se mais uma vez, sem previsão na Lei Penal Adjetiva, poderia dar ensejo à prática de eventual

reformatio in pejus indireta, vedada pelos princípios gerais do Direito Penal, com abalo da estabilidade da relação processual penal e da segurança jurídica.

Dessa forma, entendemos inaplicável, no Processo Penal, o disposto no inciso II, do § 7º, do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, cabendo aos Tribunais Superiores a análise da matéria em toda sua extensão.

Por esses mesmos argumentos, em regra, havendo recurso à Instância Superior, não seria devida a determinação de nova manifestação sobre as questões já apreciadas pelo Tribunal ou Juízo de origem.

No presente caso, em que pese já termos nos posicionado pela inaplicabilidade do princípio da insignificância e, portanto, pelos motivos expostos não nos caberia nova análise da questão, em cumprimento à determinação superior, passamos a reanalisá-la.

Na hipótese tratada nos autos, não cabe a aplicação do princípio da insignificância.

Como já ponderado, deve-se considerar que os objetos possuem valores relativos, o que pode ser desprezível para alguns, para outros pode ter grande importância, pelo que não se pode inferir da inexistência do crime pela irrelevância do objeto.

O valor subtraído pela apelante é considerável, correspondendo quase a 1/6 (um sexto) do salário mínimo vigente à época[1] e, dessa forma, não pode ser considerado como pequeno ou insignificante.

Há que se considerar, também, que a alegação de subtração de bens de pequeno valor não constitui crime é ao menos duvidosa, pois geraria uma verdadeira autorização, por exemplo, para que os supermercados (o caso dos autos) fossem furtados, visto que a grande maioria dos bens ali vendidos, considerados individualmente, tem pequeno valor, principalmente se considerado o patrimônio da empresa-vítima.

Nesse sentido:

FURTO PRIVILEGIADO - Valor do bem irrisório - Impossibilidade de se falar em fato atípico - Circunstância que enseja a condenação - Pequeno valor da res furtiva que influenciará na fixação da pena (TACrimSP) - RT 817/581.

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - Furto - Postulado que não deve utilizar como parâmetro exclusivamente o patrimônio da vítima ou o valor do salário mínimo - Vetor interpretativo que deve levar em consideração a realidade social do País - Princípio que deve incidir nas infrações ínfimas - Subtração de coisa de pequeno valor que enseja a aplicação da figura do privilégio (STF) - RT 842/476.

1 (R$ 678,00 – Decreto 7.872, de 26.12.2012).

Acesso ao Sumário

FURTO PRIVILEGIADO - Adoção do salário mínimo como parâmetro de referência para determinação do conceito de coisa de pequeno valor - Possibilidade - Fator, entretanto, que não deve ser reconhecido como critério de rigor aritmético, devendo o Juiz sopesar outras circunstâncias peculiares ao caso - Interpretação do art. 155, § 2º, do CP (STJ) - RT 787/578.

Além disso, a apelante demonstrou ousadia na prática criminosa, subtraindo, de uma vez, 17 (dezessete) itens, o que deixa claro sua personalidade voltada ao delito e desapego às normas sociais, exigindo maior rigor na penalização, como medida necessária e suficiente à prevenção e reprovação do crime.

Portanto, incabível a aplicação do princípio da insignificância, pelo não preenchimento dos requisitos, sendo a conduta juridicamente relevante e merecedora de reprovação.

Vale lembrar que a ré foi beneficiada com a aplicação do § 2º, do artigo 155, do Código Penal, com diminuição da pena.

Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso, mantendo-se o Acórdão recorrido, por seus próprios fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos nesses autos de Apelação nº 0000085-14.2013.8.26.0201, da Comarca de Garça, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado ANTENOR ROCHA DOS SANTOS.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, nos termos que constarão do acórdão. V.U." de conformidade com o voto de Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.953)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EDISON BRANDÃO (Presidente sem voto), EUVALDO CHAIB e IVAN SARTORI.

São Paulo, 11 de agosto de 2015.

LUIS SOARES DE MELLO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Embriaguez ao volante. Absolvição na origem. Irresignação ministerial. Procedência. Aparelho etilômetro não submetido à calibração anual. Irrelevância. Norma que diferencia calibração

e verificação, esta última tendo prazo certo e determinado de um ano. Calibração não sujeita a prazo, já que realizada pelo próprio fabricante apenas quando houver necessidade de eventual ajuste. Precedentes desta C. Corte. Materialidade constatada. Palavras de Policial Militar incriminatórias. Confissão judicial, ademais. Responsabilização imperiosa. Apenamento mínimo, com substituição por penas alternativas. Apelo provido.

VOTO

Visto.

Ao relatório da sentença douta, que se acolhe e adota, acrescenta-se que **Antenor Rocha dos Santos** saiu **absolvido**, com fundamento no art. 386, III, do Cód. Proc. Penal, da imputação pela prática da infração penal capitulada no art. 306, da Lei 9.503/97 (*condução de veículo automotor em estado de embriaguez*), com redação anterior à Lei n.º 12.760/12.

O apelo do Ministério Público – *f. 111/113* – pretende, essencialmente, a modificação do julgado em sua parte meritória e conclusiva, buscando a procedência da demanda e consequente inversão do resultado, com condenação, por defendida suficiência da prova acusatória, demonstrada a regularidade do aparelho etilômetro.

Anotam-se contrarrazões – *f. 123* – que defendem a mantença do decisório de origem.

Autos distribuídos (*f. 127*), foram imediatamente encaminhados à douta Procuradoria de Justiça que, após vista regular, conclui, em parecer respeitável, pelo improvimento do recurso ministerial – *f. 129/134* –, chegando o feito ao Gabinete do Relator, finalmente, aos ***8.jun.2015*** – *f. 135.*

É o relatório.

Denunciado o acusado pelo crime de condução de veículo automotor, em via pública, em estado de embriaguez (***art. 306, "caput", da Lei n.º 9.503/97, com redação anterior à Lei n.º 12.760/12***), foi **absolvido**, com fundamento no art. 386, III, do Cód. Proc. Penal, em razão da ausência de calibragem anual do aparelho etilômetro.

É dos autos que o acusado, após retornar de confraternização (*churrasco*) com os colegas de trabalho, onde ingeriu bebidas alcoólicas, conduz automóvel em via pública.

Em determinado momento, colide com outro automóvel, que ali também transitava.

Acesso ao Sumário

Acionada, a Polícia Militar o conduz à Delegacia de Polícia, instante em que, submetido a exame toxicológico de dosimetria alcoólica, constata-se àquele concentração de ***0,69 gramas de álcool por litro de ar alveolar.***

A condenação se faz necessária, nos exatos termos sugeridos pelo Ministério Público de primeira instância.

Data venia da origem.

Elementos mais do que suficientes a garantir autoria e materialidade delitiva.

Esta restou demonstrada pelo ***(i)*** boletim de ocorrência, *f. 3/5*, e ***(ii)*** exame positivo de verificação de embriaguez, *f. 6.*

Nada obstante o entendimento manifestado pelo ilustre julgador de origem, tem-se que o exame químico de dosagem alcoólica existente nos autos *(f. 6)* é **plenamente apto** a comprovar a existência do delito.

Conduta tipificada no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, com redação dada pela Lei n.º 11.705/08 (*anterior, portanto, à Lei n.º 12.760/12*), tinha como elementares "*Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência*".

E de forma majoritária – nada obstante o entendimento pessoal em contrário deste subscritor nos autos do Recurso em Sentido Estrito n.º 0102911-91.2010.8.26.0050 –, entendia-se que, para a configuração do crime de embriaguez ao volante, era indispensável a utilização de exame de sangue ou de etilômetro ("bafômetro").

Visando regulamentar a utilização do aparelho de etilômetro, o INMETRO editou a Portaria 006/2002 e o CONTRAN, a Resolução n.º 206/2006, dispondo:

> ***Art. 2º da Portaria 006/2002 do INMETRO****: Admitir a continuidade do uso dos etilômetros aprovados anteriormente, até a data da edição desta Portaria, desde que os erros, resultantes das medições com eles efetuadas, não excedam os erros máximos abaixo enunciados, adotando-se os seguintes procedimentos:* ***na verificação eventual, periódica*** *e inspeção em serviço serão executadas, consecutivamente, 5 (cinco) medições na concentração de 0,200mg/L, 10(dez) medições na concentração de 0,300mg/L e 5 (cinco) medições na concentração de 0,400mg/L, considerando um erro máximo em cada medição de ± 0,032mg/L para um desvio padrão menor ou igual a 0,020mg/L em um limite de confiabilidade de 95%.*
>
> *"****Art. 6º da Resolução 206/2006 do CONTRAN****. O medidor de alcoolemia – etilômetro – deve observar os seguintes requisitos:*
>
> *III – ser aprovado na* ***verificação*** *periódica* ***anual*** *realizada pelo INMETRO ou RBMLQ";*

Acesso ao Sumário

Donde se vê que **há previsão expressa para a verificação** anual do etilômetro.

O mesmo **não ocorre**, entretanto, no que toca à **calibração** – "*operação que estabelece, numa primeira etapa e sob condições especificadas, uma relação entre os valores e as incertezas de medição fornecidos por padrões e as indicações correspondentes com as incertezas associadas; numa segunda etapa, utiliza esta informação para estabelecer uma relação visando à obtenção de um resultado de medição a partir de uma indicação*", Portaria n.º 319/2009 do INMETRO.

Ou seja, a calibragem não tem prazo determinado e certo, uma vez que se trata de procedimento reservado ao fabricante, devendo ser feita apenas quando o aparelho apresentar algum defeito ou necessitar de algum ajuste.

Veja-se: se o Inmetro, durante procedimento de verificação, atestar que o etilômetro não está realizando as medições corretamente, então, neste caso, o aparelho é submetido à calibração, não pelo Inmetro, mas pelo seu fabricante.

Não há sentido em submeter o aparelho à calibração se está funcionando regularmente.

Os procedimentos são diversos e não devem ser confundidos.

Como de boa jurisprudência:

> *"Embora o aparelho utilizado no teste tenha sido calibrado pela última vez no dia 11 de janeiro de 2.012, a data da próxima certificação do INMETRO era 22 de fevereiro de 2.014, sendo que o teste foi realizado no dia 06 de setembro de 2013, ou seja, dentro do período de validade da referida certificação, que deve ser feita anualmente.*
>
> *Portanto,* ***não há que se confundir calibração do etilômetro com a certificação do INMETRO****. Esta última deve ser realizada anualmente, conforme dispõe o artigo 6º da Resolução 206/2006 do CONTRAN. Já a calibração do aparelho somente precisa ser feita se o mesmo apresentar discrepância de resultados a demonstrar que não esteja calibrado, independentemente do prazo da última calibração".* (**Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 16ª Câmara de Direito Criminal, r. Des. Newton Neves, Apelação n.º 3001922-86.2013.8.26.0481, j. 24.03.2015, v.u**.)

Se assim é, considerando-se que a última verificação fora realizada aos **09.03.2012 (f. 115)**, com validade até 09.03.2013, e a conduta foi praticada aos 19.10.2012, tem-se que o etilômetro estava devidamente certificado.

Daí se vê que a **materialidade** do delito está bem comprovada.

A **autoria** também é certa.

A começar pelas narrativas do diligente e competente **Policial Militar *Lucio***, *f. 18 e 108.*

Relata que compareceu ao local para atendimento à ocorrência de trânsito,

Acesso ao Sumário

quando notou que o acusado apresentava sinais notórios de embriaguez.

Submetido a exame de alcoolemia, foi efetivamente constatada a embriaguez daquele.

Demais disso, tem-se a **confissão judicial** do acusado ***Antenor***, sem titubeios, confirmando que após sair de um churrasco, onde ingeriu bebidas alcoólicas, tomou a direção de seu veículo, vindo a colidir posteriormente com outro automóvel em via pública, *f. 108.*

Enfim e fugir de realidade tamanha é querer não enxergar o que os autos mostram com cristalinidade pura.

Ainda em sentido incriminador, reforce-se, exame de dosagem alcoólica demonstra que o acusado apresentava ***0,69 gramas de álcool por litro de ar.***

A revelar inegável **embriaguez.**

Enfim, há provas tranquilas, diretas e objetivas, tanto de materialidade, como de autoria delitivas.

Responsabilização inevitável, dessarte.

"Quantum satis".

Apenamento.

Base fixada no ***mínimo legal*** (*art. 59 do Código Penal*) – *6 meses de detenção, mais 10 dias-multa, unitário de patamar, além de suspensão da carteira de habilitação pelo prazo de 2 meses.*

E da base e patamar mínimo a pena não pode descer, ainda que houvesse alguma circunstância atenuante incidente ao réu, como a sua confissão espontânea (Súmula nº 231, do C. **Superior Tribunal de Justiça**: "*A incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal*").

Ausentes causas de aumento ou de diminuição, as penas tornam-se definitivas em ***6 meses de detenção, mais 10 dias-multa, unitário de patamar, além de suspensão da carteira de habilitação pelo prazo de 2 meses.***

Preenchidos os requisitos legais (art. 44 do Cód. Penal), torna-se possível a substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, consistente em **prestação pecuniária a entidade com destinação social, a ser indicada pelo Juízo das Execuções, no importe equivalente a 1 salário mínimo.**

Quanto ao **regime aberto**, o mais benéfico em caso de necessidade de conversão.

Dá-se provimento ao recurso para condenar **Antenor Rocha dos Santos**, qualificado nos autos, às penas de **6 meses de detenção, mais 10 dias-multa, unitário de patamar – *substituída a privativa de liberdade por prestação pecuniária a entidade com destinação social, a ser indicada pelo***

Acesso ao Sumário

***Juízo das Execuções, no importe equivalente a 1 salário mínimo* –, além de suspensão da carteira de habilitação pelo prazo de 2 meses**, pela prática da infração penal descrita no **art. 306, "caput", do Código de Trânsito Brasileiro** (*embriaguez ao volante*).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 3041179-16.2013.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado JOILSON LIMA CORREIA.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao apelo ajuizado pelo Ministério Público em desfavor de Joilson Lima Correia, para que, mantida, no mais, a r. sentença, cumpra as penas de três anos e seis meses de reclusão, em regime prisional inicial fechado, mais a paga de onze dias-multa, valorados como na r. sentença, por incurso nas sanções dos artigos 244-B, do Estatuto da Criança e do Adolescente, e 155, § 4º, IV c.c. o artigo 69, ambos do Código Penal, devendo o MM. Juiz comunicar a condenação também ao Instituto de Identificação do Estado da Bahia. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.891)**

O julgamento teve a participação dos Exmos**. Desembargadores GRASSI NETO (Presidente) e LOURI BARBIERO.**

São Paulo, 13 de agosto de 2015.

MARCO ANTÔNIO COGAN, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – PLEITO MINISTERIAL DE CONDENAÇÃO DO RÉU, TAMBÉM, PELA PRÁTICA DO DELITO DE CORRUPÇÃO DE MENORES.

CONDENAÇÃO ESTRIBADA NO ART. 155, § 4º, IV, DO CP, ABSOLVIDO O APELADO DA IMPUTAÇÃO DA PRÁTICA DO ART. 244-B, DO ECA.

CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO A INCRIMINAR O APELANTE NA FORMA PRETENDIDA PELO *PARQUET*.

Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

1 – Trata-se de apelação interposta pelo Ministério Público, em desfavor de Joilson Lima Correia, que foi absolvido da imputação da prática do delito previsto no artigo 244-B, do ECA, e condenado ao cumprimento de pena corporal de dois anos e quatro meses de reclusão, em regime prisional inicial fechado, mais o pagamento de onze dias-multa, fixados no piso mínimo, por infração aos ditames do artigo 155, § 4º, IV, do Código Penal (fls. 134/136).

Aduz o doutor Promotor de Justiça que a r. sentença deve ser reformada, a fim de que ele seja condenado, também, pelo cometimento do crime de corrupção de menores, frisando ser suficiente à condenação a demonstração de que o menor praticou a conduta criminosa com o apelado (fls. 153/157).

O recurso foi contrarrazoado pela Defesa do recorrido, que requer o seu desprovimento, asseverando que o crime em questão é material, exigindo-se a comprovação da efetiva corrupção do adolescente, pois uma interpretação conforme a Constituição do tipo penal em apreço, exige a existência de verdadeira ofensividade a bens jurídicos na conduta praticada (fls. 162/167).

E a D. Procuradoria de Justiça, em r. parecer da lavra do doutor Adriano Ricardo Claro, se pronunciou, também, pelo desprovimento do apelo, e pela manutenção da r. sentença (fls. 172/176).

Este, em síntese, é o relatório.

2 – Há que se prover o reclamo ministerial.

Nem a materialidade, nem a autoria do furto qualificado, foram questionadas no apelo.

O cometimento do crime de corrupção de menores deve, de fato, ser recepcionado, vez que foi plenamente demonstrada a coautoria do adolescente L.G.S., não sendo de se descurar que, em se tratando de delito formal, e ainda, diante do princípio da proteção integral à qual são destinatários a criança e o adolescente, a Lei nº 8.069/90, que passou a abranger, em seu artigo 244-B, o ilícito de corrupção de menores, a mera participação do infrator no crime encetado pelo réu enseja a submissão desse último ao tipo penal incriminador.

Essa é a orientação do Excelso Supremo Tribunal Federal: **- "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."** (RHC 109140, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 30/08/2011, DJe-176, publ. 14-09-2011).

Acesso ao Sumário

No mesmo sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (HC 86185/DF. Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 10/06/2010, DJe 01/07/2010).

Demais, não há que se falar em ausência de ofensividade, ou de lesividade, em sua conduta, pois 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.

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.

Assim, mantendo-se os parâmetros utilizados na sentença, fixa-se a básica, referente ao delito em comento, em 1/6 acima do mínimo, em virtude de seus maus antecedentes (fl. 122), compensando-se – ainda que de forma indevida, considerando-se o comando do artigo 67, do Código Penal – a reincidência, certificada a fl. 123, com a atenuante da confissão espontânea, de modo a se alcançar a reprimenda de um ano e dois meses de reclusão, cuja pena será somada, nos termos do artigo 69, do Estatuto Substantivo, à do furto qualificado, totalizando a reprimenda definitiva de três anos e seis meses de reclusão.

E face ao *quantum* de pena aplicado, e à reiterada prática de crimes contra o patrimônio (fls. 122 e 123), pertinente a fixação do regime prisional inicial fechado, que fica mantido.

Isto posto, dá-se provimento ao apelo ajuizado pelo Ministério Público em desfavor de Joilson Lima Correia, para que, mantida, no mais, a r. sentença, cumpra as penas de três anos e seis meses de reclusão, em regime prisional inicial fechado, mais a paga de onze dias-multa, valorados como na r. sentença, por incurso nas sanções dos artigos 244-B, do Estatuto da Criança e do Adolescente, e 155, § 4º, IV c.c. o artigo 69, ambos do Código Penal. **Deverá o MM. Juiz comunicar a condenação também ao Instituto de Identificação do Estado da Bahia.**

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002310-56.2012.8.26.0196, da Comarca de Franca, em que é apelante ELIESLEY FLORIANO DA SILVA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, nos termos do v. acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 8.044)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME DE SOUZA NUCCI (Presidente), LEME GARCIA e NEWTON NEVES.

São Paulo, 21 de julho de 2015.

GUILHERME DE SOUZA NUCCI, Relator

Ementa: Apelação. Furto qualificado.

Pleito defensivo de substituição da pena privativa de liberdade por medida de segurança e, subsidiariamente, redução da reprimenda. Redução da pena pela aplicação da 'emendatio libelli'. Substituição da pena privativa de liberdade por medida de segurança, na modalidade tratamento ambulatorial, conforme orientação do laudo médico.

Recurso provido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto pela douta defesa de ELIESLEY FLORIANO DA SILVA, contra sentença de primeiro grau (fls. 152/154), prolatada em 7 de março de 2014, pelo MM. Juiz de Direito, Dr. Fábio Marques Dias, da 2ª Vara Criminal da Comarca de Franca, que o condenou às penas de 1 ano e 4 meses de reclusão, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 10 dias-multa, no piso legal, declarando-o como incurso no art. 155, § 4º, inciso II, do Código Penal.

Irresignada, a defesa interpôs o presente recurso de apelação (fls. 169/173), visando à conversão da pena privativa de liberdade em medida de segurança.

Contrarrazoado o recurso (fls. 175/177); a douta Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer, opinou pelo improvimento do apelo defensivo (fls. 185/190).

É o relatório.

Devidamente processado, o recurso reporta provimento, merecendo reparo a r. sentença.

Consoante descreve a denúncia, na data de 11 de fevereiro de 2011, o acusado subtraiu, mediante fraude, uma motocicleta motorizada, pertencente à vítima Lucas Fischer Goulart de Andrade.

Acesso ao Sumário

Segundo consta, o apelante, passando-se pelo dono do veículo, retirou-o do conserto. Mais tarde, Agnaldo, proprietário da oficina tomou conhecimento, através da vítima, que não era ela que teria retirado a bicicleta.

Já no momento da prisão, as testemunhas puderam observar que o acusado não dispunha do pleno discernimento mental, além de estar drogado e com o nariz cheio "de pó branco e sangrando". Outrossim, não dizia palavras com sentido.

Tanto em solo policial, como em juízo, admitiu a acusação, revelando infantil versão, porém verossímil, que, desde criança, queria andar e ter uma bicicleta como aquela.

Sua genitora, em juízo, salientou que o filho possui problemas mentais desde os 15 anos.

A autoria e a materialidade restaram devidamente comprovadas pelas provas orais produzidas em juízo, aliada a confissão do acusado.

Por outro lado, incorreta foi a capitulação dada ao crime. Não se trata aqui de hipótese do art. 384 do CPP, vez não ter a instrução acrescido novos elementos à denúncia, servindo apenas para comprovar os fatos, tais quais lançados na peça acusatória.

Como é cediço, o réu defende-se dos fatos a ele imputados, e não da capitulação jurídica dada pelo representante do Ministério Público.

Nesse sentido vimos entendendo:

A defesa – autodefesa e defesa técnica – volta-se aos fatos imputados e não à classificação feita.[1]

E mais:

Regra aplicável ao julgamento proferido pelo Tribunal: *da mesma forma, pode o Tribunal, ao julgar um recurso do réu, aplicar pena mais grave, desde que o fato esteja devidamente descrito na denúncia ou queixa.*[2]

Cabe aqui resumida distinção entre os delitos de estelionato e furto mediante fraude.

No estelionato, a vítima, crendo na idoneidade do agente, entrega-lhe o bem voluntariamente e a título definitivo. Dá-se como exemplo a compra de um produto com cheque falsificado.

Já o furto mediante fraude se caracteriza em duas hipóteses. A primeira se dá quando o agente se vale de engodo para reduzir ou afastar a vigilância da vítima sobre o bem, para, então, subtraí-lo. A segunda situação é a qual o agente, através de dissimulação, obtém a posse do bem, prometendo devolvê-lo. Nesta

Acesso ao Sumário

1 NUCCI, Guilherme de Souza, *Código de Processo Penal Comentado*, 13ª Ed, Forense, p.787

2 _____ p.785

segunda situação, a vítima, induzida em erro, entrega o bem voluntariamente, crendo que o reaverá.

In casu, a vítima retirou o bem da loja usando de meio ardil para ludibriar os funcionários, fazendo com que acreditassem que o apelante teria autorização para levar a res.

Incorreu assim no crime de estelionato, disposto no art. 171, do Código Penal, cuja reprimenda comporta reforma.

O réu é primário, de bons antecedentes e a pena-base foi fixada no mínimo legal.

Ausentes agravantes ou atenuantes, na segunda fase, assim como causas de aumento ou diminuição, na terceira fase, perfazendo a reprimenda em 1 ano de reclusão e 10 dias-multa, no piso legal.

O regime inicial de cumprimento, como bem fundamentado pelo juízo *a quo* deve ser o aberto.

Ocorre que, conforme se extrai dos autos, foi instaurado incidente de insanidade mental com o fito de averiguar eventual inimputabilidade do acusado, cujos indícios afloram de todos os depoimentos e o resultado atestou ser ele portador de esquizofrenia e transtorno mental, além de desvio comportamental devido ao uso de drogas.

Realizado o exame (fls. 40/41 do apenso), o laudo concluiu que, à época dos fatos, a capacidade de determinação do réu estava parcialmente comprometida, em função de perturbação da saúde mental.

Concluiu o perito que, no momento, há cessação de sua incapacidade, por estar em condições de tratamento ambulatorial (CADASP – Centro de Atenção Psicossocial – Álcool e Drogas).

Diante da constatação supra, apesar de o juiz não estar vinculado ao laudo, tampouco o perito destacar qual a melhor solução para o caso, ele deixa claro que o tratamento atual mantém a sobriedade do acusado; assim, distanciar-se injustificadamente do prognóstico médico não se revela medida prudente.

Acesso ao Sumário

De tal sorte, o laudo pericial atestou a semi-imputabilidade, por sua vez disciplinada no parágrafo único, do artigo 26, do Código Penal, a qual permite ao magistrado decidir entre a substituição da pena por medida de segurança ou a sua redução, de acordo com o estado de saúde do enfermo.

Em que pese ter o magistrado sentenciante optado pela redução das penas, nota-se, mormente em função do laudo pericial, ser solução mais acertada a substituição da pena por medida de segurança, visando ao tratamento ambulatorial.

Diante da evidente condição de saúde do acusado, mais eficaz, visando aos fins da sanção, a imposição de tratamento ambulatorial do que o cumprimento

de pena privativa de liberdade em regime aberto.

Na esteira do artigo 98, do Código Penal, conforme motivado acima, substituo a pena privativa de liberdade por medida de segurança, na modalidade tratamento ambulatorial.

O prazo mínimo desenvolve-se pelo lapso temporal de 1 (um) ano.

Ante o exposto, pelo meu voto, dou provimento ao presente recurso de apelação, para reduzir sua reprimenda ao montante de 1 ano, de reclusão, e 10 dias-multa, substituída a pena privativa de liberdade por medida de segurança, na modalidade tratamento ambulatorial, pelo prazo mínimo de 1 ano, mantendo-se, no mais, a r. sentença atacada, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001751-08.2013.8.26.0312, da Comarca de Juquiá, em que são apelantes EBERSON MARIANO DE ROZA e CRISTIANO LOPES DE SOUZA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 2ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PROVIMENTO ao recurso de apelação interposto por EBERSON MARIANO DE ROZA, para ABSOLVÊ-LO das práticas imputadas no artigo 33, em conjunto com o artigo 40, inciso V, ambos da Lei 11.343/06, e pelo artigo 273, § 1º -B, incisos I e V, na forma do artigo 70, primeira parte, todos do Código Penal, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, e DERAM PARCIAL PROVIMENTO ao recurso de apelação interposto por CRISTIANO LOPES DE SOUZA para ABSOLVÊ-LO da prática imputada no artigo 273, § 1º -B, incisos I e V, na forma do artigo 70, primeira parte, do Código Penal, com fundamento no artigo 386, inciso II, do Código de Processo Penal, e fixar sua pena em 04 anos e 01 mês de reclusão em regime inicial semiaberto, mais o pagamento de 408 dias-multa, por infração à norma do artigo 33, em conjunto com o artigo 40, inciso V, ambos da Lei 11.343/06. Expeça-se o alvará de soltura em favor de EBERSON MARIANO DE ROZA. Comunique-se. V.U. Sustentou oralmente a advogada drª JULMARA LUIZA HUBNER ZAMPIER e usou da palavra o Exmo. Sr. Procurador de Justiça, dr. JOSÉ FERNANDO PAES DE BARROS JÚNIOR.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 12.069)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALEX ZILENOVSKI (Presidente), BANDEIRA LINS e ALMEIDA SAMPAIO.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 10 de agosto de 2015
ALEX ZILENOVSKI, Relator

Ementa: PRELIMINAR – DESÍDIA DE ADVOGADO ANTERIOR NAS ALEGAÇÕES FINAIS – NULIDADE – Inadmissibilidade – O que se lê em fls. 295 e s., ainda que sucinto, traduz de maneira direta a tese defensiva a partir das premissas elencadas nos itens 1 ao 6, formando a base de convencimento defensiva a partir de uma construção lógica coerente. Não se pode, a partir de um método distinto de exposição, simplesmente desclassificar o esforço argumentativo e, a partir disso, arguir a incapacidade de se exercer o direito de defesa em prol do réu. Nestes termos, tendo as alegações finais apresentadas cumprido seu intento processual – sendo este o de apresentar competente defesa aos fatos imputados, sem previsão legal de número mínimo de laudas para que seja de fato competente – não prospera a preliminar arguida.

PRELIMINAR – EXCESSO DE PRAZO – NULIDADE – Inadmissibilidade – Observa-se que tal decorreria "por consequência da nulidade sustentada [de desídia nas alegações finais]" (fls. 351). Uma vez que a preliminar em questão não foi acolhida, de pronto não comportaria provimento à tese presente. No mais, não seria mesmo o caso de excesso de prazo processual, estando os dez meses corridos para o fim da instrução processual em perfeita conformidade com a realidade da tramitação no cotidiano forense; estando, ainda, todas as fases e movimentações processuais perfeitamente esclarecidas e justificadas nos autos.

TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E FALSIFICAÇÃO DE PRODUTO DESTINADO A FINS MEDICINAIS – Absolvição (réu Eberson) – Admissibilidade – Este acusado, tanto em fase inquisitória quanto em juízo, apresentou sua versão aos fatos de maneira uníssona. Não obstante, a todos os momentos os fatos foram corroborados por CRISTIANO, que sempre colocara EBERSON como

ignorante ao transporte dos ilícitos. EBERSON logrou apresentar versão contundente do ocorrido, onde, de fato, ele nada sabia quanto à res transportada por CRISTIANO.

TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES – Absolvição (réu Cristiano) – Inadmissibilidade – Prova boa e robusta a lastrear a condenação.

FALSIFICAÇÃO DE PRODUTO DESTINADO A FINS MEDICINAIS – Absolvição (réu Cristiano) – Admissibilidade – Não houve capacidade técnica suficiente para se efetuarem exames que comprovassem que os produtos eram falsificados, corrompidos ou modificados. Em face de tal, impossível se torna imputar a conduta pretendida ao acusado, não havendo materialidade para tal.

TRÁFICO – PENA – Atenuante da confissão espontânea (réu Cristiano) – Impossibilidade – Em sua exposição dos fatos, o acusado nada menos buscou do que atenuar sua participação e se colocar como alguém que não sabia do que transportava; questão esta já tratada anteriormente. Incidiria aqui a confissão se, em juízo, tivesse assumido o conhecimento do ilícito bem como o transporte do mesmo. Na negativa de tal, impossível acolher o pleito defensivo.

TRÁFICO – PENA – Afastamento de agravantes quanto à quantidade de drogas aprendidas (réu Cristiano) – Impossibilidade – Tal previsão, para descontento da defesa, está corretamente imposta pelo MM. Juiz, bastando retomar a lista de ilícitos apreendidos para se observar a enorme quantidade que se reverteria a um grande raio de consumidores, fazendo de seus efeitos na sociedade os mais nefastos possíveis a partir do uso destas substâncias ilegais.

TRÁFICO – REGIME – Há que se observar que o apelante é primário e não ostenta antecedentes criminais. Considerando também o *quantum* de pena aplicado, mais a natureza da infração e a censurabilidade da conduta, o apelante faz jus ao regime inicial semiaberto.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos, etc ...

Adotado o relatório da r. sentença atacada (fls. 299 e s.), acrescenta-se que **CRISTIANO LOPES DE SOUZA** e **EBERSON MARIANO DE ROZA** foram condenados, cada um, às penas de 12 anos e 10 meses de reclusão, além de 419 dias-multa, por infração à norma penal contida no artigo 33, em conjunto com o artigo 40, inciso V, ambos da Lei 11.343/06, e pelo artigo 273, § 1º -B, incisos I e V, na forma do artigo 70, primeira parte, todos do Código Penal. Foi imposto aos dois réus o regime inicial fechado. Na oportunidade, foram absolvidos de prática do crime previsto no artigo 35, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Inconformados, apelam.

CRISTIANO (fls. 321/344) busca a absolvição em face da imaterialidade do delito e, subsidiariamente, a desclassificação do artigo 273, § 1º - B, inciso I e V do Código Penal para o artigo 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, que seja aplicada a atenuante da confissão e que, por fim, não seja aplicada qualquer causa de aumento da pena, uma vez que a quantidade de medicamentos apreendida não era elevada.

Já **EBERSON** (fls. 346/371) busca, preliminarmente, a nulidade processual por manifesta desídia das alegações finais apresentadas pelo antigo defensor do acusado, além do excesso de prazo para encerramento da instrução. No mérito, pleiteia a absolvição pela ausência de provas e, subsidiariamente, que seja reconhecida a atipicidade da conduta de tráfico de forma a acolher o previsto no artigo 386, inciso III, do Código Penal, além de que seja declarada a inconstitucionalidade do artigo 273 do Código Penal. Por fim, caso não seja dado provimento a nenhuma das teses arguidas, requer a desclassificação da conduta do acusado para aquela prevista no artigo 334 do Código Penal.

O Ministério Público apresentou suas contrarrazões a fls. 404 e s. e a D. Procuradoria de Justiça ofertou seu parecer.

É o relatório.

Preliminarmente, quanto às teses trazidas de nulidade processual por manifesta desídia das alegações finais apresentadas pelo antigo defensor do acusado, e do excesso de prazo para encerramento da instrução, observo não ser o caso de acolhimento.

Quanto ao primeiro ponto, o que se lê em fls. 295 e s., ainda que sucinto, traduz de maneira direta a tese defensiva a partir das premissas elencadas nos itens 1 ao 6, formando a base de convencimento defensiva a partir de uma construção lógica coerente. Não se pode, a partir de um método distinto de exposição, simplesmente desclassificar o esforço argumentativo e, a partir disso,

arguir a incapacidade de se exercer o direito de defesa em prol do réu. Sobre esta construção vemos que:

> (...) ao caracterizar as diferentes situações que se podem criar quando se expõe um argumento justificatório, pode-se, com muita clareza, achar exemplos em muitos campos diferentes (...). Seja em discussões judiciais, seja nas extrajudiciais, observam-se semelhanças básicas de procedimento, em muitos campos; e, dado que a forma dos nossos argumentos reflete as semelhanças de procedimento, nos mais diferentes campos encontraremos formas semelhantes de argumento. (TOULMIN, Stephen. *Os usos do argumento*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. P. 31)

Nestes termos, tendo as alegações finais apresentadas cumprido seu intento processual – sendo este o de apresentar competente defesa aos fatos imputados, sem previsão legal de número mínimo de laudas para que seja de fato competente – não prospera a preliminar arguida.

Quanto ao excesso de prazo, observa-se que tal decorreria "*por consequência da nulidade sustentada* [de desídia nas alegações finais]" (fls. 351). Uma vez que a preliminar em questão não foi acolhida, de pronto não comportaria provimento à tese presente. No mais, não seria mesmo o caso de excesso de prazo processual, estando os dez meses corridos para o fim da instrução processual em perfeita conformidade com a realidade da tramitação no cotidiano forense; estando, ainda, todas as fases e movimentações processuais perfeitamente esclarecidas e justificadas nos autos.

Superadas as preliminares, passo à análise do mérito.

Narra a denúncia que os apelantes , no dia 24 de novembro de 2013, por volta das 10 h e 30 min, na Rodovia Regis Bittencourt, km 426, na cidade e comarca de Juquiá, **CRISTIANO LOPES DE SOUZA** e **EBERSON MARIANO DE ROZA** transportavam, para fins de tráfico, 130 frascos de 30 ml cada da substância Stanozolol 50mg, 10 frascos de 15 ml cada da substância Stanozolol 50mg, 11.500 comprimidos da substância Stanozolol 10mg, 3.600 comprimidos de Sibutramina 15mg, 600 comprimidos de *Lipo 6 Black*, 1.000 comprimidos de Oximetolona 50mg, 300 comprimidos de Desobesi-M 25mg, 62.000 comprimidos de Pramil (Sinedafil) 50mg, 50 frascos de 30 ml cada de Winstrol 50mg, 20 fracos de 5 ml cada de Nandrolona 200mg, 488 ampolas de Nandrolone Decanoate 100mg, 483 ampolas de Deca Durabolin; estes, todos considerados drogas nos termos do artigo 66 da Lei n.º 11.343/2006 cc. a Portaria 334 de 12/05/1998 da Anvisa. No mais, tinham também, em depósito para vender e distribuir ao consumo, 1.400 comprimidos de Oxandroland 5mg, 2.500 comprimidos de Metandrostenolona 10mg, 15 frascos de 25 ml de Testogar 200mg, 04 frascos de 10 ml cada de Trembolona 75mg, 04 frascos de 10 ml cada de Maxigan, 150 ampolas de 5 ml cada de Testolan Depot 200mg, 475 ampolas de Durateston 250mg e 1.160 comprimidos de Cialis 20mg, de

Acesso ao Sumário

procedência ignorada e sem o registro de órgão competente.

A ilicitude das referidas substâncias foi ratificada pelo laudo a fls. 99/100.

Destaca-se que a prova oral, neste feito, encontra-se em mídias digitais, trazida aos autos às fls. 241, 254 e 270.

CRISTIANO LOPES DE SOUZA alegou, em juízo, que foi contratado para transportar uma carga à qual desconhecia ser de medicamentos. Narrou também que conhecia o corréu **EBERSON** de sua cidade natal, e que se encontraram em Curitiba, na casa de seu tio, oportunidade à qual foi oferecida uma carona para São Paulo. Disse ainda que, ao ser contratado para o serviço, lhe foi ofertada a quantia de 1.500,00 reais, e que quando chegasse no destino final teria que entrar em contato com um indivíduo de nome Emerson. Lembra-se que ao se aproximarem do pedágio o veículo foi abordado e as substâncias localizadas. Na oportunidade, por desespero, tentou evadir do local sendo capturado logo depois. Na oportunidade, garantiu que **EBERSON** não tinha nada a ver com os fatos.

EBERSON MARIANO DE ROZA por sua vez, em juízo, alegou que estava de carona com **CRISTIANO** e que desconhecia a existência das substâncias no veículo. Narrou que viria de Curitiba para São Paulo resolver um problema com a documentação de um veículo Zafira, adquirido em 2008, na cidade de São Paulo, ao qual iria tentar negociar a dívida para fazer a documentação devida e vende-la ao seu sogro. O antigo proprietário do veículo era Claudinei de Freitas, e o conhecera por intermédio do ofício; ambos tinham empresas no ramo de eletrônicos. Pedira carona a **CRISTIANO**, cuja família já conhecera de longa data, sem conhecer ou ser avisado do transporte de ilícitos.

Cassio Aparecido bento de Freitas, policial rodoviário federal, narrou que realizava a operação denominada *Sentinela* na praça do pedágio, quando abordaram o veículo dos acusados. Lembra-se que a documentação estava em ordem, mas que os réus demonstraram nervosismo e, após buscas no carro, os ilícitos foram encontrados. Narrou ainda que **EBERSON** disse estar de carona com **CRISTIANO**, e que este último tentara evadir-se do local.

Ulisses Fernandes de Macedo, também policial rodoviário federal, ilustrou os fatos de maneira igual a de seu companheiro.

Ante a prova exposta, assiste razão à combativa Defesa de **EBERSON**.

Este acusado, tanto em fase inquisitória quanto em juízo, apresentou sua versão aos fatos de maneira uníssona. Não obstante, a todos os momentos os fatos foram corroborados por **CRISTIANO**, que sempre colocara **EBERSON** como ignorante ao transporte dos ilícitos.

Note-se que **EBERSON** respondeu a todas as perguntas com coerência e logrou apresentar versão contundente do ocorrido, onde, de fato, ele nada sabia quanto à res transportada por **CRISTIANO**, ensejando, inclusive, por parte do

Acesso ao Sumário

parquet, pedido absolutório de Eberson por não existirem provas suficientes a indicar que este concorrera para a infração em tela.

Tal juízo é reiterado nas contrarrazões (fls. 406), onde o órgão ministerial pede, mais uma vez, a absolvição do acusado, previsão esta acolhida por este juízo por ser, faticamente, a de maior rigor para o que se expõe nos autos. Deste modo, absolvo **EBERSON** das práticas imputadas no artigo 33, em conjunto com o artigo 40, inciso V, ambos da Lei 11.343/06, e pelo artigo 273, § 1º -B, incisos I e V, na forma do artigo 70, primeira parte, todos do Código Penal, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal. Destarte, restam prejudicadas as análises dos demais pleitos defensivos por parte do réu **EBERSON.**

Entretanto, o mesmo juízo não pode ser estendido para o caso do réu **CRISTIANO.**

A versão apresentada por este acusado carece de similitude com a realidade. Soa pouco crível que ao ser contratado para um transporte de carga, e ser informado de que o conteúdo estaria em um forro escondido, o acusado ainda não duvidasse que a natureza dos bens fosse espúria, aceitando realizar a empreitada. No mais, este próprio contato para transporte é uma afirmação que se perde isolada nos autos, não trazendo consigo lastro algum que garanta sua realidade. Pertinente também observar a tentativa de fuga do acusado no momento de sua abordagem, algo que demonstra, no mínimo, a potencial consciência do ilícito praticado.

Esta parece ser também a valoração defensiva, que pleiteia a absolvição do acusado a partir da ausência de materialidade. Aduz que o exame pericial de fls. 99/100 apenas descreve os produtos apreendidos sem, contudo, efetuar exame para que se comprove "*sua real composição, as quais como já dito, poderiam se tratar de água com açúcar ou balas de hortelã*" (fls. 322).

Tal afirmação defensiva, claramente, se resume a mero erro de interpretação literal. O laudo em questão ilustra (em fls. 100) que "*após exames o material foi embalado e confinado...*", sendo, por óbvio, notificado que todos os materiais apreendidos passaram sim por exames para confirmação de sua composição química. A passagem que induz ao erro, qual seja "*não temos condições técnicas para aferir sua qualidade neste Setor*", está respondendo a pergunta "*Esse material foi adulterado, corrompido ou falsificado?*" o que, por silogismo básico, quer dizer apenas que o laudo não poderia responder se o produto fora alterado, nada remetendo à incapacidade de se averiguar se as substâncias eram de fato as trazidas no rótulo (estas, já identificadas com sucesso, como exposto acima).

Sendo a tese arguida fruto de puro paralogismo, a materialidade do crime continua consubstanciada no laudo acostado em fls. 99/100, o que reforça o

Acesso ao Sumário

juízo condenatório para o acusado **CRISTIANO.**

De outra banda, melhor sorte assiste quanto à conduta prevista no artigo 273, § 1º - B, incisos I e V, do Código Penal.

O tipo penal em questão remete a aquele que, sem registro ou ainda de procedência ignorada, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo, produto falsificado destinado a fins terapêuticos ou medicinais. *Prima facie*, teria sido exatamente esta a conduta do acusado, o que se somaria à aquela do artigo 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006 e impediria a desclassificação do delito, como perseguido pela defesa, por ter o réu transportado substâncias das duas categorias distintas tipificadas.

Entretanto, como observado no já debatido laudo de fls. 99/100, não houve capacidade técnica suficiente para se efetuarem exames que comprovassem que os produtos eram falsificados, corrompidos ou modificados. Em face de tal, impossível se torna imputar a conduta pretendida ao acusado, não havendo materialidade para tal.

Por derradeiro, é medida de maior rigor a absolvição de **CRISTIANO** do delito previsto no artigo 273, § 1º - B, incisos I e V, do Código Penal, com base no artigo 386, inciso II, do Código de Processo Penal. Restando, apenas, sua condenação quanto ao tipo penal do artigo 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006.

Superado o mérito, passo à análise da pena e demais pleitos defensivos.

Para a primeira fase da dosimetria, o réu **CRISTIANO** teve a pena-base elevada em 2/5 em face da elevada e diversificada quantidade de drogas apreendidas, restando 07 anos de reclusão e pagamento de 700 dias-multa. Tal previsão, para descontento da defesa, está corretamente imposta pelo MM. Juiz, bastando retomar a lista de ilícitos apreendidos para se observar a enorme quantidade que se reverteria a um grande raio de consumidores, fazendo de seus efeitos na sociedade os mais nefastos possíveis a partir do uso destas substâncias ilegais.

Para a segunda fase, não estão presentes circunstâncias agravantes ou atenuantes, não sendo possível o acolhimento da tese de incidência da atenuante da confissão.

A confissão espontânea traz ao processo uma série de benefícios que tornam a prestação jurisdicional mais célere e eficaz, além de evidenciar a autoria do fato, tornando-a inequívoca. Ela acarreta economia e celeridade processuais pela dispensa da prática dos atos que possam ser considerados desnecessários ao deslinde da questão. Também acrescenta seguranças material e jurídica ao conteúdo do julgado, pois a condenação reflete de maneira inequívoca a verdade real, buscada inexoravelmente pelo processo penal.

Em sua exposição dos fatos, o acusado nada menos buscou do que atenuar sua participação e se colocar como alguém que não sabia do que transportava;

Acesso ao Sumário

questão esta já tratada anteriormente. Incidiria aqui a confissão se, em juízo, tivesse assumido o conhecimento do ilícito bem como o transporte do mesmo. Na negativa de tal, impossível acolher o pleito defensivo.

Por fim, à terceira fase, aplica-se a causa de diminuição prevista pelo artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, por ser o réu primário, não ostentar maus antecedentes e nem ter prova de que integre organização criminosa. Em igual acerto a aplicação em apenas metade, a partir da elevada e diversificada quantidade de drogas, restando 03 anos e 06 meses de reclusão, mais pagamento de 350 dias-multa. A este valor, acresce-se a pena em 1/6 - em face da prática de tráfico de drogas entre Estados da Federação e com fulcro no artigo 40, inciso V, da Lei n.º 11.343/2006 - sendo as drogas apreendidas trazidas do Paraná até São Paulo, restando a monta final de 04 anos e 01 mês de reclusão, mais o pagamento de 408 dias-multa.

Há que se observar que o apelante é primário e não ostenta antecedentes criminais. Considerando também o *quantum* de pena aplicado, mais a natureza da infração e a censurabilidade da conduta, o apelante faz jus ao regime inicial semiaberto, nos termos do artigo 33, § 2º, letra b, do Código Penal.

Ante o exposto, **DÁ-SE PROVIMENTO** ao recurso de apelação interposto por **EBERSON MARIANO DE ROZA**, para ABSOLVÊ-LO das práticas imputadas no artigo 33, em conjunto com o artigo 40, inciso V, ambos da Lei 11.343/06, e pelo artigo 273, § 1º -B, incisos I e V, na forma do artigo 70, primeira parte, todos do Código Penal, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, e **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso de apelação interposto por **CRISTIANO LOPES DE SOUZA** para ABSOLVÊ-LO da prática imputada no artigo 273, § 1º -B, incisos I e V, na forma do artigo 70, primeira parte, do Código Penal, com fundamento no artigo 386, inciso II, do Código de Processo Penal, e fixar sua pena em 04 anos e 01 mês de reclusão em regime inicial semiaberto, mais o pagamento de 408 dias-multa, por infração à norma do artigo 33, em conjunto com o artigo 40, inciso V, ambos da Lei 11.343/06. Expeça-se o alvará de soltura em favor de **EBERSON MARIANO DE ROZA.** Comunique-se.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 3000369-67.2005.8.26.0583, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes CLAUDIO CAIRES DA SILVA e SERGIO ALEXANDRE CANELLA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça

de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos, preservada a r. sentença recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos; e, de ofício, decretaram a extinção da punibilidade dos apelantes Claudio Caires da Silva e Sergio Alexandre Canella, quanto à condenação relativa ao delito previsto no artigo 211, c.c. o artigo 29, todos do Código Penal, com fundamento no disposto no artigo 107, inciso IV, primeira figura, do Código Penal. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 257)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO SIMÃO (Presidente sem voto), FREITAS FILHO e OTAVIO ROCHA.

São Paulo, 6 de agosto de 2015.

ALBERTO ANDERSON FILHO, Relator

Ementa: APELAÇÃO – HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO E OCULTAÇÃO DE CADÁVER – ARTIGO 121, § 2º, INCISOS I, III E IV, POR DUAS VEZES, E ARTIGO 121, § 2º, INCISOS III, IV E V, C.C. § 4º, SEGUNDA PARTE, DO ARTIGO 121, E ARTIGO 211, C.C. O ARTIGO 29, TODOS DO CÓDIGO PENAL – CARACTERIZAÇÕES – CONDENAÇÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI – DECISÃO DOS JURADOS MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS – INOCORRÊNCIA – CONTRARIEDADE DA SENTENÇA DO JUIZ-PRESIDENTE À DECISÃO DOS JURADOS – INOCORRÊNCIA – ERRO OU INJUSTIÇA NA APLICAÇÃO DA PENA – INOCORRÊNCIA – APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 713 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – RECURSOS DEFENSIVOS DESPROVIDOS.

OCULTAÇÃO DE CADÁVER (ARTIGO 211, C.C. O ARTIGO 29, AMBOS DO CÓDIGO PENAL) – PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE (ARTIGO 107, INCISO IV, PRIMEIRA FIGURA, DO CÓDIGO PENAL) – CARACTERIZAÇÃO – OCORRÊNCIA – DE OFÍCIO, DECRETA-SE A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DOS RÉUS-APELANTES.

Acesso ao Sumário

VOTO

Claudio Caires da Silva e **Sergio Alexandre Canella** foram ambos

condenados às penas de 50 (cinquenta) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e de 01 (um) ano de reclusão, em regime prisional inicial aberto, e 10 (dez) dias-multa, no mínimo valor legal, por infringência do **[1]** artigo 121, § 2º, incisos I, III e IV, por duas vezes, e artigo 121, § 2º, incisos III, IV e V, c.c. § 4º, segunda parte, do artigo 121, e **[2]** do artigo 211, c.c. o artigo 29, todos do Código Penal, pela r. sentença da lavra da MMa. Juíza de Direito do E. Terceiro Tribunal do Júri da Comarca de São Paulo (fls. 1.328/1.332, vol. 7 – adotado seu relatório). Foi negado o direito de recorrerem em liberdade, em razão de terem permanecido segregados durante o trâmite processual.

Apelações contra a r. sentença foram interpostas por Claudio Caires da Silva e por Sergio Alexandre Canella (fls. 1.361/1.367; 1.384/1.388, vol. 8) que, em resumo, pleiteiam a anulação da sobredita r. sentença, para a realização de novo julgamento, alegando, para tanto, que o julgamento foi manifestamente contrário à prova dos autos. Subsidiariamente, busca o recorrente Sergio a mitigação da dosimetria da pena.

Por meio do v. acórdão de fls. 1.428/1.435 (vol. 8), foi dado provimento aos recursos para determinar, nos termos do voto do Ilmo. Sr. Desembargador Fernando Miranda, de ofício, que os apelantes fossem submetidos a novo julgamento pelo Tribunal Popular, prejudicado, em consequência, o exame do mérito da condenação.

O Ministério Público do Estado de São Paulo interpôs Recurso Especial (fls. 1.438/1.469, vol. 8), com fundamento nas alíneas "a" e "c", do inciso III, do artigo 105 da Constituição Federal, contra o v. acórdão acima mencionado, pela constatação de dissídio jurisprudencial e de negativa de vigência ao artigo 2º do Código de Processo Penal, com o argumento de que o Tribunal de Justiça Bandeirante não poderia ter determinado a submissão dos acusados a novo júri, tendo em vista o banimento do recurso de protesto por novo júri do ordenamento jurídico pátrio, com o advento da Lei nº 11.689/08.

O exame de admissibilidade do Recurso Especial foi positivo (fls. 1.503, vol. 8), sendo os autos remetidos ao Colendo Superior Tribunal de Justiça (fls. 1.505, vol. 8).

A Relatora sorteada Ministra Maria Thereza de Assis Moura, deu provimento ao Recurso Especial nº 1.397.091/SP (fls. 1.521, vol. 8), ementado nos seguintes termos:

> *"PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL E VIOLAÇÃO AO ART. 2º DO CPP. OCORRÊNCIA. HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO. PROTESTO POR NOVO JÚRI. RÉUS JULGADOS PELO CONSELHO DE SENTENÇA APÓS A ENTRADA EM VIGOR DA LEI N.º 11.689/08. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO."*

Acesso ao Sumário

É o relatório.

Inicialmente, deve ser observado que, em se tratando de matéria da competência do Tribunal do Júri, o artigo 593, inciso III, do Código de Processo Penal determina qual a extensão do apelo (alíneas "a", "b", "c" e "d").

E, complementado o disposto no dispositivo legal acima citado, necessária é a observância dos termos da Súmula nº 713 do Supremo Tribunal Federal: "*O efeito devolutivo da apelação contra decisões do júri é adstrito aos fundamentos da sua interposição*".

Nos termos acima delineados, os recursos não comportam provimento.

Os apelantes asseveram que deve ser anulado o julgamento, pois a decisão foi contrária às provas dos autos.

Há de ser esclarecido que, para que os apelantes sejam submetidos a novo julgamento pelo Tribunal do Júri, a decisão dos jurados deve ser dissociada integralmente da prova dos autos, ou seja, aquela que acolhe versão não angariada no decorrer do processo, resultante da mente criativa dos julgadores.

No presente caso, verifica-se que os jurados acolheram as teses de que os recorrentes Claudio e Sergio infringiram as disposições **[A]** do artigo 121, § 2º, incisos I, III e IV, por duas vezes, e artigo 121, § 2º, incisos III, IV e V, c.c. § 4º, segunda parte, do artigo 121, e **[B]** do artigo 211, c.c. o artigo 29, todos do Código Penal (**quesitos**, fls. 1.319/1.326; **termo de votação**, fls. 1.327, vol. 7).

Malgrado embasem os apelantes seus inconformismos, no sentido de que "*não houve em todo o processo nenhuma testemunha presencial dos fatos descritos na inicial, que confirmasse que o réu agiu com dolo nos homicídios ocorridos no dia dos fatos" e que "como não houve juntada ou formação de provas em juízo que comprometessem o Apelante, tem-se nítido que julgaram manifestamente contrário às provas dos autos, pois se basearam tão somente nas provas produzidas na esfera administrativa, cujo conteúdo, eivado de elementos apócrifos e abomináveis, não desenvolveu musculatura suficiente para embasar tão grave denúncia*" (fls. 1.366; 1.386, vol. 8), os jurados se pautaram pelas declarações prestadas pelas testemunhas na fase policial (fls. 24/25; 26/27; 28/34, vol. 1; 271/274, vol. 2), nos laudos periciais de exame de corpo de delito (necroscópico – fls. 119/120; 121/122; 123/124, vol. 1), no laudo pericial de exame de local de ocorrência de homicídio (fls. 226/258, vol. 2), no laudo de reconstituição simulada de crime (fls. 1.032/1.060, vol. 6) e nas declarações das testemunhas na fase judicial (fls. 512/517; 518/524; 525/534, vol. 3; 1.306/1.309; 1.310/1.312, vol. 7), tendo acolhido, portanto, a versão acusatória.

Acesso ao Sumário

Torna-se claro, assim, que os jurados não levaram em consideração as declarações dos apelantes, na fase administrativa (em que admitiram suas participações na empreitada delituosa – fls. 90/92; 96/97, vol. 1), mas, negaram

suas intenções homicidas em Juízo (fls. 397/402; 403/412, vol. 2) e na Sessão do E. Tribunal do Júri (fls. 1.313/1.315; 1.316/1.318, vol. 7), não havendo qualquer vício na decisão alicerçada nesses relatos, uma vez que o julgamento pelos pares não obedece à técnica jurídica, mas à livre convicção.

Ressalte-se que, se a existência de duas versões serve para absolver, afirmando-se a soberania do Conselho de Sentença em casos tais, também deve servir para condenar. Ora, diante da tese apresentada pela Defesa, pelo "*Parquet*" e pelos depoimentos acostados aos autos, pode o Conselho de Sentença, partindo desse pressuposto, eleger a vertente que mais lhe parecer conveniente. "***In casu***", houve a prevalência da tese sustentada pela acusação, amparada, no entender do Conselho de Sentença, pelo arcabouço probatório.

Sobre o tema, **Guilherme de Souza Nucci** explana que: "[…] *O ideal é anular o julgamento, em juízo rescisório, determinando a realização de outro, quando efetivamente o Conselho de Sentença equivocou-se, adotando tese integralmente incompatível com as provas dos autos. Não cabe a anulação, quando os jurados optam por uma das correntes de interpretação da prova possíveis de surgir. Exemplo disso seria a anulação do julgamento porque o Conselho de Sentença considerou fútil o ciúme, motivo do crime. Ora, se existe prova de que o delito foi, realmente, praticado por tal motivo, escolheram os jurados essa qualificadora, por entenderem adequada ao caso concreto. Não é decisão manifestamente contrária à prova, mas situa-se no campo da interpretação da prova, o que é bem diferente*." ("***in***" "Código de Processo Penal Comentado", 8ª edição, 2008, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, pág. 959).

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre a questão:

"EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. MATÉRIA CRIMINAL. TRIBUNAL DO JÚRI. RÉU CONDENADO POR HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRELIMINAR DE NULIDADE DO JULGAMENTO: ATUAÇÃO MINISTERIAL QUE SE CONTRAPÔS À PROVA TÉCNICA. VIOLAÇÃO À SOBERANIA DOS VEREDICTOS (ALÍNEA 'C' DO INCISO XXXVIII DO ART. 5º DA CF/88). NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DE MATERIAL PROBATÓRIO. ÓBICE DA SÚMULA 279/STF. ALEGADA AFRONTA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL E À AMPLA DEFESA (INCISOS LIV E LV DO ART. 5º DA CF/88). OFENSA MERAMENTE REFLEXA AO MAGNO TEXTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Para que se pudesse entender violada a soberania dos veredictos (alínea 'c' do inciso XXXVIII do art. 5º da Magna Carta) seria necessário um amplo revolvimento de matéria fática. Em sede extraordinária, impossível aceitar a tese de que o Promotor de Justiça se contrapôs à

Acesso ao Sumário

prova técnica dos autos (relatório de necropsia e exame de balística).

2. Não procedem as alegadas afrontas ao devido processo legal e ampla defesa (incisos LIV e LV do art. 5º da CF/88). Pacífica a jurisprudência deste STF, no sentido de que eventual afronta ao Magno Texto ocorreria apenas de modo reflexo ou indireto. A jurisdição foi regularmente prestada pelo Tribunal recorrido, embora contrariando os interesses da parte agravante.

3. Agravo desprovido."

(STF, AgR AI nº 709.068-6/MG, Relator Ministro Carlos Britto, Primeira Turma, v.u., j. 03.03.2009, DJe 71, *LEXSTF* vol. 31, nº 364, 2009, págs. 253/257).

No mesmo sentido: STF, AgR AI nº 652.576-9/DF, Relator Ministro Cezar Peluso, Segunda Turma, v.u., j. 25.11.2008, *DJe* 25, *Ementário* 2347-18/3751.

Nos termos acima delineados, não há falar-se em submissão dos apelantes a novo Júri. A uma, porque a anulação da decisão do Conselho de Sentença representaria quebra do princípio constitucional da soberania dos veredictos, admitida somente quando completamente desvirtuada das provas demonstradas no curso do processo. A duas, porque os jurados, de acordo com a íntima convicção, acolheram a tese ventilada pela acusação, entendendo ser esta mais condizente com a realidade dos fatos.

Coerente, portanto, a tese acolhida pelo Conselho de Sentença com parte do acervo probatório, torna-se incabível a nulidade do julgamento, assim como eventual afastamento das qualificadoras. Assim, não é possível falar-se em dissociação total das provas com a decisão tomada pelo Júri, não sendo possível ao Tribunal, nos estreitos parâmetros do recurso de apelação contra veredicto do Tribunal do Júri, aquilatar elemento probatório como adequado ou não, tarefa esta exclusiva do Tribunal do Júri, sob pena de extrapolar os limites de cognoscibilidade da apelação em tela.

O Pretório Excelso assim já decidiu:

"EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. JÚRI. ACOLHIMENTO DE TESE DA DEFESA. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA.

Decisão dos jurados que acolheu a tese do homicídio privilegiado, com base no histórico de discussões entre vítima e réu e no depoimento de testemunha que afirmou ter escutado vozes em tom exaltado momentos antes do crime.

Inexistência de decisão arbitrária ou inverossímil. Em verdade, o Tribunal de Justiça considerou a prova de acusação mais sólida do que a

de defesa, avaliação esta, entretanto, que é reservada ao Tribunal do Júri, juízo natural da causa, com base no critério da íntima convicção. Assim, por não caber à Justiça togada, nos estreitos limites da apelação contra veredicto do Tribunal do Júri, desqualificar prova idônea produzida sob o crivo do contraditório, a decisão é ilegal.

Ordem concedida para cassar a determinação de realização de novo julgamento pelo Júri, com base no art. 593, III, d, do Código de Processo Penal."

(STF, HC nº 85.904-6/SP, Relator Ministro Joaquim Barbosa, Segunda Turma, v.u., j. 13.02.2007, *LEXSTF* vol. 29, nº 344, 2007, págs. 423/432).

"EMENTA: - Direito Penal e Processual Penal.

Homicídio qualificado pela surpresa.

[…]

2. Havendo as respostas dos jurados levado a condenação por homicídio qualificado pela surpresa, e que, em grau de apelação, o Tribunal, prolator do acórdão impugnado, considerou não contrária à prova dos autos, não se pode, no âmbito estreito do 'habeas corpus', examinar os elementos de convicção, levados em conta em tais julgamentos, menos ainda para se chegar ao afastamento da qualificadora e ao reconhecimento do homicídio privilegiado.

'H.C.' indeferido."

(STF, HC nº 70.656-8/PR, Relator Ministro Sydney Sanches, Primeira Turma, v.u., *Ementário* 1751-2/368).

Por derradeiro, conforme se verifica da r. sentença (fls. 1.328/1.332, vol. 7), a MMa. Juíza de Primeiro Grau, atenta às respostas dos Srs. Jurados e às circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, no que tange às penas cominadas, foram estas adequadamente dimensionadas, não havendo reparos a serem realizados, nem motivos para suas mitigações.

Todavia, a irresignação dos réus-apelantes Claudio e Sergio encontra parcial ressonância, nesta Instância, mas por motivo de ordem pública.

Com efeito.

Observe-se que a pretensão do Estado ao direito de punir, quanto ao delito de ocultação de cadáver (artigo 211, c.c. o artigo 29, todos do Código Penal) assacado contra os ora apelantes Claudio e Sergio, "***in casu***", encontra-se atingida pela prescrição, na modalidade intercorrente.

A r. sentença condenatória tornou-se pública em Cartório na data de 12 de maio de 2010 (fls. 1.333, vol. 7).

Conforme determina o artigo 109, inciso V, do CP, a prescrição verifica-se em 04 (quatro) anos, se o máximo da pena privativa de liberdade é igual a 01

Acesso ao Sumário

(um) ano, ou, sendo superior não excede a 02 (dois) anos.

Assim sendo, considerando-se que tendo a r. sentença estabelecido como penas o montante de 01 (um) ano de reclusão, em regime prisional inicial aberto, e 10 (dez) dias-multa, no mínimo valor legal, e que entre a publicação da mencionada sentença (12 de maio de 2010, fls. 1.333, vol. 7) até o presente julgamento, tendo decorrido lapso temporal superior a 04 (quatro) anos, configurou-se a prescrição da pretensão punitiva, na modalidade intercorrente. Nesse sentido, assim já se decidiu: "*Criminal. Prescrição intercorrente. Verificando a extinção intercorrente da pretensão punitiva, pela prescrição conforme a pena concretizada, que se consumou na pendência de agravo de instrumento contra o indeferimento de RE, deve o Tribunal declará-la de ofício. Fica prejudicado o recurso. Embargos recebidos*." (STF, AgR-ED AI nº 318.701-3/SP, Relator Ministro Nélson Jobim, Segunda Turma, v.u., j. 18.12.2001, *DJ* 1º.03.2002, pág. 49, *Ementário* 2059-8/1664). No mesmo sentido: STJ, EDcl no Ag nº 55.806-1/SP, Relator Ministro Adhemar Maciel, Sexta Turma, v.u., j. 27.03.95, DJ 11.12.95, pág. 43269.

Do exposto, nega-se provimento aos recursos, preservada a r. sentença recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos; e, de ofício, decreta-se a extinção da punibilidade dos apelantes Claudio Caires da Silva e Sergio Alexandre Canella, quanto à condenação relativa ao delito previsto no artigo 211, c.c. o artigo 29, todos do Código Penal, com fundamento no disposto no artigo 107, inciso IV, primeira figura, do Código Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0061614-65.2014.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante JOSÉ WILLIAM DA SILVA SANTOS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 11ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.827)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores MARIA TEREZA DO AMARAL (Presidente sem voto), PAIVA COUTINHO e GUILHERME G.STRENGER.

São Paulo, 12 de agosto de 2015.

SALLES ABREU, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: "Apelação – Tráfico ilícito de entorpecentes (art. 33, 'caput', da Lei nº 11.343/06) – Condenação – Recurso defensivo – Absolvição – Insuficiência de provas – Descabimento – Materialidade e autoria demonstradas – Policiais militares responsáveis pela diligência firmes ao ratificar os termos da denúncia – Validade – Negativa apresentada pelo acusado isolada no conjunto probatório – Apreensão de 20 porções de cocaína, 100 pedras de 'crack' e 12 porções de maconha – Intuito mercantil comprovado – Condenação de rigor.

Dosimetria – Pena-base acrescida de 1/6, em razão dos maus antecedentes do apelante – Afastamento – Trânsito em julgado posterior aos fatos em apreço – Não acolhimento – Crime praticado anteriormente ao tráfico em tela – Condenação não caracterizadora da reincidência, mas suficiente ao reconhecimento dos maus antecedentes – Precedentes – Aplicação de atenuante inominada – O fato de ter réu contraído tuberculose durante a prisão provisória não enseja a redução de sua pena – Redutor do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas – Não aplicação – Requisitos não preenchidos – Reprimenda mantida – Substituição penal impossível, em razão da pena imposta – Regime fechado adequado – Recurso desprovido."

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por **José William da Silva Santos** contra a r. sentença de fls. 85/87, que julgou procedente a ação penal para condená-lo ao cumprimento da pena de **05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão**, no regime inicial fechado, mais ao pagamento de **583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa**, no valor unitário mínimo, por incurso no artigo 33, "caput", da Lei nº 11.343/06. Inconformada, recorre a defesa pleiteando a absolvição do acusado por insuficiência de provas. Não sendo o entendimento, requer o afastamento dos maus antecedentes; o reconhecimento da atenuante inominada do artigo 66 do Código Penal, com a diminuição da reprimenda aquém do mínimo, superando a súmula nº 231 do C. STJ; caso mantido o acréscimo à pena-base, busca sua compensação com a atenuante em questão; a aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas; a imposição

Acesso ao Sumário

de regime diverso do fechado; e a substituição penal (fls. 94/97vº).

O recurso foi bem processado, com contrariedade oferecida pelo Ministério Público, que requer o improvimento do apelo (fls. 99/100).

Por fim, parecer da douta Procuradoria de Justiça, que endossa as contrarrazões ministeriais (fls. 106/112).

Este, em apertada síntese, é o relatório, acrescido ao da r. sentença recorrida, proferida pela d. magistrada Cristina Alves Biagi Fabri.

A despeito do esforço defensivo, o recurso interposto não comporta provimento, conforme será demonstrado.

Consta da denúncia que no dia 14 de julho de 2014, aproximadamente às 19h30min, na Rua Pedro Flamenco, nº 49, Jardim Celeste, na cidade de São Paulo, o réu José Willian da Silva Santos foi surpreendido trazendo consigo, para fins de tráfico, uma porção de cocaína, e tinha em depósito cerca de 19 (dezenove) porções de cocaína, embaladas em pequenos frascos plásticos, 100 (cem) pequenas pedras de "crack", embaladas em plástico, e 12 (doze) pequenas porções de maconha, também embaladas em plástico, substâncias que causam dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Apurou-se que policiais militares realizavam patrulhamento de rotina pela Rua Pedro Flamenco, local conhecido como ponto de tráfico de drogas, quando avistaram o acusado, em atitude suspeita, o que motivou sua abordagem.

Em revista pessoal, foi localizada, no bolso das vestes de José, uma pequena porção de cocaína, embalada em um pequeno frasco plástico. Bem próximo ao réu, os policiais encontraram, sob um saco de lixo, uma sacola contendo as porções de drogas referidas.

Considerando as circunstâncias em que se deram os fatos, tais como a quantidade e a forma de acondicionamento dos entorpecentes, ficou demonstrado que estes se destinavam à mercancia ilícita, praticada pelo acusado.

A materialidade está demonstrada no auto de prisão em flagrante (fls. 02/07), boletim de ocorrência (fls. 08/10), auto de exibição e apreensão (fls. 11/12), laudo de fls. 13, exame químico-toxicológico (fls. 68/71), bem como pela prova oral trazida aos autos.

Acesso ao Sumário

A autoria está igualmente comprovada.

Os policiais militares **Francisco Solano Pimentel de Almeida e Cesar Aurélio Cavalcanti** ratificaram integralmente os termos da exordial acusatória.

Narraram, em uníssono, terem recebido denúncia da ocorrência de tráfico no local dos fatos. Em razão disso, rumaram para o endereço fornecido e avistaram o acusado, em atitude suspeita, pois demonstrou nervosismo com a presença policial. José estava na posse de um pino de cocaína, porém, a

aproximadamente dois metros dele havia uma sacola, dentro da qual estavam as demais porções de drogas. Informalmente, o recorrente confessou a traficância.

Ressalte-se que embora para alguns o depoimento de policiais como prova única e exclusiva não seja suficiente para embasar o édito condenatório, cumpre dissentir de tal entendimento.

É bem verdade que a palavra dos milicianos na fase inquisitiva, como a de qualquer testemunha, não está sujeita às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, por cuidar o inquérito policial de procedimento meramente informativo. Todavia, não menos verdade é que, no caso em testilha, os policiais militares foram ouvidos em Juízo e, nesta oportunidade, cuidou-se de observar todas as garantias inerentes ao devido processo legal.

Com efeito, verifica-se dos autos que quando da oitiva dos mesmos, respeitado o contraditório, presentes o réu e seu defensor, tiveram estes plena condição de se manifestar, fosse mediante reperguntas, pedidos de esclarecimentos ou impugnações que entendessem relevantes.

Sendo assim, descabe afastar a validade do depoimento dos policiais militares com fundamento tão-somente na respectiva condição funcional, já que foram eles submetidos ao contraditório como qualquer outra testemunha. Ademais, seria um contrassenso o Estado dar-lhes crédito para atuar na prevenção e repressão da criminalidade e negar-lhes esse mesmo crédito quando, perante o Estado-juiz, prestam conta das suas atividades.

De resto, é de maciça jurisprudência, prolatada inclusive pelas Cortes Superiores:

"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." (STF – HC 74608-0/SP, Rel. Min. Celso Mello, DJU 11/04/1997).

"EMENTA: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. NULIDADE DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. INSUFICIÊNCIA DAS PROVAS DE ACUSAÇÃO. DEPOIMENTOS PRESTADOS EM JUÍZO POR AUTORIDADES POLICIAIS. VALIDADE. REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. É da jurisprudência desta Suprema Corte a absoluta validade, enquanto instrumento de prova, do depoimento em juízo (assegurado o contraditório, portanto) de autoridade policial que presidiu o inquérito policial ou que presenciou o momento do flagrante. Isto porque a simples condição de ser o depoente autoridade policial não se traduz na sua automática suspeição ou na absoluta imprestabilidade de suas informações. Tratando-se de sentença condenatória escorada não

Acesso ao Sumário

apenas nos depoimentos prestados em Juízo pelos policiais, como também nos esclarecimentos feitos pelas próprias testemunhas da defesa, não é possível rever todo o acervo fático-probatório do feito criminal para perquirir se as provas a que se referiu o magistrado de primeira instância são ou não suficientes para produzir uma condenação. O habeas corpus, enquanto remédio constitucional, cumpre a função de pronto socorro à liberdade de locomoção. Daí que o manejo dessa via expressa ou por atalho passe a exigir do acionante a comprovação, de pronto, da ilegalidade ou abusividade de poder imputada à autoridade coatora. Ordem denegada." (STF, HC 87662/PE, Rel. Min. Carlos Britto, j. 05/09/2006, Órgão Julgador: Primeira Turma)

"HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. TESE DE FRAGILIDADE DA PROVA PARA SUSTENTAR A ACUSAÇÃO. VIA IMPRÓPRIA. NECESSIDADE DE EXAME APROFUNDADO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. DEPOIMENTO DE POLICIAIS. VALIDADE PROBATÓRIA. 1. O exame da tese de fragilidade da prova para sustentar a condenação, por demandar, inevitavelmente, profundo reexame do material cognitivo produzido nos autos, não se coaduna com a via estreita do writ. Precedentes. 2. Os policiais não se encontram legalmente impedidos de depor sobre atos de ofício nos processos de cuja fase investigatória tenham participado, no exercício de suas funções, revestindo-se tais depoimentos de inquestionável eficácia probatória, sobretudo quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório. Precedentes. 3. Ordem denegada." (STJ – Min. Laurita Vaz – 5ª Turma – HC nº 115516/SP – 03/02/2009).

Por outro lado, há a negativa judicial do acusado **José Willian da Silva Santos**, que afirma que não estava na posse das drogas. Disse ter sido injustamente responsabilizado, em razão de seus antecedentes (fls. 81).

Veja-se que a defesa não se desincumbiu do ônus de comprovar tivessem os milicianos motivo para imputar, falsa e arbitrariamente, a autoria do crime ao réu, pessoa desconhecida, com a qual não guardam relação, em nada lhes aproveitando condenação de pessoa sabidamente inocente, cabendo a ressalva de que estão sujeitos, como qualquer testemunha, às penas do artigo 339 do Código Penal.

Acesso ao Sumário

No mais, não parece plausível que os policiais militares tivessem se dado ao trabalho de encontrar expressiva quantidade de entorpecentes apenas para atribuir ao acusado o delito de tráfico, principalmente considerando que a defesa não trouxe nenhuma prova de que tivessem alguma inimizade com o apelante.

Portanto, devidamente atestados os fatos descritos na inicial acusatória, cumpre salientar que a quantidade, diversidade e natureza das drogas é suficiente a demonstrar o intuito mercantil e, portanto, embasar a condenação de José Willian pelo crime de tráfico a ele imputado.

Passa-se, pois, à dosimetria.

A pena-base foi fixada 1/6 acima do patamar mínimo, em razão dos maus antecedentes reconhecidos em Primeiro Grau, buscando a defesa seu afastamento, sob a alegação de que, na data do crime, o acusado ainda estava sendo processado.

De fato, compulsando os autos, verifica-se, através da certidão de objeto e pé de fls. 77, que o trânsito em julgado se deu apenas em 30 de setembro de 2014, posteriormente, portanto, ao crime ora em apreço, datado de 14 de julho de 2014.

Ocorre que aquela certidão se refere a fatos ocorridos antes do tráfico em tela, pois o crime a que se refere foi praticado em 09 de maio de 2012, sendo irrelevante que o trânsito em julgado tenha ocorrido em momento posterior.

O que preceitua a Súmula nº 444 do C. STJ é a vedação de "*utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base*". *In casu*, o processo caracterizador do desabono possui trânsito em julgado, ou seja, não se encontra em curso, portanto, perfeitamente apto a configurar os maus antecedentes.

Sobre o assunto, confira:

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. FURTO TENTADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. IMPOSSIBILIDADE. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO DEFINITIVA POR CRIME PRATICADO ANTES DA DENÚNCIA OBJETO DESTE RECLAMO. AGRAVO NÃO PROVIDO. ***1. A condenação definitiva por fato anterior ao crime descrito na denúncia, mas com trânsito em julgado posterior à data do ilícito penal, ainda que não configure a agravante da reincidência, pode caracterizar maus antecedentes*** *e impedir a concessão da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pois diz respeito ao histórico do apenado (art. 44, III, do CP). 2. Agravo regimental não provido."* (STJ, AgRg no REsp 1486797/GO, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Órgão Julgador: Sexta Turma, j. 07/05/15)

"HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. CARACTERIZAÇÃO. CONDENAÇÃO COM CERTIFICAÇÃO DO TRÂNSITO EM JULGADO APÓS A PRÁTICA DO DELITO EM ANÁLISE. POSSIBILIDADE. REGIME FECHADO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. *1.* ***Condenações por fatos anteriores ao apurado na ação penal de que se cuida, ainda que com trânsito em julgado posterior, não servem para caracterizar a agravante da reincidência, podendo, contudo, fundamentar a exasperação da pena-base como maus antecedentes****. 2. Na hipótese, embora a reprimenda não alcance 8 (oito) anos de reclusão, tendo sido fixada em 6 (seis) anos, 2*

Acesso ao Sumário

(dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, o regime fechado deve ser mantido para o início da expiação, principalmente à vista das circunstâncias tidas como desfavoráveis. 3. Ordem denegada." (STJ, HC 87487/SP, Min. Og Fernandes, 6ª Turma, jg. 02/08/2012, DJe 13/08/2012).

Em seguida, requer a defesa o reconhecimento da atenuante inominada, prevista no artigo 66 do Código Penal, uma vez que o recorrente contraiu tuberculose na prisão, porém, sem razão.

Tal dispositivo prevê a redução da pena em razão de circunstância não prevista em lei, de aplicação discricionária pelo magistrado, de acordo com as peculiaridades do caso concreto.

E nos termos dispostos pelo C. STJ, *"(...) São circunstâncias que podem ser consideradas na atenuante inominada o arrependimento sincero do agente, sua extrema penúria, a recuperação do agente após o cometimento do crime, a confissão, embora não espontânea, ter o agente sofrido dano físico, fisiológico ou psíquico em decorrência do crime, ser portador de doença incurável, etc. No Tribunal do Júri, é possível o reconhecimento de uma circunstância inominada ao ser proposto o quesito genérico de atenuantes (art. 484, parágrafo único, III, do CPP).""* (RESP 657930, Rel. Min. Paulo Medina, Data da Publicação: 14/12/04)

Portanto, o fato de ter José Willian contraído tuberculose durante a prisão cautelar, por si, não é motivo suficiente a reduzir sua reprimenda, mormente porque sequer se trata de doença grave e incurável.

Logo, a pena imposta em primeira fase não comporta qualquer modificação.

Também sem sorte a defesa, ao requerer a aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, seja em razão dos maus antecedentes do recorrente, razão pela qual não preenche os requisitos do dispositivo penal em comento, seja em consequência da quantidade, diversidade e natureza das drogas apreendidas, denotando não se tratar o acusado de traficante ocasional, pouco incutido na mercancia ilícita, motivo pelo que não merece ser beneficiado com a causa de diminuição de pena.

Acesso ao Sumário

Destarte, a reprimenda fixada na r. sentença atacada não merece nenhum reparo, devendo ser mantida em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no piso.

Mantida a pena imposta, descabida a substituição penal, por expressa vedação do artigo 44 do Código Penal, pois superior a quatro anos de reclusão.

Por derradeiro, acerca do regime inicial de cumprimento de pena, tem-se que o fechado é o mais adequado *in concreto.*

Não se pode perder de vista, a princípio, que se trata de réu que ostenta maus antecedentes, com condenação por delito de mesma natureza, ou seja,

merece sua conduta maior repressão por parte do Estado.

Por outro lado, foi surpreendido com 20 porções de cocaína, 100 pedras de "crack" e 12 porções de maconha. Logo, a quantidade expressiva, a diversidade de entorpecentes e a natureza principalmente do "crack", extremamente nocivo à saúde, externam a necessária reprovabilidade à conduta de José Willian, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal, pois, com sua conduta, atingiria número considerável de usuários, demonstrando que a situação em que foi surpreendido não era episódica em sua vida.

Isto posto, pelo meu voto, **nega-se provimento** ao recurso de apelação interposto por **José Willian da Silva Santos**, mantendo-se, na íntegra, a r. sentença recorrida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0004094-08.2010.8.26.0368, da Comarca de Monte Alto, em que é apelante S.C.O., é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitadas as preliminares, negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.906)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ENCINAS MANFRÉ (Presidente) e RICARDO SALE JÚNIOR.

São Paulo, 3 de setembro de 2015.

WILLIAN CAMPOS, Relator

Ementa: LAVAGEM DE CAPITAIS – VALORES OBTIDOS A PARTIR DE CRIME DE DESVIOS DE VERBAS PÚBLICAS EM PROVEITO PRÓPRIO – DEMONSTRAÇÃO DA INTENÇÃO DE OCULTAR E DISSIMULAR A ORIGEM DE DINHEIRO OBTIDO COM A PRÁTICA DE CRIME – CONDENAÇÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 1.378/1.394, cujo relatório se adota, que julgou procedente a ação penal

Acesso ao Sumário

promovida pela **JUSTIÇA PÚBLICA** contra **S.C.O.**, para condená-lo à pena de **4 anos de reclusão, no regime inicial semiaberto, além do pagamento de 13 dias-multa, no piso, por incurso nos artigo 1º, inciso V e § 2º, inciso I, da Lei nº 9.613/1998.**

Inconformado, apela o réu, alegando nulidade do processo em razão do cerceamento de defesa, decorrente da não expedição de Carta rogatória; ressalta o apelante que o Promotor de Justiça oficiante nos autos não detinha legitimidade para propositura da ação; aduz o réu que o juízo onde se processou o feito não era competente; ressalta o acusado ilegitimidade ativa do Promotor e incompetência do Juízo pelo fato de eles (*Promotor de Justiça e Juiz*) residem em comarca distinta daquele em que exercem o seu mister; afirma o apelante que é inocente; pede a sua absolvição; acrescenta o réu que o ofendido não foi ouvido e que não existe processo sem vítima. Postula a reforma da sentença combatida (fls. 1.407/1.463).

O recurso foi processado com contrariedade oferecida pela acusação (fls. 1.495/1.507).

A Douta Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo improvimento do recurso (fls. 1.509/1.516).

É o Relatório.

As preliminares arguidas não devem ser acolhidas.

Sem fundamento a alegação de ilegitimidade ativa do Ministério Público pelo fato de o Promotor de Justiça oficiante nos autos não residir na comarca, assim como sem fundamento também é a alegação de incompetência do Juízo, pelo fato de o magistrado *a quo* residir em outra comarca.

Em ambas as situações, cabem respectivamente ao Chefe do Ministério Público e do Conselho Superior do Ministério Público, bem como ao Tribunal de Justiça, em situações excepcionais, autorizar os seus membros residirem em outra comarca. Além disso, o fato de o Promotor de Justiça e o Juiz de Primeiro Grau morarem em comarca distinta daquela em que exercem o seu mister não os tornam parte ilegítima ou incompetentes, visto que são os titulares dos cargos que exercem e, portanto, Juiz e Promotor Natural da causa.

Assim, ficam afastadas as preliminares de ilegitimidade ativa e incompetência do juízo.

Registre-se que ao caso foi aplicada a Lei nº 9.613/98, em observância ao princípio *tempus regit actum*, segundo o qual os atos jurídicos se regem pela lei da época em que ocorreram.

Desse modo, não era mesmo caso de aplicar a Lei nº 12.683/2012, pois não se trata de lei nova mais benigna, pelo contrário, lei nova mais gravosa e por isso aplicável aos fatos cometidos após a sua entrada em vigor.

Acesso ao Sumário

Portanto, não havia necessidade nenhuma de aditamento da denúncia, pois a lei aplicável ao caso concreto é a Lei nº 9.613/98, justamente a adotada.

Tampouco há se falar em nulidade do processo por ausência de vítima, pois como bem ponderou o Doutro Procurador de Justiça oficiante nos autos a alegação de "*Nulidade por ausência de vítima é tese de desespero - ou pitoresca, como preferiu empregar o Promotor de Justiça em suas contrarrazões.*"

Com efeito, trata-se de crime que se insere no rol daqueles praticados em detrimento do erário de Monte Alto, sendo vítima, portanto, a Administração Pública.

Também não houve o alegado cerceamento de defesa, pelo fato de ter sido indeferida a expedição de carta rogatória para o Japão para oitiva de uma testemunha, cuja imprescindibilidade do seu depoimento não foi demonstrada.

Convém ressaltar que o indeferimento da expedição da carta foi bem fundamentado e está lastreado no artigo 251 do Código de Processo Penal, o qual estabelece que incumbe ao magistrado promover o regular andamento do processo, podendo perfeitamente indeferir as providências inúteis e meramente protelatórias.

Aliás, caso não fosse possível o juiz, dentro da sua prudência e critério, indeferir um pedido não se estaria diante de um requerimento, mas uma imposição.

Cumpre observar que o magistrado, tem o dever de velar pela duração razoável do processo (*artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal*) e assim, indeferir prova que entenda desnecessária.

Nesse sentido se posiciona o Superior Tribunal de Justiça:

"PROCESSUAL PENAL - *HABEAS CORPUS* - PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DE TESTEMUNHA - IMPRESCINDIBILIDADE NÃO DEMONSTRADA - INDEFERIMENTO MOTIVADO - CARÁTER PROTELATÓRIO EVIDENCIADO - NULIDADE POR CERCEAMENTO DE DEFESA - INEXISTÊNCIA.

1. É pacífico nesta Corte o entendimento de que "o indeferimento de produção de provas é ato norteado pela discricionariedade regrada do julgador, podendo ele, portanto, soberano que é na análise dos fatos e das provas, indeferir, motivadamente, as diligências que considerar protelatórias e/ou desnecessárias, nos termos preconizados pelo § 1º do art. 400 do Código de Processo Penal" (HC 180.249/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, DJe 04/12/2012). Precedentes.

2. *In casu*, inexiste nulidade por cerceamento ao direito de defesa no indeferimento de pedido de substituição de testemunha, pois aquela que se desejava trocar já houvera substituído outra, também não encontrada, e a defesa não logrou êxito em demonstrar

Acesso ao Sumário

a imprescindibilidade de sua oitiva mediante carta rogatória, providência inviável na estreita via do *habeas corpus*, não podendo o julgador ficar à mercê dos reiterados pedidos daquela ordem, que protelam a conclusão do feito.

3. Ordem de *habeas corpus* denegada."

(*Habeas Corpus* nº 319301-MG, Relator Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, J. 2.6.2015)

Por essas razões ficam rejeitadas as preliminares arguidas.

No mérito, consta na denúncia que no período compreendido entre agosto e outubro de 2007, em Monte Alto/SP, **S.C.O.**, vulgo (...), ocultou e dissimulou a natureza e a origem de valores provenientes de crimes praticados contra a Administração Pública Municipal de Monte Alto, bem como utilizou referidos valores em sua atividade econômica de empresário.

Segundo foi apurado, **S.** foi denunciado pela prática de crime contra a Administração Pública Municipal de Monte Alto, como incurso, por duas vezes, no artigo 1º, inciso I, do Decreto-Lei 201/67, na forma do artigo 29*, caput*, do Código Penal, juntamente com o ex-prefeito municipal de Monte Alto, M.M.P., por desvios de verbas públicas em proveito próprio e falsidade ideológica.

O processo para apurar referido delito tramitou sob o nº 270/08, na 1ª Vara da Comarca de Monte Alto (fls. 597/603 e 609/611).

Segundo consta naqueles autos, S. desviou entre outros valores, dois cheques de titularidade do Município de Monte Alto, um no valor de R$ 27.000,00, cheque nº 001441, da Caixa Econômica Federal (fl. 91), e outro no valor de R$ 18.000,00, cheque nº 850150, do Banco do Brasil (fl. 93), sendo que em ambos os títulos de crédito constavam como favorecida a empresa (...), mas foram depositados na conta bancária da empresa (...)**, de propriedade do réu *S.***

A materialidade delitiva está estampada nos autos, pelo ofício de fls. 2, pelos documentos de fls. 91/94 e fls. 397/398, que comprovam o depósito dos dois cheques emitidos pelo Município de Monte Alto, um no valor de R$ 27.000,00 e outro no valor de R$ 18.000,00, ambos em favor da (...) na conta corrente da empresa (...)**, de propriedade do réu.**

Corroborando com tais documentos, a sentença de fls. 1.219/1.278, na qual o ex-prefeito de Monte Alto e o réu S. foram condenados por desvio do montante de R$ 45.000,00, bem como por inserção de declarações falsas em documento público por equiparação (*nota promissória de fl. 429 na qual consta a informação falsa de que a empresa (...) teria emprestado R$ 45.000,00 para o apelante*).

Na mesma esteira, os depoimentos de A.B. - fls. 1.128/1.130, F.S. - fls. 1.131, S.W.S. - fls. 1.132 e G.C. - fl. 1.075, que dão conta que a nota promissória (de fl. 429) emitida pelo réu é ideologicamente falsa, uma vez que nunca a

empresa (...), legítima credora dos cheques (*fls. 91/94*) depositados pelo réu em sua conta, entregou ao acusado tais títulos de crédito ou firmou com ele qualquer tipo de empréstimo.

Com efeito, em novembro de 2006, o Município de Monte Alto celebrou contrato de fornecimento de água com a (...), mas tal contrato foi interrompido antes do termo final, sem o pagamento integral das contraprestações à contratada (*depoimento do representando da empresa (...) - de A.B.S. - fls. 1.128/1.130*).

Objetivando receber os valores devidos a contratada (...) requereu perante a Prefeitura Municipal de Monte Alto o pagamento da contraprestação, mas foi informado da emissão de autorização parcial do empenho nº 4107/2007, mediante emissão dos cheques 001441, da Caixa Econômica Federal, e 850150, do Banco do Brasil, sendo que em ambos cheques constavam como favorecida a empresa contratada ((...) **- fls. 91/94**). Todavia, tais títulos de crédito não foram entregues à empresa, mas foram depositados na conta bancária do réu S. (*depoimento do representando da empresa (...) - de A.B.S. - fls. 1.128/1.130*).

Corroborando com os depoimentos das testemunhas, a quebra de sigilo bancário da empresa de S. (*acostada ao primeiro volume*), que constatou que os cheques emitidos para pagamento da (...) foram, na realidade, depositados na conta de titularidade da empresa (...), de propriedade do apelante.

Para ocultar e dissimular a origem ilícita dos valores depositados em sua conta bancária, S, emitiu uma nota promissória ideologicamente falsa (*fl. 429*), em favor da (...), alegando que os cheques depositados em sua conta bancária seriam fruto de empréstimo obtido perante G.C. (*um dos donos da (...)*).

No entanto, a versão apresentada pelo réu ficou divorciada das provas colhidas em contraditório.

Com efeito, repita-se, na ação penal nº 270/2008 foi comprovado que S. desviou verba pública, bem como a falsidade ideológica da nota promissória (*fl. 429*) por ele emitida.

Além disso, a testemunhas G.C. negou ter recebido os cheques supra mencionados da Prefeitura do Município de Monte Alto, bem como negou ter entregado as referidas cártulas para o réu ou ter feito qualquer tipo de empréstimo para ele (*fls. 1.075/1.076*).

As testemunhas A.B.S., F.S., S.W.S. (*fls. 1.128/1.130, 1.131 e 1.132*), proprietários da empresa (...), também negaram qualquer tipo de empréstimo ou autorização de empréstimo para S., salientando desconhecer a nota promissória por ele emitida.

Destarte, a condenação de S. por lavagem de capitais era providência que se impunha, visto que não há dúvida que o réu ocultou e dissimulou a natureza e a origem dos valores recebidos, provenientes de crime praticado contra a Administração Pública do Município de Monte Alto, com o objetivo de

Acesso ao Sumário

convertê-los em ativos financeiros lícitos e os utilizou na atividade econômica de empresário junto à (...) (*empresa de sua propriedade*).

Da reprimenda:

A sanção penal foi corretamente fixada 1/3 acima do mínimo legal, ou seja, **4 anos de reclusão, além de 13 dias-multa, no piso**, tendo em vista que o réu possui personalidade afeita a prática de ilícito, tanto que ostenta condenação pelo crime de desvio de verba pública em proveito próprio e falsidade ideológica. Além disso, como bem salientou o juiz de primeiro grau, a reprovabilidade da conduta do sentenciado é elevada, pois ele agiu "*de forma articulada a fim de se locupletar em prejuízo de terceiros e, de forma indireta, da Administração Pública e da população de Monte Alto*"

Além disso, não se pode perder de vista que pena-base não é sinônimo de pena mínima.

Nesse sentido:

> **"O Juiz tem poder discricionário para fixar a pena-base dentro dos limites legais, mas este poder não é arbitrário, porque o caput do artigo 59 do Código Penal estabelece um rol de oito circunstâncias judiciais que devem orientar a individualização da pena-base, de sorte que, quando todos os critérios são favoráveis ao réu, a pena deve ser aplicada no mínimo cominado; entretanto, basta que um deles não seja favorável para que a pena não mais possa ficar no patamar mínimo"** (STF, *Habeas Co*rpus 76.196-GO, 2ª Turma, rel. Ministro Maurício Correa, julgado em 29.09.98).

Nas demais fases a reprimenda não foi alterada, ante a inexistência de circunstâncias que justificassem aumento ou redução da reprimenda.

A fixação do regime semiaberto para o desconto corporal se mostra suficiente para reprovação e prevenção do crime, ante o desprezo à autoridade e à lei revelado pelo réu, que ostenta personalidade afeita à prática de ilícitos, a exigir tratamento contundente.

Nessas circunstâncias, nega-se provimento ao recurso defensivo, a fim de manter a bem lançada sentença proferida pela insigne Juíza PAULA AGUIAR PIZETA.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0071097-56.2013.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ALEXANDRE ALVES DA SILVA, 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 para absolver o réu ALEXANDRE ALVES DA SILVA, qualificado nos autos, dos dois crimes descritos na peça matriz, com fundamento no art. 386, incisos III e VII, do Código de Processo Penal. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.925)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores SOUZA NERY (Presidente sem voto), OTÁVIO HENRIQUE e ENCINAS MANFRÉ.

São Paulo, 11 de setembro de 2015.

EUVALDO CHAIB, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – RECEPTAÇÃO E PORTE DE ARMA BRANCA – USÊNCIA DE PROVA SEGURA QUANTO AO CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO – ATIPICIDADE DE CONDUTA NO TOCANTE AO CRIME ANÃO – RECURSO PROVIDO.

VOTO

VOTO DO RELATOR

ALEXANDRE ALVES DA SILVA foi condenado pelo r. Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de SÃO PAULO, nos autos do Processo nº 1246/2013, *sentença da lavra da eminente Juíza de Direito Dra. Cristina Alves Biagi Fabri*, como incurso no artigo 180, *caput*, do Código Penal, c.c. o art. 19, *caput*, do Decreto-lei 3.688/41, na forma do art. 69 do Código Penal, às penas de 01 (um) ano, 04 (quatro) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 24 (vinte e quatro) dias-multa, fixados no mínimo legal, sendo facultado o direito de recorrer em liberdade (fls. 128/133).

O apelante foi processado porque adquiriu e recebeu coisa que sabia ser produto de roubo, consistente em um aparelho de telefonia celular Iphone 4S, avaliado em R$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais), pertencente a Fabio Cury.

Consta, ainda, que nas mesmas circunstâncias, trazia consigo, uma faca afiada e pontiaguda, com aproximadamente 23 (vinte e três) centímetros de lâmina.

Apela, pleiteando absolvição à insuficiência probatória (fls. 145/147).

Contrariado o recurso (fls. 149/155), a douta Procuradora de Justiça Dra. Ana Lúcia Menezes Vieira, opina pelo seu desprovimento (fls. 161/165).

É o relatório.

Acesso ao Sumário

O réu, fotografado às fls. 28, migrante, ambulante, de forma lacônica, diz que encontrou o celular na rua e não tinha arma branca consigo (fls. 85).

A vítima narrou que foi cercada por quatro homens, um deles munido de faca, sendo desapossada do Iphone, mas não reconheceu o réu como sendo um dos ladravazes (fls. 82).

Os agentes públicos foram até o sítio dos fatos após a notícia de arrastão nas cercanias do Metrô. O réu, maltrapilho, com a fala confusa, foi abordado próximo a ponto de ônibus e, em seu poder, estava o aparelho rapinado e uma faca pontiaguda com 23 cm (fls. 83/84).

No tocante ao crime anão, é exato que existem inúmeros arestos sustentando que para tipificação da conduta basta o mero porte da arma branca e imprópria, sendo a contravenção, destarte, punível à luz da mera conduta.

Noutros dizeres, havendo porte, sem autorização, fora de casa, de instrumentos que possam ser usados para ataque e defesa, quando circunstâncias de tempo, lugar e modo se traduzirem em desvio da finalidade específica, o agente seria punido pela Lei de Contravenções Penais para impedir a proliferação de arma no meio social.

A questão, todavia, modernamente há que ser enfrentada "*cum grano salis*" e sob o prisma do princípio da legalidade. Com efeito, na esteira de orientação mais moderna e recente, diante da inexistência de norma regulamentadora sobre o porte de arma branca no Brasil, seu simples porte caracteriza conduta atípica.

GUILHERME DE SOUZA NUCCI leciona: "*ao tratarmos das denominadas armas brancas (por exclusão, as que não são de fogo), sejam próprias (destinadas ao ataque ou defesa, como punhais, lanças, espadas etc.), sejam impróprias, (destinadas a outros fins, como machados, martelos, serrotes, etc., mas usadas para ataque e defesa, eventualmente), entendemos que o art. 19 é inaplicável. Não há lei regulamentando o porte de arma branca de que tipo for. Logo, é impossível conseguir licença da autoridade para carregar consigo uma espada. Segundo o disposto no art. 5º, II, da Constituição Federal, ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Há outro ponto importante. Cuida-se de tipo penal incriminador, razão pela qual não pode ficar ao critério do operador do Direito aplica-lo ou não, a seu talante. Primamos pela legalidade (não há crime ou contravenção penal sem prévia definição legal) e não encontramos lei alguma que disponha sobre o tema*" (Leis Penais e Processuais Penais Comentadas, 2ª ed., São Paulo, RT, 2007, p. 152).

Acesso ao Sumário

No mesmo sentido: "*correta decisão que determinou o arquivamento de termo circunstanciado. Ao contrário do que ocorre em relação às armas de fogo, inexiste regulamentação de licença para porte ou uso de armas brancas. Assim, não se configura a contravenção penal do art. 19 do Decreto-*

Lei 3.688/41" (TJRS, Apelação Criminal n° 71003302932, Rel. Des. CRISTINA PEREIRA GONZALES, Turma Recursal dos Juizados Especiais Criminais).

Confiram-se, ainda, neste Sodalício: Apelação nº 0002340-66.2011.8.26.0248; Apelação nº 0021243-34.2008.8.26.0482.

Quanto ao crime contra o patrimônio, mais uma vez, os fatos são interpretados "*cum grano salis*". De plano, observa-se que nenhum dos servidores recordou-se com clareza do réu. Um deles, o soldado Edvaldo, contou que ele estava muito sujo, envolto em coberta, fétido, rodeado por outras pessoas, com aspecto de morador de rua (fls. 83).

A descrição afina-se com a foto aqui encartada (fls. 28).

Maria Lúcia, a outra miliciana que atendeu à ocorrência, descreveu-o como sendo usuário de entorpecente, morador de rua, que ali estava em condições precárias, a despeito da pouca idade (20 anos), em poder do aparelho que seria, aparentemente, trocado por pedras de *crack.*

Em tais circunstâncias, ainda não se vislumbra a tipificação do crime. Pode ser que os rapinadores, de fato, ao notarem a aproximação da viatura, dispensaram o celular próximo ao mendigo para evitar o flagrante, tendo ele se apossado do bem que, oportunamente, seria trocado por droga.

Também pode ser que ele, por outro lado, seja mais um integrante do grupo que realizava arrastão por ali e tinha a função no seio da quadrilha de guardar os produtos arrecadados com a rapina.

A dúvida, em tais condições, vem em favor do réu. O aspecto físico depreciado, em que pese a pouca idade (20 anos) do agente, e as demais circunstâncias que ornamentaram o fato despertam questionamentos. E se não há um juízo de valor seguro do destinatário da prova, absolve-se, até porque o réu, segundo os agentes públicos, aparentava certo distúrbio mental, provavelmente causado pela dependência química.

Com olhos marejados pela distância do último encontro, lembra-se aqui, saudoso, de uma, dentre as muitas, lições do advogado criminalista EUVALDO CHAIB, hoje, para nosso regozijo, imortalizado no Salão dos Passos Perdidos do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a quem tenho a honra de ser fruto reto: a prova produzida em processo penal, para infligir no réu a sequela árdua da condenação, não admite o emprego de conjectura.

Diante do exposto, pelo meu voto, dá-se provimento ao recurso para absolver o réu ALEXANDRE ALVES DA SILVA, qualificado nos autos, dos dois crimes descritos na peça matriz, com fundamento no art. 386, incisos III e VII, do Código de Processo Penal.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000074-15.2011.8.26.0052, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado MARLY APARECIDA DE SENA.

ACORDAM, em 6ª 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 29.160)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SOUZA NERY (Presidente) e EUVALDO CHAIB.

São Paulo, 11 de setembro de 2015.

ROBERTO SOLIMENE, Relator

Ementa: JÚRI – Absolvição sumária – Possibilidade – Única tese defensiva – Havendo prova da autoria e da materialidade do delito, tendo sido reconhecida a inimputabilidade do acusado, revela-se ausente pressuposto para a submissão do acusado ao Júri Popular – Recurso desprovido.

VOTO

Relatório

Ao relatório da r. sentença de fls. 105/107 aduz-se que a ora apelada foi sumariamente absolvida (inimputabilidade provada por laudo pericial) quanto à acusação de prática do crime do art. 121, § 2º, IV do Cód. Penal. Porém, irresignada, recorreu a Dra. Promotora de Justiça para ver declarada a nulidade da r. sentença, bem como o retorno dos autos à primeira instância, para regular prosseguimento do feito, cf. judiciosos argumentos deduzidos as fls. 110/112.

Originariamente, os autos foram distribuídos à E. 6ª Câm. de Direito Criminal deste Tribunal de Justiça e mais tarde, por ato do Col. Órgão Especial (Res. 667/2014), redistribuídos a esta 6ª Câm. Extraordinária.

Recurso respondido (fls. 121/124), com parecer pelo desprovimento subscrito pela D. Procuradoria Geral de Justiça (cf. fls. 139/143).

É o relatório.

Voto n. 29.160

Acesso ao Sumário

Cf. laudo pericial em anexo, exarado pelo IMESC e produzido a partir de requerimento ministerial, constatou-se a inimputabilidade da apelada, eis que portadora de psicose esquizotípica (CID 10 – F -21), vide derradeiro apenso (fls. 29/32).

Naquelas condições, por volta de 17,30 horas de 6.12.2010, matou o próprio genitor, Antonio Bernardino de Sena, fazendo uso de uma colher de pedreiro.

Para anular a r. sentença que deu pela absolvição sumária e aplicou contra a apelada internação em nosocômio especializado, alegou-se possibilidade de inocência ou, quiçá, apuração de suposto envolvimento de terceira pessoa.

Esta última possibilidade não depende do resultado da presente ação penal, eis que, diante de eventuais notícias, poderá a d. Apelante adotar o que necessário para instauração de demanda de igual substância contra quem de direito.

No mais, a defesa prévia apresentou única tese, a da inimputabilidade (fls. 92/95), nada mais sendo agitado, daí porque compartilhamos idêntica conclusão patrocinada pela d. Procuradoria Geral de Justiça, vide fls. 141 e 143.

Havendo prova da autoria e da materialidade do delito, tendo sido reconhecida a inimputabilidade da acusada, revela-se ausente pressuposto para a submissão do acusado ao Júri Popular, qual seja, a culpabilidade. Ademais, no caso concreto, não aventada pela defesa qualquer excludente de ilicitude ou negativa de autoria, mostra-se imperativa a absolvição sumária com a imposição de medida de segurança, dada, inclusive, a periculosidade acentuada no laudo psiquiátrico, em consonância com o disposto no art. 415, par. único do Cód. de Processo Penal em concurso com o art. 97, este do Cód. Penal.

No mesmo sentido os precedentes do E. Superior Tribunal de Justiça: HC 42.314/SP, Rel. Min. GILSON DIPP, DJU 19.12.05, HC 38.500/MG, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJU 01.07.05; HC 38.498/MG, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJU 08.05.06; HC 88.234/SP, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 18.8.2008; e HC 129.488/SP, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, J. 2.6.2015.

O laudo, aliás, nem se acha sozinho no processo, acompanhado de dois ofícios do estabelecimento psiquiátrico que acolheu a apelada logo após o fato (fls. 60 e 114), em 8.12.2010, aquele das "*Irmãs Hospitaleiras*".

Ante o exposto, nego provimento.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0022655-17.2010.8.26.0001, da Comarca de São Paulo, em que são recorrentes W.A.R., A.S., R.S.C., N.R.S., A.S.R.J., J.H.S.J., A.S.S., I.P.J., R.M. e J.G.P., é recorrido MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram em parte dos recursos e negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.222)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores TRISTÃO RIBEIRO (Presidente) e SÉRGIO RIBAS.

São Paulo, 17 de setembro de 2015.

JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN, Relator

Ementa: Recurso em sentido estrito. Homicídio triplamente qualificado e fraude processual. Desclassificação para delito de tortura com evento morte. Pleito opondo-se à declaração de incompetência do júri ou reconhecimento de crime militar de lesão corporal qualificado pelo resultado morte, com remessa dos autos à Justiça Militar Estadual, ou absolvição sumária. O delito de tortura é delito comum, sem correspondência no Código Penal Militar. Competência da Justiça comum. Recurso conhecido em parte e improvido.

VOTO

Imputou-se aos recorrentes a prática de homicídio triplamente qualificado (Art. 121, § 2º, incisos I, III e IV, do Código Penal), em concurso com o crime de fraude processual (art. 347, do Código Penal).

No dia 09 de abril de 2010, durante o período noturno, a vítima E.L.P.S., que fora detido após desinteligência com I.A.I.J.O., M.A.O. e R.A.H., teria sido acoimado de ter praticado desacato contra os milicianos que o prenderam para condução ao 13º DP, tendo resistido à determinação de ingressar na viatura policial militar.

Em razão disso, tanto a vítima fatal como I., M. e R. foram conduzidos à 1ª Cia do 9º BPM/M, anexa ao 13º Distrito Policial, não tendo a ocorrência sido apresentada à autoridade policial de plantão no citado distrito.

Acesso ao Sumário

Naquela Companhia E.L.P.S. foi mantido em sala separada, com as mãos algemadas para trás, enquanto os três outros ficaram sentadas em sala próxima, impedidos também de se retirarem, permanecendo sob vigilância dos milicianos que lá estavam em serviço.

Em razão de terem se sentido ofendidos pela atitude de E., que originariamente estaria em desentendimento com I., M. e R., em vias de fato, o que levou à intervenção dos milicianos, resolveram dar-lhe uma "lição".

E., conhecido usuário de drogas, mostrou-se alterado na abordagem dos policiais, passando a desobedecer as ordens recebidas e destratá-los, culminando por ser agredido pelos milicianos, que tiveram que utilizar força física para colocá-lo na viatura.

Anote-se que o laudo toxicológico de fls. 1984 constatou que E. apresentava no sangue traços de álcool e cocaína.

E. foi severamente lesionado por inúmeros policiais militares, culminando por ter um cassetete quebrado em seu corpo (fls. 2441/2447).

Além disso sofreu inúmeras lesões por instrumento contundente, tendo um dos policiais presentes apanhado revólver particular, municiado com cápsulas de festim e efetuado disparos em direção a E. com intuito de aterrorizá-lo.

E., apavorado, levantou-se e tentou se evadir, sendo derrubado ao chão e severamente agredido.

Acresça-se que as três testemunhas I., M. e R. a todo o tempo ouviram as réplicas de E. e seus gritos de dor e sofrimento.

A prova é segura da ocorrência do fato com laudos necroscópicos de fls. 317/323, 751/755, 1197 e 1394, que asseguram a *causa mortis* relacionadas às severas agressões e terror psicológico por que passou.

Após a 1ª Tenente A. ter passado no local com sua guarnição, visto o ofendido suado, com indícios de espancamento, mantido em local impróprio – 1ª Cia do 9º BPM/M, sem apresentação à autoridade policial ao lado, continuou sua ronda sem tomar qualquer providência.

Ao depois tomou ciência de que um corpo fora localizado na rua, com as calças um pouco abaixadas e conduzido ao Pronto Socorro de Santana.

Para lá se dirigiu e reconheceu o ofendido como quem estava detido na Cia PM, passando a descobrir a fraude processual destinada a isentar os milicianos participantes do grave espancamento de que resultou a morte da vítima.

A partir daí os fatos vieram à tona.

Ouvidas testemunhas em pretório após Inquérito Policial Militar iniciado e Inquérito Policial, o douto representante do Ministério Público manifesta-se pela ocorrência de crime de tortura com evento morte e não homicídio.

O culto Magistrado adotou essa orientação e declarou incompetente a

Acesso ao Sumário

Vara do Júri entendendo que o crime não era de homicídio.

Recorrem os acusados pretendendo impronúncia por ausência de participação no evento, opondo-se à declaração de incompetência do Júri, ou reconhecimento do crime militar previsto no art. 209, § 3º, 2ª parte – lesão corporal qualificado pelo resultado morte, com remessa dos autos à Justiça Militar Estadual.

Foram contrariados os reclamos e a douta Procuradoria de Justiça é pelo improvimento do reclamo.

É o relatório.

Inicialmente o i. Magistrado abordou apenas a questão de competência, não fazendo juízo de valoração sobre a participação de cada um dos acusados, pois entendeu ser incompetente para tal por não se tratar de crime doloso contra a vida.

E, ao final da instrução, tal solução é a melhor.

Não há de se falar no crime do art. 209, § 3º, 2ª parte do Código Penal Militar, que cuida da "lesão qualificada pelo resultado", pois nada mais é do que o preterdolo.

E certo que tal artigo não se aplica à hipótese face ao artigo 9º, inciso II, letra "b" - crimes militares em tempo de paz, primeiro porque o parágrafo único excepcionou da competência militar o crime doloso contra a vida praticado contra civil, anotando-se que a modificação foi trazida pela Lei nº 12.432/2011.

Em segundo lugar porque a Lei nº 9.455/1997, bem definiu o crime de tortura e que não tinha previsão abrangida pelo art. 9º do Código Penal Militar, nem definição naquele Estatuto Penal.

Fica, pois, afastada a pretensão de remessa dos autos à Justiça Castrense Estadual.

Anote-se que o que ficou demonstrado nos autos foi o intento dos milicianos em submeter a vítima fatal a intenso sofrimento físico e psicológico como modo de aplicar-lhe "castigo" pela forma como agira com os policiais militares que o abordaram.

Como bem lembrado, se houvesse interesse em matá-lo, isso seria facilmente feito levando-o a local ermo, longe das vistas das testemunhas civis levadas à subunidade policial militar, onde poderia ser morto sem qualquer nexo com os milicianos, que estavam em superioridade numérica, armados, contando com viaturas oficiais.

O ato de levar o ofendido à Companhia Policial Militar, que é anexa ao 13º Distrito Policial, por certo tinha o interesse de infringir-lhe sofrimento físico e moral, e não sua morte ao final.

A tortura é lei especial e se concretiza quando não se mostra claramente

Acesso ao Sumário

presente o "animus necandi" como finalidade precípua dos agentes.

Assim define a Lei Especial:

"Art. 1º Constitui crime de tortura:

I - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental:

a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa;

b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa;

c) em razão de discriminação racial ou religiosa;

II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.

Pena - reclusão, de dois a oito anos.

§ 1º Na mesma pena incorre quem submete pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal.

§ 2º Aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de um a quatro anos.

§ 3º Se resulta lesão corporal de natureza grave ou gravíssima, a pena é de reclusão de quatro a dez anos; se resulta morte, a reclusão é de oito a dezesseis anos.

§ 4º Aumenta-se a pena de um sexto até um terço:

I - se o crime é cometido por agente público;

II - se o crime é cometido contra criança, gestante, portador de deficiência, adolescente ou maior de 60 (sessenta) anos;

III - se o crime é cometido mediante sequestro.

§ 5º A condenação acarretará a perda do cargo, função ou emprego público e a interdição para seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada."

Como bem esclarece José L. de la Cuesta Arzamendi, Catedrático de Direito Penal da Universidade Del País Basco, na obra "El Delito de Tortura". Boschi Casa Editorial, S.A., Barcelona, p. 109/111:

"Al examinar más arriba el concepto internacional de tortura y sus rasgos caracterizadores se comenzaba por constatar la naturaleza pluriofensiva del modelo de delito configurado por la Convención internacional (Convención de Las Naciones Unidas de 1984), claramente presentado como ataque a una pluralidad de bienes jurídicos dignos de tutela penal.

La proximidad de la figura con las formas de coacciones ponía, así, de manifiesto, desde um principio, su condición de ataque a la libertad. Junto a esto, la referencia (criticable) a la causación de "dolores o sufrimientos graves,

Acesso ao Sumário

ya sean físicos o mentales" apuntaba igualmente a otros bienes jurídicos: en primer plano, la salud e incolumidad o bienestar personal, objeto de tutela propio de los delitos de lesiones, y, en definitiva, la humanidad (compreensiva em su nivel mínimo de la integridad física y moral), pero también da dignidad humana, concepto difuso identificado de manera muy extendida con la personalidad o la esencia misma del ser humano.

A los bienes jurídicos anteriores se sumaban otros de carácter no individual ni personal y, primordialmente, la funciòn pública, atacada a través del abuso de poder de los sujetos activos típicos del delito de tortura: los funcionários del Estado. Ahora bien, no todo abuso de poder por parte de los servidores públicos que involucrara aquellos bienes jurídicos resultaba finalmente constitutivo de tortura. En este sentido, y aun cuando el texto de la Convención internacional no lo requiriera de manera expresa, parecía inevitable la exigencia de cierta situación de sumisión, de sujeción de hecho, de la persona directamente afectada por la tortura, situación generalmente traducida en una privación de libertad como la que caracteriza a la detención (y, en su caso, a la retención) y prisión.

En cualquier caso, era precisamente la calidad de la tortura de abuso de poder constituído por un ataque plural a bienes jurídicos individuales por parte de quienes, por su condición de servidores públicos, están llamados en primer lugar a respetarlos y garantizarlos, lo que, finalmente, venía a plasmar la nota más elemental de esta figura delictiva y permitía compreender com más facilidad el porqué de sua repulsa y prohibición generalizada por parte de la práctica totalidad de los textos internacionales dirigidos a la protección de los derechos humanos fundamentales para el desarrollo de un orden político pacífico en una sociedad moderna.

Pues bien, si de la perspectiva internacional pasamos al Derecho interno, en los Estados dotados de Constitución son generalmente las "garantías constitucionales", en un sentido material – ese "ámbito de relación social previa" a los propios derechos individuales, "formalizado por la Constitución y las leyes que lo desarrollan" y sin cuya existencia no puede darse "una protección cabal de los bienes jurídicos microsociales" –, las llamadas, en primer término, a assegurar el "marco infranqueable" de la intervención de la autoridad y del Estado. Este ha de ser, en suma, y sin perjuicio de que se vean igualmente involucrados otros, el bien jurídico más característico del delito de tortura, auténtico "cáncer" de un sistema democrático, que aparecerá, así, configurado como un delito contra las garantias constitucionales, "bases mismas de funcionamento de una colectividad democrática".

Acesso ao Sumário

En el marco de las garantias constitucionales son las garantias personales más básicas (a la vida, humanidad – integridad física y moral- y dignidad) de las personas sometidas al "poder de hecho" (en el sentido explicado) de los representantes del Estado – con lo que ello supone de afectación simultánea de

las garantías penales, procesales y penitenciarias (que vuelven a insistir em la intangibilidad de la dignidad de las personas sujetas a detención) – los bienes jurídicos más directamente involucrados por el delito de tortura y los que, en consecuencia, permiten discernir de la mejor manera la sustantividad propia de esta forma especialmente odiosa de manifestación delictiva."

Art. 1º da Convenção Internacional:

"1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de um tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercício de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.

2. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance".

É da jurisprudência:

"O crime de tortura é crime comum, sem correspondência no Código Penal Militar. Portanto, não cabe ser julgado perante a Justiça Especializada, mas sim na Justiça Comum (Precedentes desta Corte e do Pretório Excelso)" (STJ, 5ª Turma, HC 130.499, Rel. Min. Felix Fisher, DJe 20.09.2010, 5ª Turma, HC 116.173, Min. Laurita Vaz, DJe 31.05.2010, STF, HC 70.389, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 10.08.2001).

"TORTURA CONTRA CRIANÇA OU ADOLESCENTE - EXISTÊNCIA JURÍDICA DESSE CRIME NO DIREITO PENAL POSITIVO BRASILEIRO - NECESSIDADE DE SUA REPRESSÃO - CONVENÇÕES INTERNACIONAIS SUBSCRITAS PELO BRASIL - PREVISÃO TÍPICA CONSTANTE DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (LEI Nº 8.069/90, ART. 233) - CONFIRMAÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE DESSA NORMA DE TIPIFICAÇÃO PENAL - DELITO IMPUTADO A POLICIAIS MILITARES - INFRAÇÃO PENAL QUE NÃO SE QUALIFICA COMO CRIME MILITAR - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM DO ESTADO-MEMBRO - PEDIDO DEFERIDO EM PARTE. PREVISÃO LEGAL DO CRIME DE TORTURA CONTRA CRIANÇA OU ADOLESCENTE

Acesso ao Sumário

- OBSERVÂNCIA DO POSTULADO CONSTITUCIONAL DA TIPICIDADE. - O crime de tortura, desde que praticado contra criança ou adolescente, constitui entidade delituosa autônoma cuja previsão típica encontra fundamento jurídico no art. 233 da Lei nº 8.069/90. Trata-se de preceito normativo que encerra tipo penal aberto suscetível de integração pelo magistrado, eis que o delito de tortura - por comportar formas múltiplas de execução - caracteriza- se pela inflição de tormentos e suplícios que exasperam, na dimensão física, moral ou psíquica em que se projetam os seus efeitos, o sofrimento da vítima por atos de desnecessária, abusiva e inaceitável crueldade. - A norma inscrita no art. 233 da Lei nº 8.069/90, ao definir o crime de tortura contra a criança e o adolescente, ajusta-se, com extrema fidelidade, ao princípio constitucional da tipicidade dos delitos (CF, art. 5º, XXXIX). A TORTURA COMO PRÁTICA INACEITÁVEL DE OFENSA À DIGNIDADE DA PESSOA. A simples referência normativa à tortura, constante da descrição típica consubstanciada no art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente, exterioriza um universo conceitual impregnado de noções com que o senso comum e o sentimento de decência das pessoas identificam as condutas aviltantes que traduzem, na concreção de sua prática, o gesto ominoso de ofensa à dignidade da pessoa humana. A tortura constitui a negação arbitrária dos direitos humanos, pois reflete - enquanto prática ilegítima, imoral e abusiva - um inaceitável ensaio de atuação estatal tendente a asfixiar e, até mesmo, a suprimir a dignidade, a autonomia e a liberdade com que o indivíduo foi dotado, de maneira indisponível, pelo ordenamento positivo. NECESSIDADE DE REPRESSÃO À TORTURA – CONVENÇÕES INTERNACIONAIS. - O Brasil, ao tipificar o crime de tortura contra crianças ou adolescentes, revelou-se fiel aos compromissos que assumiu na ordem internacional, especialmente àqueles decorrentes da Convenção de Nova York sobre os Direitos da Criança (1990), da Convenção contra a Tortura adotada pela Assembleia Geral da ONU (1984), da Convenção Interamericana contra a Tortura concluída em Cartagena (1985) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), formulada no âmbito da OEA (1969). Mais do que isso, o legislador brasileiro, ao conferir expressão típica a essa modalidade de infração delituosa, deu aplicação efetiva ao texto da Constituição Federal que impõe ao Poder Público a obrigação de proteger os menores contra toda a forma de violência, crueldade e opressão (art. 227, caput, in fine). **TORTURA CONTRA MENOR PRATICADA POR POLICIAL MILITAR - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM DO ESTADO-MEMBRO**. - O policial militar que, a pretexto de exercer atividade de repressão criminal em nome do Estado, inflige, mediante desempenho

Acesso ao Sumário

funcional abusivo, danos físicos a menor eventualmente sujeito ao seu poder de coerção, valendo-se desse meio executivo para intimidá-lo e coagi-lo à confissão de determinado delito, pratica, inequivocamente, o crime de tortura, tal como tipificado pelo art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente, expondo-se, em função desse comportamento arbitrário, a todas as consequências jurídicas que decorrem da Lei nº 8.072/90 (art. 2º), editada com fundamento no art. 5º, XLIII, da Constituição. - **O crime de tortura contra criança ou adolescente, cuja prática absorve o delito de lesões corporais leves, submete-se à competência da Justiça comum do Estado-membro, eis que esse ilícito penal, por não guardar correspondência típica com qualquer dos comportamentos previstos pelo Código Penal Militar, refoge à esfera de atribuições da Justiça Militar estadual**." (HC 70389, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 23/06/1994, DJ 10-08-2001 PP-00003 EMENT VOL-02038-02 PP-00186)

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME DE TORTURA. LEI 9.455/97. POLICIAL MILITAR. INÉPCIA DA DENÚNCIA. ADITAMENTO. ALEGAÇÃO DE ILEGALIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. LEGITIMIDADE DO ADITAMENTO ANTERIOR AO INTERROGATÓRIO. TORTURA. DELITO COMUM. INAPLICABILIDADE AO ART. 125, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO. PERDA DO CARGO. PENA ACESSÓRIA. APLICAÇÃO AUTOMÁTICA. ABSOLVIÇÃO DO RÉU. COGNIÇÃO FÁTICO-PROBATÓRIA. INVIABILIDADE. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO. 1. A supressão de instância impede que sejam conhecidos, em sede de habeas corpus, argumentos não veiculados nos Tribunais inferiores. 2. In casu: a) A inépcia da denúncia e ilegalidade de seu aditamento não restaram suscitadas nas vias de impugnação anteriores, sendo certo que, ainda que superado o referido óbice, a exordial reveste-se de legitimidade, bem como o seu aditamento, este lavrado apenas um mês após o recebimento da exordial acusatória, e anteriormente ao interrogatório do réu. Precedentes: HC 87.347-ED/MS, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, Julgamento em 21/11/2006; HC 96.235/SP, Relator Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, Julgamento em 2/2/2010; HC 96.700/PE, Relator Min. Eros Grau, Segunda Turma, Julgamento em 17/3/2009. b) o recorrente, policial militar, foi condenado às penas do art. 1º, II, combinado com o § 3º da Lei de Tortura (Lei 9.455/97), por ter, em concurso de agentes, submetido a vítima, pessoa sob sua guarda, a intenso sofrimento físico, mediante violência, em atos que culminaram com o resultado morte. c) a pena definitiva restou fixada

Acesso ao Sumário

em 10 (dez) anos de reclusão, em regime inicial fechado, sendo aplicada também a sanção acessória de perda do cargo, e impedimento de exercer outra função pública pelo prazo de 20 (vinte) anos, nos termos do § 5º do art. 1º da Lei de Tortura (Art. 1 º (...) § 5º A condenação acarretará a perda do cargo, função ou emprego público e a interdição para seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada.). 3. ***O crime de tortura é delito comum, sendo-lhe inaplicável o disposto no art. 125, § 4º da Constituição (Art. 125. § 4º. Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças.), que dispõe sobre crimes militares***. No caso da Lei 9.455/97, a sanção de perda do cargo é acessória e automática. Precedente: HC 92.181/MG, Relator Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, Julgamento em 3/6/2008. 4. A cognição fático-probatória, imprescindível para o acolhimento do pleito de absolvição, é inviável em sede de habeas corpus. Precedentes: AI 821.072-AgR/SP, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, Julgamento em 1/2/2011; HC 98.681/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, Julgamento em 5/4/2011. 5. Recurso desprovido."

(RHC 104751, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 18/10/2011, DJe-210 DIVULG 03-11-2011 PUBLIC 04-11-2011 EMENT VOL-02619-01 PP-00079)

Assim, correta a desclassificação operada de delito do Júri, com redistribuição a uma das Varas do Fórum Criminal Central.

Anote-se que não houve análise da conduta de cada acusado, nem do delito de fraude processual, o que não pode por ora ser feito sob pena de supressão de um grau de jurisdição.

Acresça-se que os acusados foram colocados em liberdade quando da decisão de desclassificação.

Isso posto, **conhece-se em parte dos recursos e a eles nega-se provimento.**

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0006654-33.2012.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ODILON PEREIRA FILHO, 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 parcial provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.830)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SOUZA NERY (Presidente) e ROBERTO SOLIMENE.

São Paulo, 11 de setembro de 2015.

ENCINAS MANFRÉ, Relator

Ementa: FURTO SIMPLES TENTADO. Provas seguras. Declaração do representante da vítima que se coaduna à confissão do réu. Princípio da insignificância que não se aplica à hipótese. Crime impossível que não se verificou. Condenação mantida. Figura privilegiada que ora se reconhece. Pena que, portanto, é corrigida. Substituição da sanção carcerária por restritiva de direito. Cabimento. Logo, recurso parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de apelação (folhas 168 a 180) por *Odilon Pereira Filho* à respeitável sentença (folhas 161 a 163) pela qual condenado por infringência aos artigos 155, *caput*, e 14, II, do Código Penal a oito (8) meses de reclusão, regime inicial semiaberto, e pagamento de multa a ser calculada em sete (7) dias no valor unitário mínimo.

Esse apelante, por meio da ilustre Defensoria Pública, alegou, em suma, o seguinte: a) insignificância da conduta perpetrada; b) assim, objetivar a correspondente absolvição nos termos do artigo 386, III, do Código de Processo Penal; c) subsidiariamente, que se reconheça a figura do "crime impossível"; d) não sendo esse o entendimento, requerer a diminuição da pena imposta e a fixação de regime prisional mais brando.

Sobreveio resposta (folhas 182 a 189) pela digna Promotoria de Justiça, que, em resumo, sustentou não prevalecer o alegado por esse recorrente e, dessa forma, dever ser mantida essa decisão *a quo.*

A douta Procuradoria de Justiça apresentou parecer (folhas 197 a 203) no sentido de ser negado provimento à apelação.

É o **relatório**, preservado, no mais, o contido nesse *decisum*.

Impõe-se dar parcial provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

A propósito, são sólidas as provas de caráter material e da autoria relativas ao furto tentado sob exame.

O seguro demonstrativo de caráter material está consubstanciado em boletim de ocorrência (folhas 9/11), autos de prisão em flagrante (folhas 2/8), exibição, apreensão e entrega (folhas 12/14) e avaliação (folhas 15/16) e laudo decorrente de perícia (folhas 46/59).

A comprovação da autoria, por sua vez, deu-se mediante as declarações e o depoimento prestados em Juízo (gravados em *mídia digital*, folhas 157).

Com efeito, Moisés Xavier Caciraghi, representante do estabelecimento empresarial vitimado, declarou sob o crivo do contraditório (folhas 154) trabalhasse como segurança nessa loja na ocasião sob apreço, quando notara fossem por esse ora apelante retiradas mercadorias dessa perfumaria sem que, por elas, fosse efetuado o correspondente pagamento. Ato contínuo, detivera esse furtador na parte externa desse comércio e, incontinenti, acionara a Polícia.

Não bastasse a relevância dessa fala para a elucidação de delitos como o ora sob exame, pesa, ainda, estar ela em conformidade ao relato do miliciano Francisco de Assis Pereira Silva à digna juíza da causa (folhas 185).

Também é de relevo a confissão feita por esse sentenciado em Juízo (folhas 186).

Logo, não há falar em absolvição.

Por sinal, não se verifica hipótese de aplicação do princípio da insignificância, o qual, aliás, nem sequer previsto em lei, haja vista que, conquanto de pequeno valor a *res furtiva*, elevado o grau de reprovabilidade do comportamento praticado por esse acusado. Por sinal, sobreleva a narrativa do supranominado declarante no sentido de não ser a ora sob análise a primeira vez que comparecera esse réu no estabelecimento vítima.

Ademais, não é caso de "crime impossível", haja vista que a existência de câmeras de segurança na perfumaria ofendida não impediu que esse sentenciado saísse do correspondente interior levando com ele os objetos subtraídos.

Acesso ao Sumário

Portanto, de rigor a condenação desse recorrente por infringência aos artigos 155, *caput*, e 14, II, do Código Penal.

Sem embargo, e por isso dá-se parcial provimento ao recurso, no concernente à dosimetria da pena imposta a esse sentenciado a respeitável sentença comporta pequeno reparo.

É que, presentes os requisitos próprios (primariedade desse agente e pequeno valor da *res furtiva*), é de rigor reconhecer-se a figura privilegiada disposta no parágrafo 2º do artigo 155 desse diploma.

Desse modo, e dado serem favoráveis a esse réu as circunstâncias judiciais, fora a correspondente sanção básica fixada conforme o mínimo cominado (um

ano de reclusão e dez dias-multa).

Malgrado incidente a atenuante pela confissão espontânea, porquanto mínimo, manteve-se esse *quantum* (Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça).

Na fase derradeira da individualização, diminuiu-se essa pena de terça parte (1/3), haja vista o avançado *iter criminis* percorrido[1].

Por conseguinte, infligiu-se a esse réu oito (8) meses de reclusão e pagamento de multa a ser calculada em sete (7) dias.

Nesse passo, e em virtude do sobredito privilégio, ora reduz-se essa pena de terça parte (1/3), o que compatível às peculiaridades do caso em foco, notadamente, considerada a fala do representante da vítima (no sentido de outras terem sido as vezes que esse agente comparecera ao estabelecimento ofendido).

Consigna-se, por sinal, que, malgrado o considerado pela digna juíza da causa no sentido de ter esse réu personalidade volta à prática de crimes, é presente não ser essa circunstância, por ela apenas, impediente à concessão da benesse prevista no supracitado parágrafo segundo.

Assim, ora faz-se definitiva a pena aplicada a esse apelante em cinco (5) meses e dez (10) dias de reclusão e pagamento de multa à ordem de quatro (4) dias, observados padrões mínimos.

À luz do artigo 44 desse Código, e como preenchidos os respectivos requisitos, substitui-se essa sanção carcerária por restritiva de direito consistente em prestação pecuniária no valor de um (1) salário mínimo em favor de entidade beneficente a ser indicada pelo MM. Juízo das Execuções Criminais.

Na hipótese de conversão, dever-se-á observar o regime aberto.

Portanto, desacolhe-se o alegado pela ilustre defesa acerca do mérito (motivo de descrição resumida no relatório deste voto) e, desse modo, exceção a essa alteração à pena imposta e ao regime prisional fixado, mantém-se, no mais, a respeitável sentença, por sinal, ainda, pelo respectivo conteúdo.

Derradeiramente, considera-se o parecer da douta Procuradoria de Justiça, o qual, entretanto, em decorrência da supracitada fundamentação, se o faz em parte.

À vista do exposto, dá-se parcial provimento ao recurso.

É como voto.

1 E não é caso de se diminuir essa pena em grau maior pela tentativa, posto que esse réu retirara as mercadorias sob apreço das prateleiras, colocara-as na mochila por ele portada e saíra com esses bens sem efetuar o pagamento devido, somente sendo detido no exterior da loja vitimada.

Acesso ao Sumário

Correições Parciais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Correição Parcial nº 9000001- 94.2014.8.26.0047, da Comarca de Assis, em que é corrigente JOSÉ APARECIDO DOS SANTOS, é corrigido MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA CRIMINAL DE ASSIS.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Acolhe-se a correição parcial e a ela se dá provimento, ratificando-se a liminar concedida, a fim de se determinar que o douto Juízo, antes de proferir sentença, providencie a requisição e juntada (salvo efetiva impossibilidade material) do relatório elaborado pelo Conselho Tutelar (requerido pela Defesa), dando vista às partes, na sequência, para manifestação. Fica, outrossim, indeferido o "requerimento incidental" de fls. 126/138. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 8.667)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores DE PAULA SANTOS (Presidente), FRANÇA CARVALHO e CARDOSO PERPÉTUO.

São Paulo, 27 de agosto de 2015.

DE PAULA SANTOS, Relator

Ementa: CORREIÇÃO PARCIAL – Preliminares afastadas – Decisão do Juízo *a quo* que indeferiu pedido de diligência formulado pela Defesa, por duas vezes – Pretendida expedição de ofício ao Conselho Tutelar, porém, que era mesmo necessária, pois o corrigente peticionou relatando a negativa administrativa de tal órgão em fornecer a documentação solicitada, visto que só a forneceria se houvesse determinação judicial neste sentido (fato que se acha incontroverso nos presentes autos) – Acolhimento da pretensão em respeito ao princípio da ampla defesa – Prova que não poderia ser obtida pelo Defensor de outra forma – Correição parcial acolhida e provida, com confirmação da liminar concedida.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de Correição Parcial apresentada contra a decisão copiada a fls. 79 (que reafirmou o antes decidido no *decisum* copiado a fls. 77), do MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Assis, que indeferiu pedido de diligência formulado pelo corrigente (no sentido de ser expedido ofício ao Conselho Tutelar de Tarumã/SP, para solicitação de cópia de relatório), por entender, primeiramente, que a prova poderia ser conseguida por iniciativa da própria parte e, posteriormente, destacando "*não ser a diligência essencial para o processo, nesta fase*".

Alega o corrigente que houve cerceamento dos direitos do acusado e que as decisões ferem o contraditório e a ampla defesa. Afirma que deve ser respeitada também a presunção de inocência. Assevera que, nos termos do art. 155 do CPP, somente as provas produzidas em Juízo podem ser consideradas e o corrigente não teve a oportunidade de se contrapor aos elementos colhidos ao longo do inquérito. Aduz que no processo penal vale o princípio da verdade real. Destaca que a diligência requerida pode demonstrar a conduta adotada pelos familiares da vítima, de modo a indicar que o corrigente agiu em legítima defesa (fls. 02/19).

O Juízo *a quo* manteve a decisão recorrida (fls. 95).

Concedida a medida liminar (fls. 100/102), foram requisitadas informações da autoridade apontada como coatora, que as prestou (fls. 106/108).

A douta Procuradoria Geral de Justiça externou o seguinte entendimento: a) houve falha grave na instrução do recurso, pois não foi colhida a contraminuta da parte adversa; b) a correição parcial é intempestiva, uma vez que impetrada contra "*o r. despacho proferido a fls. 79, datado de 16/04/2015, sendo que a correição só foi protocolada em 11/05/2015*"; c) a decisão hostilizada não constitui erro ou abuso de poder; d) não se vê utilidade da prova pretendida, que obsta o avanço processual; e) o almejado relatório nada virá a acrescentar ao que as testemunhas ouvidas, de viva voz, declararam; f) a parte ainda terá oportunidade de arrolar as testemunhas que entenda necessário ouvir no Plenário do Júri. Concluiu que a "*decisão hostilizada não ostenta qualquer incorreção e bem decidiu a questão, de forma que não é de ser acolhida a correição parcial em pauta, com consequente revogação da decisão liminar concedida, retomando-se o feito processual de forma incontinenti o seu regular seguimento*" (fls. 110/122).

Posteriormente, a Defesa juntou a petição de fls. 126/138, pleiteando, em suma o relaxamento da prisão preventiva do corrigente ou a substituição desta por medida cautelar diversa, alegando que o acusado está sofrendo constrangimento ilegal provocado pelo Juízo, tendo em vista a demora no processamento do feito causada pelo indeferimento, por este, da diligência requerida.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

As preliminares arguidas devem ser afastadas.

Não se configura intempestividade da correição parcial.

De fato, a última decisão proferida pelo Juízo, mantendo o indeferimento do pedido de requisição do relatório do Conselho Tutelar, está datada de 16/04/2015 (cf. fls. 79), como observado pelo *Parquet.* Porém, não há nos autos comprovação de que em referida data a decisão tenha sido disponibilizada no DJE e publicada. Ao contrário, colhidas informações a respeito, foi lavrada a certidão de fls. 149, segundo a qual, em contato com o Ofício Judicial, foi esclarecido, mediante consulta aos autos principais, "*que não há nos autos certidão da publicação do despacho de fls. 79*".

Como se sabe, considera-se como data da publicação o primeiro dia útil subsequente à disponibilização no Diário da Justiça Eletrônico. E, para início da contagem do prazo, não se considera a data em que a decisão foi proferida, nem o dia em que foi disponibilizada no DJE, mas, sim, a data de sua publicação.

Deveras, como certificado a fls. 149, em 10/08/2015, em contato com o 1º Ofício Criminal de Assis, foi informado pela funcionária Ana Paula que a decisão de fls. 77 foi disponibilizada no Diário da Justiça Eletrônico de 06/05/2015 (cf. cópia da página do DJE juntada a fls. 150 deste autos). Referida decisão, entre outras determinações, indeferiu "*o requerimento da defesa, no tocante a expedição de ofício ao Conselho Tutelar de Tarumã/SP, uma vez que as providências poderão ser adotadas pela própria defesa, sem necessidade de intervenção deste Juízo*". Mas, como dito, o segundo *decisum*, copiado a fls. 79, em que mantido o indeferimento, não foi disponibilizado, nem publicado.

Assim, mesmo que se quisesse, *ad argumentandum*, tomar por base a data de publicação daquela primeira decisão, não se poderia considerar intempestiva a correição parcial, pois foi publicada em 07/05/2015, sendo que tal pedido correcional veio a ser protocolizado em 11/05/2015 (fls. 02).

Com efeito, o Decreto-lei Complementar nº 3, de 27/08/1969, dispõe, em seu art. 94: "*Observar-se-á, no processo de correição parcial, o rito do agravo de instrumento, ouvido o Ministério Público*". Destarte, o prazo recursal, na hipótese, é de 10 (dez) dias (CPC, art. 522).

Acesso ao Sumário

Sob qualquer ângulo de análise, portanto, verifica-se que não é caso de intempestividade.

Por seu turno, a alegação de falha grave na instrução, sob o argumento de não ter sido colhida "*a contraminuta da parte adversa*", também não deve prosperar.

Embora, em primeiro grau, não tenha sido apresentada contraminuta pelo Ministério Público, verifica-se (fls. 96) que o douto Promotor de Justiça de primeiro grau tomou ciência do processado (correição parcial) e, em sua cota,

optou por se manifestar, apenas, nos seguintes termos: "*MM. Juiz: ciente de fls. 95*". Na sequência, os autos foram remetidos a este Tribunal (fls. 97). Desta forma, tem-se que o Representante do Ministério Público teve plena "ciência" (como consta em letras garrafais no cabeçalho de fls. 96), não oferecendo contraminuta e optando por não apresentar qualquer outra manifestação além da *supra* transcrita.

De qualquer modo, ainda que assim não fosse, observa-se, mais uma vez *ad argumentandum*, que a D. Procuradoria Geral de Justiça teve vista dos autos e elaborou um completo e pormenorizado parecer (fls. 110/122), deixando bem firmado e fundamentado o posicionamento do Ministério Público.

Ficam afastadas, assim, as alegações preliminares.

No mérito, impõe-se o acolhimento da correição parcial.

Insurge-se o corrigente, com dito, contra a decisão do Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Assis, que indeferiu pedido de diligência formulado (no sentido de ser expedido ofício ao Conselho Tutelar de Tarumã/SP, para solicitação de cópia de relatório), por entender, primeiramente, que a prova poderia ser conseguida por iniciativa da própria parte e, posteriormente, destacando "*não ser a diligência essencial para o processo, nesta fase*".

Ao ser analisado o pedido de medida liminar, foi esta concedida, nos termos que seguem (fls. 100/102):

> Sem outras considerações nesta etapa preambular, em que a análise se atém ao alegado e à documentação anexada, observa-se que, deveras, o douto Juízo, num primeiro momento, indeferiu o requerimento pleiteado, sob o argumento de que as providências poderiam *'ser adotadas pela própria defesa, sem necessidade de intervenção'* judicial. Contudo, após a negativa administrativa do Conselho Tutelar, que se manifestou no sentido de que só forneceria a documentação se isto fosse judicialmente determinado, indeferiu novamente o pedido, entendendo *'não ser a diligência essencial para o processo, nesta fase'*.
>
> "Efetivamente presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, consignando-se que a derradeira audiência já foi realizada e se declarou encerrada a instrução. Destarte, há o risco de que sobrevenha decisão, em fase de pronúncia, antes de analisadas as alegações constantes dos presentes autos.
>
> "Assim, **concedo a medida liminar** para determinar que o Juízo, antes de proferir sentença, providencie a requisição e juntada do relatório elaborado pelo Conselho Tutelar (requerido pela Defesa), dando-se vista às partes, na sequência, para manifestação".

O Juízo de origem, nas informações prestadas (fls.106/108), afirmou o que segue:

> "Instaurado o inquérito policial por portaria, por chegar ao

Acesso ao Sumário

conhecimento da d. Autoridade Policial através do Boletim de Ocorrência lavrado na Delegacia de Polícia de Tarumã-SP, que por volta de 19h30min do dia 17 de junho de 2014, o corrigente efetuou um disparo com uma arma de fogo contra Lucas Fernandes dos Santos, que faleceu logo em seguida, no Pronto Socorro local.

"A d. Autoridade Policial representou pela decretação da prisão temporária de José Aparecido, a qual foi decretada por decisão proferida em 18 de agosto de 2014.

"O d. Representante do Ministério Público ofereceu denúncia em face do corrigente como incurso no artigo 121, § 2º, inciso IV do Código Penal (doc. – 1 fls. 1/2 -i).

"Recebida a denúncia, determinada a citação do acusado, deferidos os requerimentos formulados pelo d. Promotor de Justiça e decretada a prisão preventiva do denunciado (doc. 2 – fls. 82 e verso).

"Apresentada a defesa preliminar (doc. 3 fls. 114/141).

"Indeferido o requerimento da defesa, no tocante à expedição de ofício ao Conselho Tutelar de Tarumã-SP, entendendo este Magistrado que as providências poderiam ser adotadas pela própria defesa, sem necessidade de intervenção deste Juízo. Ratificada a denúncia já recebida e designada audiência de instrução, debates e julgamento para o dia 13 de maio de 2015, às 13hs30min (doc. 4 – fls. 153).

"O d. Defensor opôs os embargos de declaração, sustentando em síntese, omissão na análise da defesa, os quais foram rejeitados (doc. 5 – fls. 161).

"O pedido de expedição de ofício ao Conselho Tutelar de Tarumã foi formulado novamente pelo d. Defensor, sendo indeferido, por entender não ser a diligência essencial para o processo na fase em que se encontrava (doc. 6 – fls. 166/170 e 173).

"Realizada a audiência, foi indeferido o pedido de revogação da prisão preventiva formulado pelo d. Defensor, encerrada a instrução e concedido o prazo às partes para apresentação de memoriais escritos (doc. 7 – fls. 220/233).

"Apresentados os memoriais pelo d. Promotor de Justiça e solicitados os autos que se encontravam com carga ao d. Defensor para apresentação dos memoriais escritos, a fim de dar cumprimento a liminar concedida nos autos em epígrafe.

"Cumprida a liminar, oficiando-se ao Conselho Tutelar.

"Informo mais e finalmente que os autos aguardam a resposta do ofício expedido".

Acesso ao Sumário

Em tal contexto, cumpre consignar que a expedição de ofício ao Conselho Tutelar de Tarumã era mesmo necessária, pois está incontroversa nos presentes autos a existência de negativa administrativa externada pelo referido órgão quanto ao fornecimento da documentação solicitada diretamente pela parte, pois

só a forneceria se houvesse determinação judicial neste sentido (cf. fls 78, sem refutação nos informes do Juízo). Porém, mesmo assim, o MM. Juiz manteve o indeferimento, acrescentando "*não ser a diligência essencial para o processo, nesta fase*" (fls. 79).

Contudo, em tal contexto, concretamente configurado, tem-se que, embora inicialmente admitida, de forma implícita, a juntada da prova em tela, apenas se indeferindo a expedição de ofício para obtê-la, configurou-se, na sequência, a impossibilidade de obtenção do documento, ou seja, do relatório do Conselho Tutelar, sem a intervenção judicial, pois assim se posicionou este último órgão, ao negar seu fornecimento de outro modo. Destarte, na peculiar situação concreta que se delineou, afigura-se de bom alvitre acolher a irresignação consignada na correição parcial, com vistas à realização da diligência pretendida (expedição de ofício judicial ao Conselho Tutelar), porquanto se revelou efetivamente necessária para a obtenção da prova. Isto a fim de que se garanta a ampla defesa e, inclusive, não se queira alegar nulidade futuramente (mesmo porque a diligência não é de difícil execução, consistindo, apenas, em expedir ofício e aguardar a resposta do órgão destinatário).

Importante trazer à colação as considerações constantes do V. Acórdão que julgou a Correição Parcial nº 9000024-43.2008.8.26.0405, em que foi Relator o E. Des. Camilo Léllis (8ª Câmara de Direito Criminal, j. 24/04/2014): "*Com efeito, é certo que o dispositivo legal acima imediatamente descrito, com a nova redação dada pela Lei Federal nº 11.719/2008, autoriza ao magistrado o indeferimento de provas que entender irrelevantes, impertinentes ou protelatórias. Porém, tal faculdade deverá ser exercida com moderação, pois se assim não for poderá o juízo incidir em cerceamento de defesa ou de acusação. Assim sendo, o caráter irrelevante, impertinente ou protelatório da prova deve se afigurar insofismável [...] Ademais, o indeferimento sem as devidas cautelas ocasiona inegável ofensa aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa*".

Em suma, o indeferimento, quanto à diligência ora em tela, não deve subsistir, afigurando-se cabível a almejada expedição de ofício ao Conselho Tutelar a fim de se solicitar a juntada do relatório elaborado (ressalvada eventual impossibilidade material de fazê-lo), com vista às partes após a resposta do referido órgão.

Aliás, verifica-se que, presentemente, tal ofício já foi, inclusive, expedido, em cumprimento à medida liminar concedida, conforme informado pelo Juízo (fls. 108).

Em relação ao pleito "incidental" de relaxamento da prisão preventiva ou substituição desta por medida cautelar diversa, sob alegação de demora no processamento dos autos principais que teria sido causada pelo Juízo ao indeferir

Acesso ao Sumário

a diligência (petição a fls. 126/138), anote-se que devem ser respeitados os limites estreitos deste expediente jurídico-correcional, previsto apenas para a análise de decisões não impugnáveis por outros recursos ou medidas judiciais e que devam ser corrigidas. Caso contrário, restaria descaracterizada a própria natureza da medida judicial ora em tela. Não se pode pretender que a correição parcial (que tem cunho especialíssimo) se desfigure, com o fim de se empreender o exame de matéria estranha ao seu objeto. Ademais, apenas *ad argumentandum*, observa-se que o próprio Juízo noticiou que o ofício já foi expedido, em cumprimento à liminar de fls. 100/102, de modo que apenas se aguarda a resposta, cuja juntada é de interesse da douta Defesa. Vale reiterar, contudo, que a derradeira petição de fls. 126/138 envereda por aspectos que fogem ao objeto específico da presente correição parcial, afigurando-se temerário (com a possibilidade, até, de conotação tumultuária), pretender adentrá-los nestes autos, nos quais jamais discutida a decretação da prisão, seus fundamentos e sua concretização, além da possibilidade, ou não, de sua substituição por medida cautelar diversa, assim como outras particularidades concernentes ao andamento processual.

Diante do exposto, acolhe-se a correição parcial e a ela se **dá provimento**, ratificando-se a liminar concedida, a fim de se determinar que o douto Juízo, antes de proferir sentença, providencie a requisição e juntada (salvo efetiva impossibilidade material) do relatório elaborado pelo Conselho Tutelar (requerido pela Defesa), dando vista às partes, na sequência, para manifestação. Fica, outrossim, indeferido, pelos fundamentos acima, o "requerimento incidental" de fls. 126/138.

Embargos Infringentes e de Nulidade

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0008261-52.2012.8.26.0189/50000, da Comarca de Fernandópolis, em que são interessados AROLDO SAURE DE JESUS, ALESSANDRO ENDREO DE SOUZA PEREIRA e Embargante EDVAN EVERALDO DE PAULA TEODORO, JULIO CESAR DE SOUZA LEPRE, PEDRO RICARDO CHAVES e JOSE AURELIO SOBRINHO, é embargado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça

de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, acolheram parcialmente os embargos infringentes, nos termos do voto do Relator, vencido em parte o 4º juiz que os acolhia integralmente, e vencidos os 3º e 5º juízes que os rejeitavam.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.732)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores NUEVO CAMPOS (Presidente), FÁBIO GOUVÊA, CARLOS BUENO e RACHID VAZ DE ALMEIDA.

São Paulo, 17 de setembro de 2015.

FRANCISCO BRUNO, Relator

Ementa: Embargos infringentes. Voto vencido que provia parcialmente o recurso; maioria que manteve a r. sentença condenatória, com anulação dela no tocante a um dos apelantes. Solução intermediária que se impõe, provido parcialmente mas em menor extensão. Embargos acolhidos em parte, estendido o resultado a dois dos corréus não embargantes, aos quais o fundamento se aplica.

VOTO

Embargos infringentes interpostos por Edvan Everaldo de Paula Teodoro (fls. 925 e ss.) contra v. acórdão relatado pelo eminente Des. Nuevo Campos (fls. 903 e ss.), que lhe manteve a condenação, com declaração de voto parcialmente vencido do douto Des. Carlos Bueno (fls. 2919 e ss.), que o absolvia da acusação de infringir o art. 35 da Lei de Drogas, diminuindo a pena no tocante ao tráfico de entorpecentes.

A douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo parcial provimento (fls. 934 e ss.).

É o relatório.

A meu ver, como bem ressaltou a douta Procuradoria Geral de Justiça, os embargos merecem parcial provimento.

Com efeito, não vejo como reconhecer, no tocante ao embargante (e, também, a Pedro Ricardo Chaves e Júlio César de Souza Lepre), a existência de associação. Neste aspecto, entendo correta a análise do v. voto vencido: não há evidência de que esses três réus (Edvan, Pedro e Júlio César) mantivessem associação estável.

Aliás, como bem ressaltou o douto Des. Carlos Bueno, disse-o o próprio sentenciante: "Reconhece-se, porém, que as provas dão conta da associação

Acesso ao Sumário

eventual entre os réus Edvan, Júlio e Pedro (…), mas não se pode negar a tipicidade da **associação eventual** (não reiterada) diante da clara redação do tipo penal do art. 35 da Lei de Drogas" (fls. 613; o destaque é meu). Porém, apesar de haver esparsa (cada vez mais esparsa, aliás) jurisprudência nesse sentido, ela não pode prevalecer. A respeito, já deixei registrado em inúmeros votos, enfrentando inclusive o ponto da expressão "reiteradamente ou não", que consta do artigo citado:

> Respeitadas as opiniões divergentes, creio que, para que se caracterize essa infração penal, "demanda-se prova de estabilidade e permanência da mencionada associação criminosa" (Guilherme de Souza Nucci, ***Leis Penais e Processuais Penais Comentadas***, RT, 3.ª ed., 2008, pág. 35).
>
> Essa, aliás, a opinião da esmagadora maioria da doutrina. Confiram-se: Renato Marcão, ***Tóxicos***, Saraiva, 5.ª ed., 2008, pág. 289; Gilberto Thums e Vilmar Pacheco, ***Nova Lei de Drogas***, Verbo Jurídico, 2.ª ed., 2008, pp. 96/100; Alexandre de Moraes e Gianpaolo Poggio Smanio, ***Legislação Penal Especial***, Atlas, 10.ª ed., 2008, p. 126; Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi, ***Lei de Drogas Anotada***, Saraiva, 2.ª ed., 2.008, pp. 127/128; Rogério Sanches Cunha, em Luiz Flávio Gomes (coord.), ***Lei de Drogas Comentada***, RT, 3.ª ed., 2008, p. 208/209; Ulysses de Oliveira Gonçalves Júnior, em Marcello Ovídio Lopes Guimarães (coord.), ***Nova Lei Antidrogas Comentada***, Quartier Latin, 2007, pp. 175/176; José Lafaieti Barbosa Tourinho, ***Crime de Quadrilha ou Bando & Associações Criminosas***, Juruá, 2.ª ed., 2009, pp. 81/84.
>
> Na verdade, encontrei **apenas um** doutrinador que (ainda na legislação anterior), interpretando literalmente a cláusula "reiteradamente ou não", entendia dispensável o elemento de permanência: João de Deus Lacerda Menna Barreto, ***Estudo Geral da Nova Lei de Tóxicos***, Freitas Bastos, 1982, pp. 68/69.
>
> Não desconheço o entendimento da maioria da Câmara, no sentido de que essa cláusula, constante do art. 35 da Lei de Drogas (que, como se disse, já existia na Lei anterior), torna dispensável a estabilidade associativa. E, reconheça-se, nenhum dos autores citados enfrenta a questão. Compartilho, todavia, da opinião do eminente Nelson Hungria, de que a exigência de certo ânimo duradouro está incluída no **núcleo verbal** do tipo: "**Associar-se** quer dizer reunir-se, aliar-se ou congregar-se **estável** ou **permanentemente**, para a consecução de um fim comum … É bem de ver que quando se fala, aqui, em **associação**, não se quer indicar o sodalício que obedece a estatutos, regulamentos ou normas disciplinares: basta uma organização social rudimentar, a caracterizar-se apenas pela **continuada vontade** de um esforço comum" (Nelson Hungria, ***Comentários ao Código Penal***, vol. IX, 2.ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1959, pp. 177 e 179; grifos no original, exceto o último, meu).

Acesso ao Sumário

É dizer: cogitar de "associação não permanente", tendo em vista o próprio significado da palavra "associação", é verdadeira ***contradictio in adjectu***; é como falar em "furto de coisa própria", ou "estupro não sexual".

Todavia, é certo que a lei falta em "reiteradamente ou não". Dir-se-ia, portanto, que estamos diante de um conflito de leis. E diante de um conflito que se poderia chamar, apropriadamente, de "conflito interno", pois se dá não apenas em uma mesma lei, mas em um **mesmo artigo**. Tal conflito, como se verá, é apenas aparente; todavia, ainda que fosse real, teria de resolver-se, a meu ver, em favor do reconhecimento da inexistência de crime, se não há um mínimo de estabilidade na relação associativa. E isso por, pelo menos, duas razões.

A primeira é de natureza **política**: o princípio do ***in dubio pro reo***. Parece óbvio que, havendo conflito, a decisão há de ser em favor do acusado; qualquer outra solução ofenderia princípio basilar de um Direito Penal democrático. A segunda, por sua vez, tem natureza **técnica**: a cláusula "reiteradamente ou não" é acessória, ao passo que o "associar-se" constitui, como se disse, o **núcleo** do tipo. Evidente, assim, a meu ver, qual deve prevalecer.

Na realidade, porém – e é o que passo, agora, a tentar demonstrar –, o conflito é apenas aparente.

Com efeito, é princípio básico de hermenêutica: sempre que possível, antes de reconhecer a existência de incompatibilidade entre disposições normativas, é necessário tentar harmonizá-las, sem lhes violentar o espírito. E, aqui, conquanto seja impossível cogitar de uma "associação não estável", é perfeitamente possível uma associação estável para a prática de um único delito (prática não reiterada, portanto). Na verdade, não só é possível, como bastante comum.

Por exemplo: há algum tempo, ocorreu vultosíssimo furto em agência do Banco Central, no Nordeste. A operação demandou longo tempo de preparo; apenas a escavação de um túnel exigiu meses. Pois bem: é perfeitamente possível, embora eu não possa afirmá-lo, que a associação tenha sido formada **apenas para esse crime**. Associação para prática criminosa não reiterada, portanto.

E é também de todo possível imaginar algo semelhante em matéria de drogas – creio até que, principalmente em se tratando de tráfico internacional, isso seja bastante comum: várias pessoas se unindo numa operação vultosa, para trazer ao País uma grande quantidade de drogas; operação que demandaria meses de preparo (transferência de dinheiro, compra no exterior, entrada da droga no Brasil, venda, etc.). Associação estável para a prática de um único crime – caracterizando, aí sim, o delito de associação para o tráfico. E não é difícil imaginar que o legislador tenha inserido a cláusula "reiteradamente ou não" pensando, exatamente, nessas operações vultosas.

Acesso ao Sumário

> Aliás, nem mesmo em termos de legislação se trata de novidade. Está em vigor, no Brasil, a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, adotada em Nova York, em 15 de novembro de 2000 (Convenção de Palermo). Foi ela aqui promulgada pelo Decreto n.º 5.015, de 12 de março de 2004; em seu art. 2.º, ***a***, define o "grupo criminoso organizado" como o "grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material". Friso: grupo **existente há algum tempo** com o propósito de cometer **uma ou mais** infrações. É dizer: grupo organizado com certa estabilidade para a prática de crimes, **reiteradamente ou não.**
>
> Contudo, não sendo esse o caso, não é possível reconhecer a existência de organização, sob pena de confundi-la com a mera coautoria.

Ora, a meu ver existe mesmo séria dúvida da estabilidade, no caso presente, razão por que entendo correto o voto divergente.

Porém, no tocante às penas, não vejo reparo que fazer nelas. O juiz utilizou, para aumento na base, dois argumentos com que não concorda o digno Des. Carlos Bueno: a natureza da substância e o tratar-se de tráfico intermunicipal.

Contudo, a meu ver o **crack** é realmente, dentre as mais comuns, a mais danosa das drogas. (Excetuam-se talvez a heroína e outras pouco comuns.) E embora haja previsão expressa de aumento de pena para o tráfico interestadual, não há dúvida de que o intermunicipal também mostra organização mais perigosa e atividade mais danosa; não vejo empecilho, portanto, de levar em conta a circunstância para aumento na primeira fase (desde que não se ultrapasse o aumento fixado para o tráfico entre Estados, o que não ocorreu).

No tocante à associação para o tráfico, anoto que os motivos que levaram à absolvição do embargante se aplicam, também, aos corréus Pedro Ricardo Chaves e Júlio César de Souza Lepre; de tal sorte, deve o resultado beneficiá-los, conquanto não tenham interposto embargos.

Pelo exposto, meu voto **acolhe parcialmente** os embargos, para absolver Edvan Everaldo de Paula Teodoro da acusação de infringir o art. 35 da Lei de Drogas, com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal.

Nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal, o resultado aproveita aos corréus Pedro Ricardo Chaves e Júlio César de Souza Lepre.

Acesso ao Sumário

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 0019515-02.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é paciente GUILHERME LEONARDO DA SILVA e Impetrante RENATO DA COSTA GARCIA.

ACORDAM, em 9ª 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 35.089)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores SOUZA NERY (Presidente), OTÁVIO HENRIQUE e ROBERTO SOLIMENE.

São Paulo, 6 de agosto de 2015.

SOUZA NERY, Relator

Ementa: *Habeas Corpus* – Roubo e liberdade provisória – Incompatibilidade – Precedentes – Necessidade de resguardar a ordem pública - Insuficiência das medidas cautelares alternativas - Ordem denegada.

VOTO

Tratam estes autos do pedido de *habeas corpus* formulado pelo advogado RENATO DA COSTA GARCIA em prol de **GUILHERME LEONARDO DA SILVA** que, consoante os termos da impetração, sofre constrangimento ilegal praticado pelo MM. Juízo do DIPO, da Comarca da Capital do Estado,[1] consistente em mantê-lo preventivamente preso sem que estejam presentes os requisitos para tanto. Assim, e para fazer cessar a ilegalidade, buscando a concessão da liberdade provisória pura e simples ou a aplicação de medidas cautelares alternativas, emprega o remédio heroico.[2]

Concedida a liminar no Plantão Judiciário de Segunda Instância,[3] foi posteriormente revogada.[4] O feito foi então regularmente processado, vindo para os autos as informações do juízo da primeira instância[5] e nova petição

1 Presidida pelo Juiz Sérgio Cedano e perante a qual o paciente responde aos termos do processo nº 0022969-34.2015, em que é acusado da prática do crime de roubo.

2 Cuja inicial vem instruída com os documentos de fls. 19-84.

3 Despacho proferido pelo Desembargador GUILHERME DE SOUZA NUCCI a fls. 85-87.

4 Despacho que proferi a fls. 94 e verso.

5 Fls. 105.

Acesso ao Sumário

em que o impetrante informa a concessão de liminar pelo Superior Tribunal de Justiça.[6] Por fim, veio o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça,[7] no sentido da concessão da ordem.

É o relatório.

Ao contrário do alvitrado, com a costumeira propriedade, pelo ilustre e ilustrado parecerista, o pleito não está no caso de ser acolhido.

Senão, vejamos:

Primeiramente, cumpre salientar que a liminar concedida no Superior Tribunal de Justiça limitou-se a determinar que o paciente aguardasse em liberdade o desfecho do presente *habeas corpus*, de modo que a impetração não perdeu seu objeto, uma vez que aquele Tribunal parece aguardar o pronunciamento definitivo desta Câmara, o que passo a fazer.

A concessão da pretendida liberdade provisória é absolutamente incompatível com o crime imputado ao paciente. É que, em matéria de roubo – a mais intranquilizadora expressão da criminalidade nos dias presentes – devem ser observadas as seguintes regras:

A. não se relaxa prisão em flagrante formalmente perfeita;

B. não havendo prisão em flagrante, decreta-se a prisão preventiva;

C. se, por desatenção, o réu livrou-se solto, decreta-se sua prisão preventiva quando da prolação da sentença condenatória.

Instrumento de garantia do direito de ir e vir, reservado aos cidadãos ordeiros, que fazem bom uso de sua liberdade, o *habeas corpus* não pode ser degradado à função de "chave de cadeia" para quem assalta quando está indo, e torna a assaltar quando está vindo... [8]

A jurisprudência de nossos E. Tribunais tem reiteradamente decidido que roubo e liberdade provisória são conceitos antinômicos. Filio-me, de coração, a esse entendimento, aqui representado pelos julgados seguintes:

> O agente envolvido em roubo à mão armada não tem direito à liberdade provisória, porque se trata de crime grave, violento, que intranquiliza a população e revela temibilidade do autor. São irrelevantes, portanto, os eventuais bons antecedentes e a menoridade do agente. É preciso resguardar a ordem pública e a segurança da população notoriamente abaladas pela onda de roubos e pelo clima de violência que impera no país.[9]
>
> Tratando-se de roubo à mão armada e havendo concurso de agentes, seus participantes revelam alta periculosidade e não merecem a

Acesso ao Sumário

6 Fls. 107-108, com os documentos de fls. 109-142.

7 Fls. 150-151, Dr. Gaspar Pereira da Silva Júnior.

8 TACrimSP, Hcs nº 296.072 e 295.782, dentre inúmeros outros.

9 RJDTACrimSP, 4:182. No mesmo sentido, JTACrimSP, 88:87 e 87:426.

concessão do benefício da liberdade provisória, mesmo que sejam primários, sem antecedentes criminais e possuam residência fixa, pois a garantia da ordem pública deve ser resguardada e, se estivessem soltos, seria caso de decretação da prisão preventiva.[10]

Conceder liberdade provisória ao agente preso em flagrante por envolvimento em crime violento só contribuiria para manter em risco a ordem pública, para aumentar o sobressalto da população e para desprestigiar a Justiça.[11]

O juiz, na interpretação da legislação penal, há de encontrar-se atento à realidade dos fatos e ao momento presente, não podendo deixar de considerar a importância de suas decisões na contenção da onda de violência que se vem alastrando de maneira quase incontrolável, alarmando a população e intranquilizando as famílias. É de manter-se, assim, a decisão do TJSP que considerou justificável a prisão provisória de assaltante à mão armada preso em flagrante, por considerar patente sua periculosidade.[12]

É inadmissível a concessão de liberdade provisória ao agente de roubo qualificado pelo emprego de arma e pelo número de pessoas, pois trata-se de crime sabidamente gerador de grande intranquilidade social e revelador da periculosidade de seus autores, tudo a determinar maior rigor na aplicação da lei penal.[13]

A ousadia crescente das pessoas – como o paciente – envolvidas na criminalidade, sua absoluta desconsideração pela boa-fé alheia e a tranquilidade com que exercem sua funesta atividade de infringir as leis para obter vantagem ilícita, estão a exigir uma atuação – serena embora – rigorosa e enérgica do Poder Judiciário, que não se pode despir de suas responsabilidades no tocante a tal estado de coisas.

Assim, demonstrada a periculosidade e a perniciosidade social do agente, justifica-se, mais que isso, recomenda-se seja ele mantido fora do convívio das pessoas decentes. E para isso é certo que se mostram insuficientes as medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, inaplicáveis ao caso do paciente.

Estas as circunstâncias por que meu voto orienta-se no sentido da denegação da ordem, o que proponho à E. Turma Julgadora.

Acesso ao Sumário

10 TACrimSP, 11ª Câmara de Férias, HC nº 325.342-9, rel. XAVIER DE AQUINO, j. 28-7-1998.

11 RJDTACrimSP, 2:198.

12 STF, RHC nº 65.501-7, rel. Min. ALDIR PASSARINHO, in RT, 632:362.

13 RJDTACrimSP, 33:372. No mesmo sentido, RJDTACrimSP, 28:269, 25:427, 23:436, 22:468, 21:344 e 345, 19:187, 15:200, 12:173, 8:206 e 7:232.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2095578-34.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são pacientes ANDRÉ LUIZ FERREIRA DA CUNHA e JOILTON FERREIRA DE LIMA e Impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram prejudicada, pela perda de objeto, a ação de *habeas corpus*. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.401)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores DE PAULA SANTOS (Presidente) e FRANÇA CARVALHO.

São Paulo, 13 de agosto de 2015.

MOREIRA DA SILVA, Relator

Ementa: *Habeas Corpus* – Furto duplamente qualificado tentado – Insurgência contra a manutenção dos pacientes no cárcere, com base apenas na impossibilidade do recolhimento da fiança, por falta de condições financeiras – Superveniência da soltura de um dos acusados e de decisão decretando a prisão preventiva do outro – Esvaziamento do objeto do *mandamus*. *Habeas corpus* prejudicado.

VOTO

1. Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado pela Defensora Pública Thalita Verônica Gonçalves e Silva, com pedido de liminar, em prol de André Luiz Ferreira da Cunha e Joilton Ferreira de Lima, presos em flagrante pelo suposto cometimento do crime previsto no artigo 155, § 4º, incisos I e IV, c.c. o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, contra ato do Dr. Cláudio Salvetti D' Angelo, MM. Juiz de Direito do Plantão Judiciário da Comarca de São Paulo, sob a alegação de constrangimento ilegal, porque, entendendo ausentes os requisitos da prisão preventiva, deferiu liberdade provisória aos pacientes, mas arbitrou fiança no valor de R$ 500,00 (quinhentos) reais para cada um, malgrado eles sejam defendidos pela Defensoria Pública, o que demonstra a completa escassez de recursos financeiros para satisfazer o pagamento da quantia determinada. Aduz, ainda, que a manutenção de pessoa presa até o pagamento da fiança viola o princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Ademais, afirma que os pacientes são presumidamente pobres, fato que torna imperiosa a dispensa da fiança arbitrada, nos termos do artigo 325, § 1º, inciso I, do Código de Processo

Acesso ao Sumário

penal.

Por isso, requer a concessão da ordem para a expedição de alvarás de soltura em prol dos pacientes.

Indeferida a liminar e prestadas informações pela d. Autoridade Judiciária da 21ª Vara Criminal do Foro Central da Comarca de São Paulo, para onde foi distribuída a ação penal, a i. Procuradoria Geral de Justiça manifesta-se no sentido de se julgar prejudicado o *writ.*

É o relatório.

2. A presente ação constitucional é de ser julgada prejudicada.

Com efeito, consoante emerge dos autos, no curso desta ação de *habeas corpus* o paciente André pagou a fiança e foi colocado em liberdade, bem como sobreveio decisão decretando a prisão preventiva do paciente Joilton.[1]

Ora, se o instrumento constitucional aforado buscava, na essência, reparar suposta ilegalidade consistente na manutenção dos pacientes no cárcere, apenas em face do não pagamento da fiança, o certo é que foi restabelecido o gozo do *status libertatis* do réu André, ainda que sob o signo da provisoriedade, bem como decretada a prisão preventiva do réu Joilton, tratando-se, pois, de *novo decisum*, fora do contexto deste remédio constitucional.

Destarte, não mais se verifica a situação apontada na impetração como configuradora de constrangimento ilegal, o que evidencia o desaparecimento do interesse de agir, na perspectiva da necessidade do provimento jurisdicional inicialmente perseguido[2].

Como corolário, só resta declarar prejudicado o remédio heroico, pela perda do objeto, em consonância com o preceito do artigo 659 do Código de Processo Penal.

3. Pelo exposto, **julga-se prejudicada**, pela perda de objeto, a ação de *habeas corpus.*

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do *Habeas Corpus* nº 2099566-63.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é paciente JOÃO CARLOS ROSSI ZAMPINI, Impetrantes CAMILA NAJM STRAPETTI e NATHALIA ROCHA PERESI.

ACORDAM, em 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça

1 - p. 18/21.

2 - V. Ada Pellegrini Grinover, Antonio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco, Teoria Geral do Processo, São Paulo, Ed. Malheiros, 18ª edição, 2002, p. 259.

Acesso ao Sumário

de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Concederam a ordem, nos termos do v. acórdão. V.U. Compareceu na sessão de Julgamento a Dra. Camila Najm Strapetti.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 1.231)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME DE SOUZA NUCCI (Presidente sem voto), NEWTON NEVES e OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO.

São Paulo, 18 de agosto de 2015.

LEME GARCIA, Relator

Ementa: "*HABEAS CORPUS* – Crime contra a ordem tributária – Pedido de anulação da decisão que recebeu a denúncia por ausência de fundamentação – Magistrado que não analisou as teses elencadas pela defesa – Verossimilhança das alegações. Ordem concedida para anular a decisão que recebeu a denúncia e todos os seus atos subsequentes, determinando-se, ainda, que seja proferida nova decisão"

VOTO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado pelas Dras. Nathália Rocha Peresi e Camila Najm Strapetti, advogadas, em favor de **JOÃO CARLOS ROSSI ZAMPINI**, sob a alegação de estar sofrendo constrangimento ilegal por parte do MM. Juiz da 19ª Vara Criminal de São Paulo, onde o paciente está sendo investigado criminalmente pela prática, em tese, do delito previsto no artigo 1º, inciso IV e V, parágrafo único, c/c. artigo 11 e 12, inciso I, todos da Lei 8.137/90.

Pugna, em suma, com pedido de liminar, pelo pela nulidade da decisão que recebeu a denúncia, porquanto o MM. Juiz *a quo* deixou de analisar os fundamentos de absolvição sumária elencados pela defesa.

A liminar foi deferida. (fls. 42/46)

O MM. Juiz da 19ª Vara Criminal de São Paulo prestou informações. (fls. 51/52).

A D. Procuradoria de Justiça emitiu parecer postulando a denegação da ordem, porquanto há indícios de autoria e materialidade suficientes para o prosseguimento da ação penal. (fls. 54/55)

É, em síntese, o relatório.

A presente impetração merece acolhimento.

Acesso ao Sumário

O paciente foi denunciado como incurso nos artigos 1º, inciso IV e V, parágrafo único, c/c. artigo 11 e 12, inciso I, todos da Lei 8.137/90 por ter, em tese, "*na qualidade de sócios gerentes da empresa DICOM Telecomunicações Ltda. (...), agindo por meio de sua pessoa jurídica, deram causa a redução de R$ 13.010.945,621 de ICMS mediante fraude à fiscalização tributária consistente na utilização de notas fiscais que sabiam ou deveriam saber serem falsas, emitidas e fornecidas pela empresa inidônea OPISSON IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA. e E.A. IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.*, *bem como deixaram de atender à exigência da autoridade fiscal no prazo cominado em notificação.*"

O paciente apresentou resposta à acusação alegando, em suma, (i) inépcia da denúncia em razão da ausência da descrição mínima de conduta concretamente praticada pelo paciente; (ii) ausência de justa causa para o exercício da ação penal em razão da ausência de constituição do débito tributário relacionado às notas fiscais emitidas pela empresa A.E. Importação e Exportação Ltda; (iii) ausência de justa causa para o exercício da ação penal do crime de desobediência pela impossibilidade de apresentação dos documentos exigidos pela autoridade fiscal; (iv) ausência de justa causa para o exercício da ação penal em virtude da inexistência de obrigação da Empresa DICOM em manter os documentos fiscais exigidos pela autoridade fiscal.

O MM. Juiz "a quo", após analisar a questão, manteve o recebimento da denúncia, porém, sem apreciar as teses apresentadas pela defesa.

Compulsando a documentação juntada pela impetrante, constata-se que as teses trazidas à baila são bastante pontuais e dizem respeito, inclusive, a não constituição definitiva do crédito tributário em relação às notas fiscais tidas como inidôneas emitidas pela empresa A.E. Importação e Exportação Ltda., o que redundaria, ao menos em tese, em falta de justa causa para o exercício da ação penal.

Nesse sentido, importa lembrar que o Supremo Tribunal Federal, ao analisar o assunto, editou a súmula vinculante 24, que aduz o seguinte:

> *"Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo."*

Não se nega que a decisão que recebe a denúncia deve ter uma motivação concisa, mas isso não significa que o Magistrado não deve analisar todos os pontos alegados pela Defesa.

O MM. Magistrado, ao deparar-se com esse assunto, deve apreciar todas as teses trazidas pela defesa, a fim de evitar qualquer prolongamento injusto de uma ação penal quando presente algum dos motivos de absolvição sumária elencados em um dos incisos do artigo 395, do Código de Processo Penal.

Acesso ao Sumário

Verifica-se, nos autos, uma decisão em que não houve enfrentamento dos pontos alegados pelo denunciado, ora paciente.

Esta C. Câmara, ao se deparar com a questão, já decidiu que:

"HABEAS CORPUS – Pedido de nulidade da decisão que recebeu a denúncia sem apreciar as teses da Defesa constantes da resposta à acusação – Ato despido de conteúdo decisório – Inteligência do artigo 396-A do CPP – Imprescindibilidade de manifestação do juiz acerca de seu conteúdo – Alegada ausência de fundamentação da decisão que recebeu a denúncia Admissibilidade – Na espécie, o MM. Juiz de Direito "a quo", após recebida a resposta à acusação em que se debatiam diversas questões, apenas proferiu despacho mantendo o recebimento da denúncia e designando audiência, concluindo, assim, pelo prosseguimento do feito, sem que se manifestasse sobre as teses defensivas, o que enseja inarredável nulidade – Decisão que não apreciou as teses defensivas – ORDEM CONCEDIDA para anular a decisão que manteve o recebimento da denúncia, determinando que a autoridade profira nova decisão, analisando as teses defensivas apresentadas na reposta à acusação."

Assim, vislumbra-se uma violação ao princípio do devido processo legal e do rito processual estabelecido pela nossa Constituição Federal e pelo Código de Processo Penal, devendo a decisão que recebeu a denúncia ser anulada, assim como todos os seus atos subsequentes.

Posto isto, pelo meu voto, conheço do *habeas corpus* e, confirmando a liminar anteriormente deferida, concedo a ordem para anular a decisão que recebeu a denúncia, assim como todos os atos processuais subsequentes, determinando, ainda, que o MM. Juiz "a quo" profira nova decisão, analisando todas as teses defensivas apresentadas na resposta à acusação.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 0036141-96.2015.8.26.0000, da Comarca de São Vicente, em que é paciente TIAGO CALDEIRA BRANT e Impetrante CRISTHIANNA DE MAGALHÃES LESCRECK.

ACORDAM, em 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a ordem. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.264)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME DE SOUZA NUCCI (Presidente) e OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO.

São Paulo, 25 de agosto de 2015.
NEWTON NEVES, Relator

Ementa: *HABEAS CORPUS* – Execução Penal – Alegação de ilegalidade pela determinação de realização de exame criminológico junto ao IMESC para progressão de regime – Alegação de que o estabelecimento penitenciário é dotado de profissionais para realizar o exame – Informações do Juízo de que o exame foi agendado para 07/10/15 – Observância da razoabilidade – Ausência de ato de autoridade que ameace ou tolha alguém do direito de locomoção – Ordem denegada

VOTO

Cuidam os autos de pedido de *habeas corpus* impetrado em favor de Tiago Caldeira Brant, alegando a impetrante, em síntese, sofrer o paciente constrangimento ilegal por ato do Juízo que determinou a realização de exame criminológico junto ao IMESC para apreciação de pedido de progressão penitenciária.

Alega a impetrante que na unidade penitenciária onde está preso o paciente há profissionais da área de assistência social e psicologia aptos a realizar o exame criminológico, razão pela qual se mostra desnecessária a realização pelo IMESC.

Aduz que conforme informações obtidas junto ao IMESC, só há previsão para agendamento de exames para o ano de 2016, razão pela qual pede a concessão da ordem para que seja determinada a realização da perícia no estabelecimento onde o paciente está preso.

A liminar foi indeferida (fls. 26/27).

As informações foram prestadas (fls. 30).

A douta Procuradoria Geral da Justiça manifestou-se pelo não conhecimento da impetração, mas, se conhecido, pela denegação da ordem (fls. 32/37).

É o relatório.

A ordem deve ser denegada.

Aponta o paciente impetrante sofrer constrangimento ilegal por ato do Juízo que determinou a realização de exame criminológico junto ao IMESC para apreciação de pedido de progressão penitenciária, com previsão de realização da perícia somente para 2016, embora a unidade penitenciária onde está preso

Acesso ao Sumário

o paciente seja dotada de profissionais da área de assistência social e psicologia aptos a realizar o exame criminológico.

Entretanto, e conforme as informações prestadas pela autoridade apontada como coatora, o paciente cumpre pena com término de cumprimento previsto para 25/06/2021 e o exame junto ao IMESC, para apreciação de pedido de progressão de regime, está agendado para 07/10/2015.

Deste modo, preservado o debate acerca do mérito da progressão de regime ao Juízo das Execuções penais, é dos autos que o exame criminológico será realizado em breve, agendado para 07/10/15, não se verificando ato do Juízo das Execuções Penais, responsável pela fiscalização no cumprimento da pena, a impor ao paciente ou a outrem violência ou coação ilegal, atual ou iminente, na liberdade de ir e vir, conforme preceitua o art. 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal e o art. 647 do Código de Processo Penal, já que iminente a realização da perícia, com subsequente decisão acerca do pedido de progressão de regime penitenciário.

Assim, ausente constrangimento ilegal no ato atacado, de rigor a denegação da ordem.

Ante o exposto, denega-se a ordem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2119191-83.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é paciente JOSÉ CARLOS RIBEIRO SANTOS e Impetrante PRISCILLA SOUTO.

ACORDAM, em 12ª 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 29.581)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VICO MAÑAS (Presidente sem voto), ANGÉLICA DE ALMEIDA e PAULO ROSSI.

São Paulo, 19 de agosto de 2015.

JOÃO MORENGHI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: PRISÃO PREVENTIVA. Prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. Existência, ademais, de outros fortes elementos indicadores da periculosidade do agente. Elementos favoráveis ao réu. Irrelevância. Encarceramento provisório. Possibilidade.

– Presentes indícios de autoria e a prova da materialidade delitiva, pressupostos necessários para a manutenção da custódia cautelar, *ex vi* do art. 312 do CPP, deve ser mantida a prisão preventiva do réu quando as circunstâncias da prisão e a conduta adotada pelo acusado indicam sua periculosidade e, além disso, não há dados que enfraqueçam os elementos justificantes da prisão processual.

VOTO

1. Em favor de José Carlos Ribeiro Santos, a belª Priscilla Souto impetrou o presente *habeas corpus* postulando, sob alegação de constrangimento ilegal, a concessão da ordem para sua imediata libertação.

Alega, para tanto, que o paciente, preso em flagrante em 28.05.2015, acusado de infração ao art. 121 c.c. o art. 14, II, art. 129, § 9º, art. 148, todos do CP, merece responder ao processo em liberdade, eis que ausentes os requisitos da custódia cautelar. Sustenta que não está caracterizado o delito de tentativa de homicídio, pois o paciente teria agido em legítima defesa, conforme de pode depreender da leitura dos fatos narrados. Afirma que o crime de lesão corporal tem cominada a pena máxima de um ano, sendo incabível a decretação da prisão preventiva. Quanto ao delito de violência doméstica contra a companheira, aduz o cabimento de medidas cautelares diversas do cárcere. Evidente, portanto, o constrangimento ilegal, sanável pelo presente *writ* (fls. 1-10).

Juntados documentos comprobatórios da impetração (fls. 11-47) e indeferida a liminar pleiteada (fls. 49), prestou informações a d. autoridade coatora

Juízo de Direito da 3ª Vara do Tribunal do Júri da Comarca de São Paulo (fls. 52), com documentos (fls. 53-120).

Após, manifestou-se a d. Procuradoria Geral de Justiça pela denegação da ordem (fls. 122-30).

É o relatório.

2. Narra a denúncia:

"A JUSTIÇA PÚBLICA, pelo Promotor de Justiça infra assinado, vem, respeitosamente à presença de V. Exa., DENUNCIAR JOSÉ CARLOS RIBEIRO SANTOS, qualificado à fls. 33, pelos motivos a seguir expostos:

Segundo consta do incluso inquérito policial, por volta dos 15 minutos do dia 28 de maio de 2015, na rua Alvorada nº 26 – Jardim Três Corações, área do 101º Distrito Policial, neste município e Comarca da Capital, o denunciado José Carlos Ribeiro dos Santos, mediante golpes

Acesso ao Sumário

de arma branca, consoante laudo de exame de corpo de delito cuja imediata juntada ora se requer e fotografias de fls. 25.

Consta ainda que nas mesmas circunstâncias de tempo e de lugar acima descritas, o denunciado José Carlos Ribeiro dos Santos, se valendo de relação íntima e de coabitação, no âmbito familiar, ofendeu a integridade corporal de sua companheira Marli Ângela Gonçalves, consoante laudo de exame de corpo de delito cuja imediata juntada ora também se requer e fotografias de fls. 25.

Pelo apurado, o réu vive em união estável com a vítima Marli com a vítima e, por questões do relacionamento conjugal, acabaram discutindo, tendo ele agredido a vítima com socos e pontapés, bem como tentado esganá-la.

Diante de tal fato Marli se dirigiu até a casa da vítima Isaac, seu cunhado em busca de socorro.

Atendendo ao pedido de Marli, Isaac e sua esposa Daniele Oliveira dos Santos Silva se dirigiram com Marli até a residência do casal no afã de auxiliá-la a de lá retirar alguns pertences, bem como apaziguar os ânimos.

Lá chegando o acusado se voltou contra Isaac, dando assim inicio a uma briga.

Em meio a tal briga José Carlos foi até a cozinha onde se armou com uma faca.

Issac vendo que o acusado estava armado correu para fora da casa, mas acabou tropeçando na soleira da porta e caiu. Vendo a vítima caída ao solo o acusado investiu contra ela e a esfaqueou, somente não a matando por circunstâncias alheias à sua vontade, quais foram a capacidade de Isaac se levantar e lograr êxito em de lá fugir.

O crime de homicídio foi cometido por motivo torpe, posto que João tentou matar o seu próprio irmão porque este buscava ajudar a vítima Marli, a qual estava sofrendo toda a sorte de violência doméstica praticada pelo denunciado.

Agiu também de forma a dificultar a defesa da vítima Isaac, uma vez que a golpeou quando esta se encontrava caída no chão, sem que pudesse se furtar de imediato da agressão sofrida.

Foi o delito de lesões corporais contra a vítima Marli foi praticado no âmbito familiar e em decorrência de relação íntima de coabitação".

A ordem não merece concessão.

Cumpre consignar, em primeiro lugar, que a análise das questões levantadas pela i. impetrante – não configuração da tentativa de homicídio, ocorrência de legítima defesa e desistência voluntária, bem como a não configuração do delito de lesão corporal, eis que ausente laudo – implica discussão de mérito que demanda análise de prova incabível por esta via, a qual deverá ser feita quando do julgamento de mérito, após a regular instrução processual, em que as partes

Acesso ao Sumário

poderão usar de todos os meios de prova admitidos a fim de formar o livre convencimento do juízo.

Feita esta anotação, incabível a revogação da prisão preventiva.

Como é cediço, o sistema processual penal brasileiro, após a edição da Constituição da República de 1988, adotou o entendimento de que a regra é liberdade e a exceção é a segregação cautelar, logo, para o encarceramento preventivo há que existir decreto judicial devidamente fundamentado, no qual seja evidente a necessidade da medida.

Esta orientação é ratificada pelas recentes modificações operadas no Código de Processo Penal no que se refere à prisão processual. De acordo com as alterações realizadas pela Lei nº 12.403, de 4.5.2011, em vigor desde 5.7.2011, a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 282, § 6º, CPC).

Desta forma, restou patente que a prisão preventiva funciona como a *ultima ratio* na proteção da sociedade e do processo, somente sendo decretada quando concretamente demonstrados os requisitos de cautelaridade, o que ocorre no presente caso.

Inicialmente, conforme disposição do art. 312, última parte, do CPP, estão presentes os pressupostos da prisão processual, tendo em vista a prova colhida até o momento, em especial a prova oral obtida em sede policial.

Somado a isso, evidente que a liberdade do paciente oferece risco concreto à ordem pública.

De fato, além da gravidade da acusação, as circunstâncias do delito apontam como desvirtuada a personalidade do paciente que, desde então, dá mostras de baixa sensibilidade e desumanidade.

De fato, o paciente, pelo que consta dos autos, demonstrou total frieza e desprezo em relação à família, já que, por motivos de menor importância, após discussão, deu uma facada em seu irmão e agrediu sua companheira.

Evidentes, portanto, os indícios de que o paciente ostenta periculosidade acima da média e que, em liberdade, poderá colocar em risco a ordem pública. Além disso, a impetração não trouxe nenhum elemento que pudesse enfraquecer os elementos justificantes da prisão processual do paciente.

Cumpre consignar que o direito não pode ficar alheio ao desrespeito às regras elementares do bom convívio social, delimitadoras da liberdade individual e fixadoras dos valores coletivos a que todos devem respeitar.

Ora, se os crimes cometidos contra a vida não justificassem o cárcere, talvez ninguém estivesse obrigado a ficar preso pela prática de qualquer outro crime; em nenhuma hipótese o julgador estaria autorizado a determinar a prisão se o bem jurídico mais caro do ordenamento jurídico – a vida humana – não

Acesso ao Sumário

fosse rigorosamente protegido e se a violação deste bem não significasse grave ameaça à ordem pública.

Neste passo, a presença dos predicados minimamente necessários para obtenção da liberdade provisória – tais como a primariedade – não se prestam para alcançar o fim que se espera deste *writ*, já que não suplantam a necessidade da custódia provisória.

Desta forma, foi justificadamente decretada a prisão preventiva e as razões de convencimento do d. magistrado permanecem válidas, não se constatando o alegado constrangimento ilegal.

3. Pelo exposto, denega-se a ordem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2121073-80.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é paciente FERNANDO AUR RASO, Impetrantes ANDRÉ PERECMANIS e SAVIGNY GONÇALVES DE SOUSA DA SILVA.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram do *habeas corpus*. V.U. Sustentou oralmente o I. Defensor, Dr. André Perecmanis e, usou da palavra, o Exmo. Procurador de Justiça, Dr. Milton Theodoro Guimarães Filho.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14.915)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EDISON BRANDÃO (Presidente) e LUIS SOARES DE MELLO.

São Paulo, 15 de setembro de 2015.

CAMILO LÉLLIS, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: *HABEAS CORPUS* – Pleito de reconhecimento de nulidade decorrente da decisão proferida em 1º grau, que indeferiu a oitiva de testemunhas de defesa – Impossibilidade – Sentença condenatória proferida – Recurso de apelação interposto e julgado por esta Colenda 4ª Câmara de Direito Criminal, que ao dar parcial provimento ao recurso de apelação afirmou, ainda que de forma implícita, não haver qualquer nulidade a ser reconhecida, atestando, assim, a correção e regularidade formal do processo – Constrangimento que, se existente, adviria desta

Corte – Ordem não conhecida.

VOTO

Vistos.

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado pelos advogados **André Perecmanis** e **Savigny Gonçalves de Sousa Silva**, em favor de **Fernando Aur Raso**, condenado como incurso no art. 311, do Código Penal, autoridade coatora o **MM. Juíza da 18ª Vara Criminal do Foro Central da Comarca da Capital**, pleiteando seja declarada nula a decisão que indeferiu a oitiva das testemunhas de defesa, determinando-se a anulação, por consequência, de todos os atos processuais subsequentes.

Sustentam os impetrantes, em síntese, ser nula a decisão que indeferiu a oitiva das testemunhas de defesa sob alegação de preclusão do ato, uma vez que não recolhidas as custas referentes às diligências do Oficial de Justiça.

Aduzem que a prova testemunhal aludida consiste na única prova que a defesa poderia produzir e que, diante disso, a decisão que a indeferiu ocasionou patente cerceamento de defesa, revelando a desigualdade de tratamento entre as partes, em clara afronta ao princípio da ampla defesa.

Rechaçam eventual invocação da súmula 523, do Supremo Tribunal Federal, asseverando, mais, que não há previsão na Constituição Federal ou no Código de Processo Penal acerca da imprescindibilidade do recolhimento de custas para intimação de testemunhas defensivas em ação penal pública.

Indeferida a liminar (fls.565/567), foram prestadas as informações de estilo (fls.569/570), instruídas com cópias de documentos (fls.571/601); a douta Procuradoria de Justiça opinou pelo não conhecimento da ordem (fls. 603/607).

É o relatório.

Consta das informações de estilo que o paciente foi denunciado e condenado, por infração ao disposto no art. 171, por 08 vezes, na forma do art. 71, em concurso material com o art. 311, todo do Código Penal.

A defesa interpôs recurso de apelação, julgado por esta Colenda 4ª Câmara de Direito Criminal, ao qual foi dado parcial provimento, com o reconhecimento da extinção da punibilidade do crime de estelionato pela ocorrência da prescrição e manutenção da condenação no tocante ao delito do art. 311 do Código Penal.

Informa, também, que em duas oportunidades distintas, houve o ingresso de Embargos de Declaração que foram rejeitados.

Diante disso, a defesa apresentou Recurso Especial, que foi admitido parcialmente. Remetido o reclamo ao STJ em 10.02.2014, foi negado seguimento em 09.12.2015.

A guia de recolhimento definitiva à Vara da Execução Criminal foi

Acesso ao Sumário

expedida em 24.06.2015 (fls. 569/570).

Pois bem.

Verifica-se que; embora os impetrantes apontem como autoridade coatora o juízo de primeira instância, esta Colenda 4ª Câmara de Direito Criminal, ao dar parcial provimento ao recurso de apelação reconheceu, ainda que de forma implícita, não haver qualquer nulidade, atestando, assim, a correção e regularidade formal do processo e, por isso, passou a ostentar a condição de autoridade coatora, não tendo, portanto, competência para o conhecimento do presente *writ*, a teor do art. 650, § 1º, do Código de Processo Penal.

Em arremate, essa é a orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal:

"*Embora os atos que, segundo a inicial, dariam margem à nulidade da ação penal sejam atribuídos ao juiz de 1º grau, é o Tribunal de Justiça de ser considerado o coator se já julgou ele a apelação e não reconheceu nulidades, ainda que não apreciados todos os pontos em que agora se alicerça o writ*" (HC 67581 RJ).

Ante o exposto, pelo meu voto, **não conheço** do *habeas corpus.*

ACÓRDÃO

Vistos relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2134420-83.2015.8.26.0000, da Comarca de Itapetininga, em que é paciente ALAN CORREA DOS SANTOS e Impetrante ANTONIO JOSÉ CARVALHO SILVEIRA.

ACORDAM, em 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Em caráter excepcional, CONCEDERAM A ORDEM impetrada em prol de Alan Correa dos Santos, declarando extinta a punibilidade em face da prescrição da pretensão executória. V.U. Esteve presente o Advogado Dr. Antonio José Carvalho Silveira.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.507)**

O julgamento deve a participação dos Exmo. Desembargadores JOSÉ RAUL GAVIÃO DE ALMEIDA (Presidente sem voto), RICARDO TUCUNDUVA e MARCOS CORREA.

São Paulo, 24 de setembro de 2015.

MARCO ANTONIO MARQUES DA SILVA, Relator

Ementa: TRÁFICO DE DROGAS, RECEPTAÇÃO E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO –

Acesso ao Sumário

PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA – RESTANTE DA PENA A CUMPRIR – PRAZO DE 04 ANOS ACRESCIDO DE 1/3 – INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 109, INCISO V, 100, *CAPUT* E 113, DO CP, TODOS DO CÓDIGO PENAL – DATA DA FUGA E A DATA DA RECAPTURA – FLUÊNCIA DE TEMPO SUFICIENTE – PRESCRIÇÃO É MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA QUE PODE SER RECONHECIDA A QUALQUER TEMPO E GRAU DE JURISDIÇÃO – EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DECLARADA – ORDEM CONCEDIDA.

VOTO

Antonio José Carvalho Silveira, Advogado, impetra ordem de "***habeas corpus***" em prol de ***ALAN CORREA DOS SANTOS*** contra ato do MM. Juiz de Direito Alessandro Viana Vieira de Paula, da Vara das Execuções Criminais da Comarca de São Paulo – SP.

Pleiteia o impetrante, em síntese, o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva com relação às penas impostas, alegando que entre a data da fuga até a data da recaptura, transcorreu lapso temporal necessário.

A liminar foi indeferida (págs. 48/49).

A autoridade apontada como coatora prestou as informações, juntando cópias dos documentos pertinentes (págs. 39/56 e 67/73).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pela concessão da ordem.

É o relatório.

O paciente foi condenado à pena de 04 (quatro) anos, 01 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais o pagamento de 65 (sessenta e cinco) dias-multa, por infração ao artigo 12, da Lei nº 6.368/76; 01 (um) ano, 04 (quatro) meses e 10 (dez) dias, além de e 12 (doze) dias-multa por violar o artigo 180, ***caput***, do Código Penal e 01 (um) ano, 04 (quatro) meses e 10 (dez) dias, mais o pagamento de 12 (doze) dias-multa de detenção por infringir o artigo 10, § 1º, inciso III, da Lei nº 9.437/97.

Iniciou o cumprimento da pena em 04 de janeiro de 2003, mas se evadiu em 02 de janeiro de 2007, tendo sido recapturado apenas em 10 de outubro de 2013.

Pretende o impetrante, via o presente remédio heroico, seja declarada extinta a punibilidade pela ocorrência da prescrição da pretensão executória, levando-se em consideração o restante da reprimenda a cumprir, nos termos do artigo 113, do Código Penal.

Acesso ao Sumário

Razão assiste ao Impetrante.

Segundo as informações constantes, conforme já consignado, o paciente iniciou o cumprimento da reprimenda em 04 de janeiro de 2003 e evadiu-se em 02 de janeiro de 2007, restando a cumprir: 01 (um) mês e 01 (um) dia de reclusão para o crime de tráfico; 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão para o delito de receptação e igual período para o porte ilegal de arma de fogo.

Desta forma, levando-se em consideração o tempo restante para o término de cada reprimenda, o lapso prescricional incidente é de 04 (quatro) anos, nos termos do artigo 109, inciso V, do Código Penal, o qual deve ser acrescido de 1/3, em razão da reincidência, conforme artigo 110, ***caput***, do mesmo diploma legal, totalizando 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses.

Com efeito, a partir da data da fuga em 02 de janeiro de 2007 até a data da recaptura, em 10 de outubro de 2013, transcorreu o prazo previsto para a prescrição da pretensão executória da pena imposta.

Assim, impõe-se o reconhecimento da extinção da punibilidade, com fundamento nos artigos 107, inciso IV e 109, inciso V, ambos do Estatuto Repressivo, com a consequente concessão da ordem, a fim de se evitar eventual constrangimento ilegal.

Ressalto, ainda, que prescrição é matéria de ordem pública, que pode e deve ser reconhecida a qualquer tempo, de ofício, caso não suscitada. É a dicção do artigo 61, do Código de Processo Penal: "***Em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-lo de ofício***" (grifamos).

Pelo exposto, em caráter excepcional, **CONCEDO A ORDEM** impetrada em prol de ***Alan Correa dos Santos***, declarando extinta a punibilidade em face da prescrição da pretensão executória.

Acesso ao Sumário

Recursos em Sentido Estrito

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso em Sentido Estrito nº 0004348-43.2013.8.26.0281, da Comarca de Itatiba, em que é recorrente MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, são recorridos ANDRÉ GOMES DOS SANTOS, MARCELO ARDITO DO PRADO, GUILHERME AUGUSTO PAZZOTTO, NILTON CRUZ DE SOUZA LIMA,

ALISSON ROBERTO CONDE DA SILVA e RONALDO LUÍS HERCULANO.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, para receber a denúncia oferecida contra os acusados André Gomes dos Santos, Marcelo Ardito do Prado, Guilherme Augusto Pazzotto, Nilton Cruz de Souza Lima, Alisson Roberto Conde da Silva e Ronaldo Luís Herculano, dando-os como incursos no artigo 121, § 2º, incisos II, III e IV c.c. artigo 14, II e 29, *caput*, todos do Código Penal. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.246)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente), ROBERTO SOLIMENE e AMARO THOMÉ.

São Paulo, 13 de agosto de 2015.

SÉRGIO COELHO, Relator

Ementa: Recurso em sentido estrito. Rejeição de denúncia. Crime de tentativa de homicídio qualificado. Existência de elementos suficientes para o início da ação penal. Denúncia que preenche os requisitos do artigo 41 do CPP. Prevalência do princípio do "in dubio pro societate". Ademais, tratando-se, em tese, de tentativa de homicídio praticada em concurso, por vários agentes que adotam comportamento homogêneo ou equivalente, a falta de especificação da conduta de cada um dos envolvidos no fato delituoso não acarreta a inépcia da peça acusatória. Recurso provido para receber a denúncia oferecida contra os recorridos.

VOTO

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo nobre Promotor de Justiça contra a r. decisão de fl. 172/173, que, por inépcia, bem assim por falta de justa causa, rejeitou a denúncia oferecida contra André Gomes dos Santos, Marcelo Ardito do Prado, Guilherme Augusto Pazzotto, Nilton Cruz de Souza Lima, Alisson Roberto Conde da Silva e Ronaldo Luís Herculano, em relação aos quais foi imputado o crime previsto no artigo 121, § 2º, incisos II, III e IV c.c. artigo 14, II e 29, *caput*, todos do Código Penal.

Sustentando que a denúncia preenche os requisitos legais e que há justa causa para a ação penal, postula o Ministério Público o recebimento da exordial acusatória e seu regular processamento (fls. 176/185).

Acesso ao Sumário

Processado o recurso, com contrarrazões (fls. 194/201, 221/225, 228/230, 232/234, 236/243 e 252/254), a decisão foi mantida na fase do juízo de retratação (fl. 186), tendo a douta Procuradoria de Justiça se manifestado pelo provimento do recurso ministerial (fls. 258/270).

É, em resumo, o relatório.

O recurso comporta provimento, preservado o posicionamento do MM. Juiz *a quo*.

Com efeito, é sabido, mas não custa relembrar, que somente se autoriza a rejeição da denúncia, quando o fato descrito, nem mesmo em tese, constituir infração penal, ou na hipótese de não existir no inquérito, ou nas peças de informação, o mínimo de provas a respeito da existência do crime e indícios suficientes de autoria.

De fato, para que seja possível a instauração da ação penal é indispensável haja, nos autos do inquérito ou nas peças de informação, elementos sérios, idôneos, a mostrar que houve uma infração penal, e indícios, mais ou menos razoáveis, de que seu autor foi a pessoa apontada no procedimento informativo ou nos elementos de convicção. Sem que haja "*fumus boni juris*" a amparar a imputação, dando-lhe os contornos de razoabilidade, pela existência de justa causa, ou pretensão viável, a denúncia ou queixa não pode ser recebida.

No caso concreto, com efeito, existem elementos suficientes para se iniciar a ação penal. A denúncia preenche os requisitos do artigo 41 do CPP, descrevendo crime, em tese, com todos os seus elementos e circunstâncias, além de se encontrar embasada em elementos de convicção que lhe conferem viabilidade.

Relata a exordial acusatória que, no dia 23 de junho de 2013, por volta das 00h29min, na Rua Antônio Ferraz Costa, defronte ao numeral 6540, cidade de Itatiba, os acusados André Gomes dos Santos, Marcelo Ardito do Prado, Guilherme Augusto Pazzotto, Nilton Cruz de Souza Lima, Alisson Roberto Conde da Silva e Ronaldo Luís Herculano, previamente ajustados e agindo com unidade de propósitos e desígnios, com manifesta intenção homicida, tentaram matar *Arnaldo Maradei Neto*, desferindo golpes de capacete, socos e chutes contra a cabeça da vítima, causando-lhe ferimentos, somente não consumando o delito por circunstâncias alheias às suas vontades.

O MM. Juiz *a quo*, sob o fundamento de que "… *a denúncia não está revestida dos requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal, uma vez que não consta a exposição dos fatos criminosos com todas as circunstâncias de modo a identificar quais condutas são imputadas a cada um dos acusados.", e, também, sob o argumento de que "não se vislumbra a manifesta intenção homicida, na medida em que não se vislumbra nenhuma circunstância a impedir os seis agentes de pôr fim à vida da vítima se assim pretendessem, enfatizando que consta apenas uma lesão coincidente com a versão de que ela, ao se*

Acesso ao Sumário

afastar, caiu de costas e bateu a cabeça no solo.", então, rejeitou a denúncia.

Ora, respeitado o entendimento do digno Magistrado, há nos autos elementos de prova que merecem ser considerados. Nesse sentido, como bem salientou a douta Procuradoria de Justiça em seu judicioso parecer, que fica adotado e vai a seguir transcrito, no essencial:

"... estão presentes todos os elementos exigidos pelo artigo 41 do CPP, e tratando-se de crime no qual se teve a ação conjunta de vários indivíduos, visando todos o mesmo fim, ou seja, a morte da vítima, nenhum vício se pode apontar na peça exordial, já que todos concorreram com os golpes desferidos, seja com a utilização de capacete, socos e chutes para os ferimentos gravíssimos que foram provocados na vítima pondo em risco a sua vida.

(...)

Devo ressaltar, entretanto, ponto importante contido na descrição médica de fl. 34:

"Paciente Arnaldo Maradei Neto foi atendido por nós, no dia 23/06/2013 às 00:15 hs, vítima de traumatismo craniano grave com ferimentos contusos, lacerantes no crânio, causados por instrumento contundente. Foi operado de emergência e posteriormente encaminhado para o Hospital Nove de Julho em São Paulo.

Isto mostra que, diferentemente do suposto no édito combatido, onde se afirmou que "a denúncia não encontra amparo em prova alguma a assertiva de que teria a vítima sido agredida por golpes de capacete, socos e chutes na cabeça," e que "a vítima apresentava um único ferimento na altura da nuca", encontrou-se sim "ferimentos contusos, lacerantes no crânio" da vítima, oriundos, provavelmente, de "instrumento contundente", tais como socos, chutes e golpes de capacete, como descritos pela testemunha presencial aos fatos, Ivani (fls. 17/18).

Impossível desprezar se tal relato ante a coincidência de sua descrição com o relato médico acostado a fl. 34.

Além do que, só fato de se reunirem seis agressores contra uma só vítima, desferindo golpes que atingiram o crânio desta, já se permite concluir pelo dolo que animava todo o bando, e dispensa a individualização de condutas.

Por último, deve ser sopesado o fato de que a reunião dos seis indivíduos para perpetrar a agressão à vítima deveu-se ao chamado pelo telefone de um deles, após perseguir e desentender-se com a testemunha presencial aos fatos, a quem passou a ofender e ameaçar na presença da vítima, que ao procurar defendê-la, foi covarde e violentamente agredida, até prostrar-se quase sem vida ao solo." (fls. 268/269).

Assim, *data maxima venia*, não se pode afirmar que os fatos não foram comprovados nem de maneira indiciária.

Acesso ao Sumário

De se ressaltar, ademais, que o d. Juiz de primeiro grau, ao entender que não há justa causa para a ação penal, praticamente esmiuçou os elementos indiciários, antecipando inclusive sua convicção, o que lhe era vedado, porquanto não se permite exame crítico e aprofundado dos indícios em que se embasou a denúncia, para refutá-los, sob pena de prejulgamento da causa.

Ora, por ocasião do recebimento da exordial acusatória, prevalece o princípio do "*in dubio pro societate*", de tal sorte que o exame do dolo com que agiram os acusados – ou mesmo a eventual ausência deste – por envolver análise aprofundada da prova, é questão a ser decidida na fase apropriada, após o término da instrução probatória.

De se ressaltar, ainda, que em se tratando de coautoria, a jurisprudência não exige a descrição da conduta de cada participante; basta a menção de que os agentes praticaram o mesmo fato definido como crime. Nesse sentido: RT, 666/306, 615/345; JTJ, 143/306. Efetivamente, no caso concreto dos autos a peça acusatória atende às exigências do art. 41 do Código de Processo Penal, descrevendo em conjunto as condutas criminosas praticadas pelos recorridos, propiciando, assim, todas as condições para o amplo exercício da atividade defensiva. De fato, tratando-se, em tese, de tentativa de homicídio praticada em concurso, por vários agentes que adotam comportamento homogêneo ou equivalente, a falta de especificação da conduta de cada um dos envolvidos no fato delituoso não acarreta a inépcia da peça acusatória. Ora, consoante pacífica orientação jurisprudência, "*O crime de autoria coletiva não obriga a denúncia a pormenorizar o envolvimento de cada réu, bastando a narrativa genérica do delito, sem que tolha, evidentemente, o exercício da defesa" (RSTJ 25/368). De fato, "Exige a Lei a descrição individualizada da conduta de cada co-autor ou partícipe quando são elas diversas, cada qual tendo praticado atos isolados e distintos dos demais. No caso, porém, da prática dos mesmos atos por todos os co-autores, nada impede que o relato seja feito de modo a englobar a atividade de todos numa mesma frase, colocando-se o sujeito no plural aos denominados indiciados ou denunciados" (RT 583/378). Ainda: "DENÚNCIA – Inépcia – Inocorrência – Hipótese de concurso de agentes – Ausência de descrição individuada da conduta de cada um – Desnecessidade – Ação única e conjunta dos acusados*" – (RT 588/387).

No caso em testilha, portanto, de acordo com o entendimento exposto pelos ilustres representantes do Ministério Público de ambas as instâncias, foi prematura a rejeição da denúncia sob o fundamento de inépcia da exordial acusatória e de ausência de justa causa para a persecução criminal, haja vista que, como já assinalado, se encontram plenamente preenchidas as formalidades exigidas pelo artigo 41 do CPP, sendo certo que, ao menos em tese, o delito ali narrado se verificou. Lembro, ainda, que no caso de existirem falhas ou omissões aqui não detectadas, o artigo 569 do CPP admite que as eventuais

omissões sejam supridas a todo tempo, antes da sentença final, sem que isto acarrete qualquer prejuízo para o exercício da atividade defensiva.

Destarte, mostrando-se plausível a acusação deduzida em desfavor dos recorridos, e considerando o disposto na Súmula 709 do C. Supremo Tribunal Federal, impõe-se o recebimento da denúncia ofertada pela digna representante ministerial.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso, para receber a denúncia oferecida contra os acusados André Gomes dos Santos, Marcelo Ardito do Prado, Guilherme Augusto Pazzotto, Nilton Cruz de Souza Lima, Alisson Roberto Conde da Silva e Ronaldo Luís Herculano, dando-os como incursos no artigo 121, § 2º, incisos II, III e IV c.c. artigo 14, II e 29, *caput*, todos do Código Penal.

Revisões Criminais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 0128422-42.2013.8.26.0000, da Comarca de Atibaia, em que é peticionário DEUSDETE AUGUSTO DE SOUZA.

ACORDAM, em 4º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram Improcedente a Revisão Criminal. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 4.210)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MARCO ANTÔNIO COGAN (Presidente), ALCIDES MALOSSI JUNIOR, FERNANDO SIMÃO, ALBERTO ANDERSON FILHO, FREITAS FILHO, OTAVIO ROCHA, LAURO MENS DE MELLO, LOURI BARBIERO e GRASSI NETO.

São Paulo, 30 de julho de 2015.

AMARO THOMÉ, Relator

Ementa: REVISÃO CRIMINAL – ABSOLVIÇÃO – INEXISTÊNCIA DE QUALQUER DAS HIPÓTESES DO ARTIGO 621 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - INADMISSÍVEL REEXAME DA

Acesso ao Sumário

PROVA – PEDIDO DE RECONHECIMENTO DE NULIDADE POR AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO DEFENSOR DO PETICIONÁRIO EM RELAÇÃO À REALIZAÇÃO DA SESSÃO DE JULGAMENTO – NÃO ACOLHIMENTO – MATÉRIA PRECLUSA – RESULTADO DO JULGAMENTO EM SEGUNDA INSTÂNCIA FOI DEVIDAMENTE PUBLICADO – IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO REVISIONAL.

VOTO

Cuida-se de revisão criminal ajuizada por **Deusdete Augusto de Souza**, condenado no processo nº 0007291-49.1996.8.26.0048 ao cumprimento de pena privativa de liberdade de 05 anos e 04 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 88 dias-multa, no valor unitário mínimo, como incurso no art. 12, *caput*, c.c. o art. 18, inc. III, da Lei nº 6.368/76.

Postula, em síntese, a nulidade do feito por ausência de intimação do defensor constituído informando sobre a data em que seria realizada a sessão de julgamento das apelações interpostas; ou a sua absolvição por insuficiência probatória (fls. 12/17).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pela improcedência da ação (fls. 37/46).

É o relatório.

Desde já, afasto a nulidade alegada, porquanto absolutamente improcedente.

É bem verdade que o defensor do peticionário não foi intimado da data da sessão de julgamento, o que, em tese, constituiria justificativa para a anulação do processo originário. Entretanto, também é certo que houve a devida publicação do resultado do julgamento proferido em segunda instância (fls. 942 e 943 do apenso), tornando preclusa a matéria.

De fato, a data da publicação do julgamento dos recursos data de 06/08/1997 e o peticionário apenas apresentou pedido de revisão criminal em 18 de março de 2013.

Considerando o lapso temporal acima exposto (superior a 15 anos), não é cabível reconhecer o pleito de nulidade processual com base na irregularidade em tela.

Nesse sentido já decidiu o Col. STJ:

"3. Não obstante a ausência de intimação do causídico constituído da data de sessão de julgamento de apelação, a ciência do acórdão pela imprensa oficial, sem qualquer recurso, por mais de três anos, enseja

Acesso ao Sumário

a preclusão da arguição da nulidade. 4. Não se ventilando qualquer pretensão defensiva em se proceder a sustentação oral das teses declinadas no apelo, nem mesmo se vislumbrando irregularidade no transcorrer do exercício da defesa na instrução criminal e perante o Colegiado de origem, a irregularidade na prévia intimação para a assentada que apreciou o recurso de apelação não enseja o reconhecimento de pecha no julgamento do recurso, em especial diante da ecoante inércia do causídico." (*Habeas Corpus* nº 300.008/SP, parte da ementa, 6ª Turma, Min. Maria Thereza de Assis Moura, 03/02/2015).

Quanto aos argumentos de mérito, cumpre esclarecer que a revisão criminal, instituto criado para reparar eventuais erros judiciais, está adstrita taxativamente às hipóteses elencadas no artigo 621 do Código de Processo Penal, vedado, portanto, mero pedido de reapreciação de decisão a fim de apurar-se a sua justiça, como ocorre no presente caso.

Ao juízo revisional é dado verificar se a condenação se apoiou em elementos probatórios aptos à convicção do julgador, sendo-lhe vedado o reexame da prova para reavaliá-la, como quer o requerente, pois aqui não se trata de apelação, mas de ação revisional.

Assim, inadmissível reabrir a reapreciação da prova em sede revisional, tratando-se de questão sobre a qual há seguro apoio em abalizadas correntes doutrinária e jurisprudencial.

No caso, toda a argumentação calca-se no reexame das provas já exaustivamente examinadas pelo MM. Juiz sentenciante (fls. 793/798 dos autos em apenso).

Nesse quadro, não prevalecem as alegações trazidas na revisão criminal.

Em verdade, pretende o peticionário mera reapreciação da decisão, sem, porém, trazer novas provas aos autos, e sem indicar em que poderia consistir erro, únicas hipóteses em que seria admissível o acolhimento da revisão.

Sobre o tema, o Egrégio STF, por sua Colenda Segunda Turma, em votação unânime já decidiu:

"Não se pode dizer, face ao princípio do livre convencimento do julgador, que uma decisão cuja conclusão tem apoio num elemento de prova, contrarie a evidência dos autos. Somente há decisão contrária à evidência dos autos quando a mesma não tem fundamento em nenhuma prova colhida no processo" (RTJ, 86:442).

De fato, não se pode criar, por meio da revisão, uma terceira instância de julgamento, com nova oportunidade de reapreciação de decisão transitada em julgado. Julgada a ação, decidido o mérito e ocorrido o trânsito em julgado, a regra é que não pode haver reiteração do pedido.

Contudo, havendo vício de procedimento ou de julgamento, garante-se a

Acesso ao Sumário

correção do erro judiciário, desde que presente uma das hipóteses do artigo 621 do CPP, o que não foi demonstrado na espécie.

Sobre o tema, o ensinamento de Guilherme de Souza Nucci:

"9. (...) convém salientar os abusos que muitas vezes ocorrem no contexto da revisão criminal, quando o pedido é fundado neste elemento. Há julgados que aceitam a revisão criminal para ao fim 'reavaliar' toda a prova, embora a decisão condenatória com trânsito em julgado tenha analisado a matéria dentro de razoável interpretação da prova. O objetivo da revisão não é permitir uma 'terceira instância' de julgamento, garantindo ao acusado mais uma oportunidade de ser absolvido ou ter reduzida sua pena, mas, sim, assegurar-lhe a correção de um erro judiciário. Ora, este não ocorre quando um juiz dá a uma prova uma interpretação aceitável e ponderada. Pode não ser a melhor tese ou não estar de acordo com a turma julgadora da revisão, mas daí a aceitar a ação rescisória somente para que prevaleça peculiar interpretação é desvirtuar a natureza do instituto.

10. Hipótese excepcional: o acolhimento de pretensão revisional, na esfera criminal, há de ser excepcional, pois o que se pretende é alterar a coisa julgada. Assim, eventual contradição ao texto da lei e à evidência dos autos deve exsurgir cristalina nos autos, sem a necessidade de interpretação duvidosa ou análise puramente subjetiva das provas" (*In* Código de Processo Penal Comentado. Revista e atualizada, 9ª ed. RT - 2009, p. 1006/1007).

MANZINI, a propósito, já observava que a finalidade da revisão criminal não é a de corrigir o erro judiciário em todo o seu gênero, porque, de não ser assim, estar-se-ia negando o papel da coisa julgada. O escopo da revisão é o de corrigir alguns erros judiciários e não para corrigir suposta precariedade de prova.

A esse respeito, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL. ART. 621, I, DO CPP. CONDENAÇÃO CONTRÁRIA À EVIDÊNCIA DOS AUTOS. NÃO-CONFIGURAÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. *1. Para que reste caracterizada a hipótese de condenação contrária à evidência dos autos, há de exsurgir da decisão combatida a total ausência de qualquer elemento probatório capaz de sustentar a condenação. Não se pode confundir revisão criminal, que tem requisitos específicos para o seu ajuizamento, com novo recurso de apelação.* [...]." (REsp 1022546/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 18/05/2009).

Por fim, as penas foram bem dosadas pelos critérios subjetivos do

Julgador, dentro da discricionariedade que lhe confere a lei, não sendo lícito, nesta sede, reavaliar esses critérios e alterar as sanções, lembrado que a revisão criminal não é medida adequada para essa finalidade. Da mesma forma o regime prisional.

Ante o exposto, afastada a preliminar, **julgo improcedente** a revisão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 0177540-84.2013.8.26.0000, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é peticionário MAURÍCIO DOS SANTOS ALVES.

ACORDAM, em 6º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram e deferiram a presente revisão criminal, para absolver Maurício dos Santos Alves, da imputação que lhe fora feita, com fundamento no disposto no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal. Expeça-se, alvará de soltura, se por al não estiver preso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.278)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SALLES ABREU (Presidente), AMABLE LOPEZ SOTO, VICO MAÑAS, JOÃO MORENGHI, GUILHERME G. STRENGER, MARIA TEREZA DO AMARAL, XAVIER DE SOUZA e IVANA DAVID.

São Paulo, 30 de setembro de 2015.

PAULO ROSSI, Relator

Ementa: REVISÃO CRIMINAL – ROUBO IMPRÓPRIO - NULIDADE – ALEGAÇÃO DE PRECLUSÃO *PRO JUDICATO* – ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE CORRELAÇÃO ENTRE OS FATOS NARRADOS NA DENÚNCIA E A CONDENAÇÃO. PROCEDÊNCIA. HIPÓTESE DE *MUTATIO LIBELLI*. INOBSERVÂNCIA DAS DISPOSIÇÕES CONTIDAS NO ART. 384 DO CPP. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO, AMPLA DEFESA E DEVIDO PROCESSO LEGAL. ABSOLVIÇÃO. PRECEDENTES. REVISÃO CONHECIDA E PROVIDA

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

1 - Trata-se Revisão Criminal interposta por Maurício dos Santos Alves, o qual foi condenado a pena de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto e ao pagamento de 13 (treze), como incurso no artigo 157, §§ 1º e 2º, inciso II, ambos do Código Penal (fls.151/162 – autos principais).

A sentença penal condenatória foi confirmada pela 14ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, que: "negaram provimento ao recurso" (fls.204/210 autos principais).

O acórdão transitou em julgado para o Ministério Público aos 20 de outubro de 2009 e para a defesa aos 23 de fevereiro de 2010 (fls.212 e 214v – autos principais).

Na presente ação de revisão criminal, requer nulidade da r. sentença condenatória, sob o argumento de que teria ocorrido a preclusão *pro judicato* e, em consequência, ofendido estaria princípio do devido processo legal (fls.11/24).

Requisitados e apensados os autos da ação penal.

A d. Procuradoria de Justiça opinou pela improcedência da revisão criminal (fls.26/28).

É o relatório.

2 - Conforme o Código de Processo Penal disciplina as hipóteses de cabimento da Revisão Criminal da seguinte forma:

"Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida:

I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;

II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;

III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena."

Não obstante o art. 621, do CPP, dispor de hipóteses de cabimento bastante restritivas, é certo que a jurisprudência já se posicionou favorável à possibilidade de conhecimento da revisional, quando se observa que a decisão condenatória se funda em erro técnico ou injustiça evidente.

"*Impõe-se o conhecimento do pedido revisional fundado no artigo 621, incisos I e III, do Código de Processo Penal, se a alegação é de julgamento contrário a texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos, assim como de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena*." (TJMS. Revisão Criminal 2010.010310-1. Rel. Juiz Manoel Mendes Carli. Seção

Acesso ao Sumário

Criminal. j. 21/07/2010. DJ 26/07/2010).

Vê-se, portanto, que o reexame probatório é perfeitamente compatível com a Revisão Criminal, mormente quando se trata da hipótese prevista no art. 621, do CPP.

Conforme se depreende dos autos, o peticionário, agindo em concurso com indivíduo não identificado, subtraiu 30 metros de cobre, pertencente à empresa "Novata Engenharia" e para assegurar a impunidade do crime e a detenção do objeto subtraído, empregou violência física contra o segurança do local.

A materialidade está demonstrada pelo boletim de ocorrência (fls.09/11), auto de avaliação fls.12), auto de exibição e apreensão (fls.13) laudo de corpo de delito da vítima (fls.58).

Interrogado em Juízo, o peticionário esclareceu que estava sozinho recolhia sucata no dia dos fatos, quando viu os fios de cobre embaixo de um viaduto. Passou a recolhê-lo quando foi abordado por um vigia, que disse que os fios lhes pertenciam. O vigia se armou com um pedaço de pau e investiu contra sua pessoa, ocasião em que acabou caindo do viaduto, de uma altura de sete metros.

A vítima EDMN, disse que dois indivíduos foram até o depósito da empresa. Inicialmente, viu uma pessoa só, eu havia ingressado num barraco e subtraiu um rolo de fio. Em seguida, notou outro indivíduo embaixo do viaduto, que também enrolava fios de cobre. Discutiu e pediu que não fizesse isso, e em certo momento se aproximou para pegar os fios. O segundo indivíduo resistiu e lhe agrediu com um alicate, acertando sua mão. Segurou o cabo tentando evitar a subtração, mas acabou soltando, quando então o indivíduo caiu do viaduto e passou a correr, ocasião em que foi detido pela polícia, que já tinha sido acionada. O outro indivíduo, que aparentava ser um adolescente, conseguiu fugir. Não apanhou qualquer pedaço de pau e não investiu contra o segundo indivíduo. Reconheceu em juízo o individuo que lhe feriu como sendo o acusado (fs.67/78).

O policial militar José Natal de Andrade, disse que, estava em patrulhamento quando viu dois indivíduos "em vias de fato", mas não em luta corporal. Não se agrediam, mas mantinham contato corpo a corpo. Um deles disse que era vigia de uma empresa e que o outro estaria tentado subtrair fios. Notou que a vítima apresentava ferimentos leves ("ralado") no braço, mas não viu nada na mão. O acusado não apresentava qualquer ferimento (fls.79/83).

O policial militar Vitorino Antônio dos Santos, relatou que, um popular informou que dois indivíduos estariam brigando perto de um viaduto. No local viu um indivíduo jogando pedras em outro. A vítima disse que o acusado tentou subtrair fios, enquanto que o réu disse que estava recolhendo materiais. Notou que a vítima estava com um ferimento superficial na mão, mas não declinou

Acesso ao Sumário

especificamente a origem (fls.84/86).

Requer o peticionário a nulidade da r. sentença condenatória, sob o argumento de que teria ocorrido a preclusão *pro judicato* e, em consequência, ofendido estaria o princípio do devido processo legal.

Antes de analisar as razões do recurso, impõe-se fazer uma breve digressão dos fatos para melhor compreensão da questão.

Examinando os autos verifica-se que antes da sentença de mérito e após a oitiva das testemunhas o representante do Ministério Público entendeu que o crime em questão embora descrito de forma diversa na denúncia, tratava-se de furto, requerendo em preliminar nas suas alegações finais a suspensão do processo nos termos do artigo 89, § 1º, da Lei nº 9095/99, e alternativamente, sua condenação por furto simples (fls.94/95).

A defesa por sua vez, fase convocação para audiência de suspensão condicional do processo aceitou a suspensão e o MM. Juiz da 5ª Vara Criminal, por decisão de fls.115:

"Houve pedido de desclassificação para o crime de furto de pequeno valor (...)" e a fls.116, consta a homologação no Termo de aceitação e Advertência.

Posteriormente, revogado o benefício, foi o peticionário, surpreendido com a condenação e confirmada por v. acórdão pelo crime de roubo.

Em que pese os argumentos das decisões, entendo que o peticionário foi condenado, por crime pelo qual não estava mais denunciado, pois pelas decisões de fls.115 e 116, o pedido de desclassificação para furto foi aceito, o que leva a afastar a violência e a grave ameaça, que não mais passa a fazer parte do tipo (furto) e nesse sentido estavam cientes as partes.

Houve nova definição jurídica do fato, isto é, a condenação pelo reconhecimento da consumação do roubo impróprio, embora a douta Promotora de Justiça tivesse entendido tratar-se de furto em concurso de agentes, havendo, portanto, a necessidade de se aplicar o disposto no artigo 384, do Código de Processo Penal, posto ter sido dado ao fato imputado a incorreta definição jurídica.

Acesso ao Sumário

Não desconheço que pelo artigo 383 , do Código de Processo Penal o Juiz sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderia atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda, que tenha de aplicar pena mais grave, mas essa interpretação não serve para o caso presente, pois a descrição dos fatos constantes na denúncia não eram mais aquelas de fls. 02/03 dos autos principais, e sim aquelas de fls.115/116.

Deveria o MM. Juiz sentenciante ter aplicado o disposto no artigo 384, parágrafo único do Código de Processo Penal, já que considerou uma nova circunstância elementar – **roubo consumado impróprio** – não contida explícita ou implicitamente na denúncia, que importaria (e **importou**) na aplicação de

pena mais grave, baixar o processo, a fim de que o Ministério Público aditasse a denúncia, com a consequente abertura de vista à defesa. Houve, portanto, nova definição jurídica quanto ao fato – consumação de roubo – cuja nova circunstância difere daquela descrita quando da desclassificação para furto.

Outrossim, entendo que, na realidade houve como descrito pela defesa, a preclusão "pro judicato", pois no caso, estava o magistrado impedido de rever sua decisão, que homologou a desclassificação, e mesmo que assim, não fosse, teria que ocorrer o "*mutatio libelli*", como previsto no artigo 384, do Código do Processo Penal, que, também, não foi observado.

Trata-se, *in casu*, de nulidade absoluta:

"A inobservância da presunção do artigo 384, "caput", é causa de nulidade, antes de mais nada porque o princípio da correlação entre imputação e sentença representa uma das mais relevantes garantias do direito de defesa" (As Nulidades no Processo Penal – 3ª edição – Malheiros Editores, pág. 175).

In casu, a solução absolutória é a mais aconselhável.

Nesse sentido,

"Mutatio Libelli". Magistrado que condena o acusado por fato não descrito na denúncia, sem a observância das disposições constantes no art. 384 do CPP. Nulidade. Ocorrência. Falta de alegação da eiva em sede de recurso interposto. Absolvição. Necessidade: - Ocorre nulidade da sentença em que o Magistrado condena o acusado por fato não descrito na denúncia, sem a observância das disposições constantes no art. 384 do CPP, pois caracterizada a "mutatio libelli" e a inequívoca ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, sendo impossível, entretanto, o reconhecimento da eiva pelo tribunal, devendo o réu ser absolvido, consoante as disposições da Súmula nº 160 da STF." (Ap. nº 1.307.307/2- Rel. Devienne Ferraz – 4ª Câm. – v.u. – 21/05/2002).

Ainda:

"Mutatio Libelli". Condenação do réu, denunciado por receptação dolosa, na modalidade culposa, se a inicial não faz qualquer referência da § 3º do art. 180 do CP. Impossibilidade: - Impossível condenar o réu, denunciado por receptação dolosa, na modalidade culposa se na inicial não há qualquer referência a esta forma do crime, pois a figura prevista no "caput" do art. 180 do CP não admite a modalidade do § 3º do referido dispositivo, tratando-se, de nova imputação, impondo-se inclusive nova citação." (Ap. nº 1.284.853/1 – Rel. Samuel Júnior – 9ª Câm. – v.u. – 20/03/2002).

No mesmo diapasão:

"*Sentença. Condenação por crime culposo de réu denunciado por doloso, sem observância do art. 384 do CPP. Inadmissibilidade. Reconhecimento da nulidade pelo tribunal, quando não argüida pela acusação. Impossibilidade:*

Acesso ao Sumário

- A condenação por receptação culposa de réu denunciado pelo delito doloso, sem observância do art. 384 do CPP, vicia a sentença, pois os crimes divergem, tendo cada qual definição especial e contornos próprios, exigindo-se a descrição da culpa na denúncia para a tipificação do fato com todas as circunstâncias, por ser elemento normativo do tipo culposo, sendo certo que é impossível ao Tribunal reconhecer a nulidade quando não argüida pela acusação, devendo ser absolvido o acusado, nos termos das Súmulas nºs 160 e 453 do STF". (Ap. nº 1.251.341/6 – rel. Pereira da Silva – 5ª Câm. – v.u. – 11/04/2001).

Mais,

"Sentença. Condenação por crime diverso daquele descrito na denúncia, sem a aplicação do art. 384 do CPP. reconhecimento de nulidade não argüida pelo Ministério Público. Impossibilidade. Absolvição. Necessidade: - Deve, em sede de recurso, ser absolvido o réu na hipótese em que, na sentença, o Juiz entendendo não configurado crime de furto qualificado, determina condenação por receptação dolosa, sem, no entanto, aplicar o art. 384 do CPP, pois, a denúncia não descreveu a conduta do acusado em relação a esse crime, sendo certo que, se não houver argüição de nulidade por parte do Ministério Público, também não será caso de anular a sentença, já que sem a referida argüição, a decretação viria em prejuízo do réu e encontraria óbice na Súmula 160 do STF." (Ap. nº 1.269.469/1 – Rel. San Juan França – 14ª Câm. – v.u. 07/08/2001).

E, ainda:

"caso no Tribunal se reconheça, m apelação da defesa ou revisão, que a definição jurídica correta para o fato criminoso é diversa da imputação, por não ter havido o aditamento, a solução não é a decretação da nulidade da sentença, se não foi arguida pela defesa (Súmula 160 do STF), mas sim a absolvição" (MIRABETE, Julio Fabbrini, Código de Processo Penal Interpretado, 7ª. Ed. SP Atlas, 200, p.843).

REVISÃO CRIMINAL - DENÚNCIA - FURTO SIMPLES - CONDENAÇÃO PELO CRIME DE RECEPTAÇÃO - OFENSA AO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO - 'MUTATIO LIBELLI' - IMPOSSIBILIDADE - OFENSA AO ART. 384 DO CPP - NULIDADE DECRETADA DE OFÍCIO - ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE - SÚMULA 160 DO STF - 'A condenação por crime não descrito na denúncia configura constrangimento ilegal e, consequentemente, nulidade, no entanto, esta não deve ser pronunciada se não foi arguida pela defesa em grau de recurso exclusivo, devendo o réu ser absolvido.' PEDIDO REVISIONAL DEFERIDO. (Revisão Criminal 1.0000.09.504872-4/000, Rel. Des.(a) Márcia Milanez, 1º GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS, julgamento em 14/06/2010, publicação da sumula em 13/08/2010").

3 - Ante ao exposto, conhece-se e defere- se a presente revisão criminal, para absolver Mauricio dos Santos Alves, da imputação que lhe fora feita, com

Acesso ao Sumário

fundamento no disposto no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

Expeça-se, alvará de soltura, se por al não estiver preso.

Acesso ao Sumário

ÓRGÃO ESPECIAL

Ações Rescisórias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória nº 0079422-73.2013.8.26.0000, da Comarca de Registro, em que é recorrente MUNICÍPIO DE SETE BARRAS, é recorrido PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DE REGISTRO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "INDEFERIRAM A PETIÇÃO INICIAL E JULGARAM EXTINTO O PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.932)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (PRESIDENTE sem voto), ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI, LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SILVEIRA PAULILO, FRANÇA CARVALHO, NUEVO CAMPOS, EROS PICELI e GUERRIERI REZENDE.

São Paulo, 29 de julho de 2015.

XAVIER DE AQUINO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO RESCISÓRIA. Pretendida desconstituição de decisão que impôs ao Município-autor a cominação de multa diária por descumprimento de obrigação referente à manutenção de duas casas, com a finalidade de abrigar crianças e adolescentes no Município de Sete Barras. Petição inicial que narra inconformismo relacionado à decisão e sua confirmação por acórdão deste Tribunal de Justiça sem, entretanto, adequar o pedido a qualquer uma das hipóteses do artigo 485 do CPC. Narrativa dos fatos da qual, por sua vez, não decorre conclusão lógica.

Ação rescisória que não tem caráter infringente de julgado, sequer se presta a servir de recurso ordinário manejado como se houvesse terceiro grau de jurisdição. Inépcia verificada. Inteligência dos arts. 490, I c.c. artigo 295, parágrafo único, II, ambos do Código de Processo Civil. Processo extinto com base no art. 267, I, do citado codex.

VOTO

Cuida-se de ação rescisória de julgado proposta pelo Município de Sete Barras em face do Ministério Público do Estado de São Paulo.

Alega o autor que através dos autos nº 361/09, que tramitou perante a Vara da Infância e Juventude da Comarca de Registro e do acórdão proferido na apelação nº 0459984-98.2010.8.26.0000, transitou em julgado a decisão que impôs ao Município-autor a obrigação de: "*a)* destinar dois imóveis em condições satisfatórias para instalação de entidades de acolhimento, um para crianças, um para adolescentes, com o oferecimento regular das vagas necessárias (ao menos trinta vagas) com todos os recursos materiais e humanos essenciais para o devido funcionamento e atendimento dos acolhidos, com o necessário registro no Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente (CMDCA), na forma do artigo 90, parágrafo único, do ECA e *b)* organizar programa destinado àquelas crianças e adolescentes em regime de acolhimento institucional, que deverá ter cunho educativo e/ou profissionalizante, considerando que a entidade deverá se pautar na provisoriedade e excepcionalidade, utilizável como forma de transição para a colocação em família substituta (art. 101, parágrafo único, do ECA)."

Sustenta que ambas as obrigações de fazer deverão ser cumpridas em 60 (sessenta) dias, sob pena de multa diária de R$ 2.000,00 a reverter em benefício do Fundo Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente (ECA, art. 213, § 2º). Em razão da decisão, passada em julgado, originou-se a execução da multa, processo nº 304/2010, por 670 dias de não cumprimento da ordem, totalizando R$ 1.486.783,02, atualizado até 29/02/2012, tendo sido rejeitados os embargos à execução ofertados pelo Município-autor.

Acrescenta que as decisões de 1ª e 2ª instâncias proferidas merecem ser rescindidas porque não realizadas com o mesmo acerto que lhe são peculiares; em razão do julgamento antecipado da lide, o Município-autor não fez prova que traria aos autos a situação concreta, não sendo concebível que sem estudo específico para cada caso, a lei seja aplicada de forma genérica; aduz que a decisão monocrática do d. Juízo de Primeira Instância mostrou-se excessiva, pois, desde seu funcionamento o abrigo não recebe mais que 10 usuários,

Acesso ao Sumário

entre crianças e adolescentes; diz que, em sendo assim, o número de vagas determinadas no julgado rescindendo, de 60 vagas, vale dizer, 30 para cada abrigo não foi realizado com base técnica, sequer levou em consideração o porte e as condições financeiras do erário, penalizados com a condenação; o cumprimento da sentença é inviável e foge da realidade, causando desperdício do dinheiro público de cerca de 5/6 a mais do usual; o Município-autor é um dos menores do Estado de São Paulo, com orçamento financeiro limitado, sendo a determinação contida no venerando julgado rescindendo contrária às orientações técnicas que preveem, no máximo, 20 vagas por abrigo; bate-se pela excessividade da multa imposta no julgado e argumenta inoportuna a cobrança de tal multa, já que o atendimento aos usuários deu-se dentro das possibilidades do Município-autor; diz que recebido o recurso de apelação no efeito suspensivo, não poderia ter sido iniciada a execução, como foi. Funda seu pedido nos artigos 273 e 485 "e seguintes" do Código de Processo Civil e requer a antecipação da tutela jurisdicional para que seja determinada a suspensão da multa.

Processada sem liminar, citou-se o requerido que ofertou contestação (fls. 904/924), arguindo, em preliminar, inépcia da inicial.

Réplica do Município-autor às fls. 936/942, arguindo, em preliminar, intempestividade da contestada pelo Ministério Público.

Manifestação do douto representante do Ministério Público (fls. 949/952), reiterando a contestação ofertada.

Em apenso, impugnação ao valor dado à causa.

É o relatório.

Julga-se inepta a petição inicial, extinguindo-se o processo sem julgamento do mérito, com amparo no artigo 267, I do Código de Processo Civil.

Com efeito, o Município-autor ingressou com a presente ação rescisória "*com fulcro nos artigos 273 e 485 e seguintes*" pretendendo, além da antecipação da tutela jurisdicional para o fim de suspender a multa que lhe fora aplicada na decisão monocrática confirmada pelo venerando acórdão, ambos rescindendos, "*...b) seja julgada procedente a presente demanda nos termos requeridos, e como consequência julgada rescindidas as decisões monocrática e o V. Acórdão proferidos nos autos nº 361/09 na sua totalidade, e extinguindo-se a multa aplicada, ora em execução, e tornando definitiva a liminar eventualmente concedida.*"

Alegou, como amparo de sua pretensão final, que decisão nos autos nº 361/09 em trâmite perante a Vara da Infância e Juventude da Comarca de Registro, impôs ao Município-autor a obrigação de fazer consistente na destinação de dois imóveis, cada qual com 30 vagas a serem utilizadas no acolhimento de crianças e adolescentes, além da organização de programa de cunho educativo/profissional aos acolhidos, nos termos do ECA, condenando-o,

Acesso ao Sumário

ainda, ao pagamento de multa diária no valor de R$ 2.000,00 (dois mil reais) para o caso de descumprimento das obrigações impostas.

A r. decisão de primeiro foi confirmada em Segunda Instância através de acórdão da lavra do saudoso Desembargador Decano Barreto Fonseca datado de 17 de janeiro de 2011, assim ementado:

"***APELAÇÃO CÍVEL – Ação civil pública de preceito cominatório de obrigação de fazer – Descumprimento por parte da Municipalidade de suas obrigações legais consistentes na destinação de dois imóveis para a instalação de abrigos para crianças e adolescentes em situação irregular, bem como na organização de programa destinado aos menores durante acolhimento institucional, de cunho educativo e/ou profissionalizante de força provisória e como forma de colocação em família substituta – Liminar deferida em parte – Julgamento antecipado da lide, nos termos do artigo 330, incisos I, parte final, e II, do Código de Processo Civil – Pedidos acolhidos pela r. sentença, condenando a Municipalidade de Sete Barras à pena de multa diária no valor de dois mil reais, no caso de descumprimento – Preliminar de cerceamento de defesa refutada – Primazia dos interesses dos infantes – Exegese dos artigos 227, da Constituição Federal e 90, IV, do Estatuto da Criança e do Adolescente – Apelo e reexame necessário não providos.***"

Iniciada a execução da multa, por 670 dias de não cumprimento da ordem, totalizando R$ 1.486.783,02, atualizado até 29/02/2012 foram rejeitados os embargos à execução ofertados pelo Município-autor.

Pese o trabalho do subscritor da peça inicial, certo é que ela não atende aos requisitos do artigo 485 do Código de Processo Civil que elenca, ***numerus clausus***, as hipóteses do cabimento da ação rescisória, qual seja:

"***Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:***

I – se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;

II – proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente;

III – resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;

IV – ofender a coisa julgada;

V – violar literal disposição de lei;

VI – se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória;

VII – depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;

Acesso ao Sumário

VIII – houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença;

IX – fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa;

§ 1º Há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido.

§ 2º É indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato."

No caso presente, da narrativa da inicial não se pode concluir em qual dos incisos do artigo 485 estaria ele — o pedido do Autor — adequado, não se verificando a ocorrência de nenhuma das hipóteses autorizadoras da ação.

O que se percebe, da leitura da inicial é que pretende o Autor atribuir à ação rescisória caráter infringente de julgado, manifestando claramente inconformismo relacionado à decisão que determinou a obrigação de manter as casas-abrigo, ou ao fato de que não houve estudo técnico precedente à condenação, do que decorreu condenação à disponibilização de número de vagas excessivo em relação ao número de usuários da comarca; igualmente é claro seu inconformismo em relação ao valor-multa que lhe foi aplicado que, no seu entender, não levou em consideração as possibilidades financeiras do Município.

Ocorre que tais questões foram objeto de recursos apropriados, com resultado desfavorável ao Município-autor que, nem por isso, pode pretender valer-se da ação rescisória como instrumento de adequar as decisões com trânsito em julgado às suas pretensões, pois, consoante ensina Fredie Didier Jr. "*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*".[1]

E como já decidiu este Tribunal de Justiça, "*Assim, mostra-se inviável a presente rescisória, pois na verdade o que pretende o autor é o reexame da 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.*".[2]

Diante do exposto, com amparo no artigo 490, I, c.c. o artigo 295, parágrafo único, II, ambos do Código de Processo Civil, indefiro a petição inicial por inepta, declarando extinto o processo, sem julgamento do mérito, ao teor do artigo 267, I, do Código de Processo Civil.

Acesso ao Sumário

1 ***Curso de Direito Processual*. RJ: JusPodivm, 11ª ed., 2013, ps. 441/442**

2 **Ação Rescisória nº 2029435-34.2013.8.26.0000 – Rel. Marino Neto, j. em 06 de maio de 2015**

Ações Diretas de Inconstitucionalidade

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0188814-16.2011.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SEVERÍNIA e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SEVERÍNIA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "REFORMARAM O V. ACÓRDÃO E JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE, COM EFEITO 'EX NUNC'. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.677)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (PRESIDENTE), XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI, LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SILVEIRA PAULILO, FRANÇA CARVALHO, NUEVO CAMPOS e EROS PICELI.

São Paulo, 29 de julho de 2015.

GUERRIERI REZENDE, Relator

Ementa: "I – Ação Direta de Inconstitucionalidade, devolvida nos termos do artigo 543-B, § 3º, do CPC. Lei do Município de Severínia que dispõe sobre a criação de programa de auxílio ao desempregado, denominado 'Frentes de Trabalho'. Contratação temporária de servidores para prestação de serviços à Municipalidade.

II – A criação de cargos de provimento em comissão, destinados, muitos deles, a funções burocráticas ou técnicas de caráter permanente são incompatíveis com os princípios retores previstos no artigo 37 da Constituição Federal e no artigo 111 da Constituição Paulista e a possibilidade de contratação fere de morte o regime constitucional brasileiro. Não sendo caso de

Acesso ao Sumário

contratação em regime de urgência, imprescindível a realização de concurso público, conforme preceitua o inciso II do artigo 37 da Constituição Federal.

III – A criação de cargo em comissão em moldes artificiais e não condizentes com as praxes de nosso ordenamento jurídico e administrativo só pode ser encarada como inaceitável esvaziamento da exigência constitucional de concurso. Afronta aos artigos 5º, 111, 115, incisos I, II e V; 144, todos da Constituição Estadual.

IV – Acórdão reformado para julgar-se procedente a presente ação, declarando-se a inconstitucionalidade da Lei nº 1.730/2009, do Município de Severínia, com efeitos 'ex nunc'".

VOTO

1. Cuida-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo em face da Lei nº 1.730/2009 do Município de Severínia, a qual cria o programa de auxílio ao desempregado denominado "Frentes de Trabalho".

Aduz, em síntese, a inconstitucionalidade da Lei nº 1.730/2009, em razão da ausência de excepcional interesse público, violando o princípio do concurso público, nos termos dos arts. 111, 115, II e X e 144, da Constituição do Estado de São Paulo.

Ação julgada improcedente por acórdão desta Corte de Justiça em 19.09.2012 (fls. 57/78). Interposto recurso extraordinário às fls. 80/94. Reconhecida a existência de repercussão geral sobre o assunto (fls. 125/126), o recurso ficou sobrestado até o definitivo pronunciamento do Colendo Supremo Tribunal Federal, ocorrido em 09.04.2014, nos autos do RE 658.026.

Acesso ao Sumário

Entendendo ser aplicável o regime previsto no artigo 543-B do CPC, na hipótese de já ter sido reconhecida, sobre a matéria, a existência de repercussão geral aos recursos extraordinários interpostos de acórdãos publicados anteriormente a 3.5.2007, e cujos autos já tenham sido distribuídos naquela Corte, foram os autos devolvidos ao Órgão Julgador, para eventual adequação da fundamentação e/ou manutenção da decisão, tendo em vista o julgamento do mérito do Recurso Extraordinário nº 658.026, em 09.04.2014, pela Corte Suprema, que concluiu ser inconstitucional lei municipal que dispõe sobre as hipóteses de contratação temporária de servidores públicos.

2. A Lei nº 1.730, de 03 de fevereiro de 2009, dispõe:

"*Cria o Programa de Auxílio ao Desempregado, denominado Frentes de*

Trabalho, e dá outras providências".

Raphael Cazarine Filho, Prefeito do Município de Severínia, Estado de São Paulo, no uso de suas atribuições legais;

Faz saber, que a Câmara Municipal aprovou e ele sanciona e promulga a seguinte lei:

Art. 1º. – Fica criado o Programa de Auxílio ao Desempregado, denominado "Frentes de Trabalho", de caráter assistencial, que tem como objetivo dar ocupação, renda e qualificação profissional aos desempregados residentes no Município de Severínia.

Art. 2º. – O programa terá até 50 (cinquenta) vagas e proporcionará aos beneficiários:

I – a quantia mensal correspondente a um salário mínimo denominado "bolsa auxílio desemprego";

II – cursos de qualificação profissional.

§ 1º – Os cursos de qualificação profissional serão ministrados diretamente pelo Executivo Municipal ou por entidades educacionais, mediante convênio cuja celebração fica autorizada pela presente Lei.

§ 2º – Os benefícios dispostos no caput deste artigo serão concedidos pelo Poder Público Municipal pelo período de 03 (três) meses, prorrogáveis por até 03 (três) meses.

Art. 3º – O programa será coordenado pela Secretaria Municipal de Obras, Viação e Desenvolvimento Urbano e Secretaria Municipal da Promoção Social e da Habitação, as quais poderão ter como parceiros os sindicatos, sociedades amigos de bairro, organizações não governamentais e demais entidades dispostas a cooperar com o programa.

Art. 4º – Os beneficiários deverão ter os seguintes requisitos:

a) idade mínima de 18 (dezoito) anos;

b) tempo de desemprego igual ou superior a 3 (três) meses, desde que não aposentado, pensionista, beneficiário da previdência social, inclusive LOAS, seguro-desemprego ou qualquer outro programa assistencial equivalente;

c*) residência fixa no município há pelo menos 1 (um) ano.*

Parágrafo único – Não será admitido mais do que 1 (um) beneficiário por núcleo familiar.

Art. 5º – A participação do beneficiário no programa implicará na limpeza, conservação, manutenção e restauração:

I – de bens públicos da Administração direta, autarquia e fundacional;

II – de bens de entidades assistenciais, sem fins lucrativos;

III – de vias e logradouros públicos.

Acesso ao Sumário

Art. 6º – A participação efetiva no programa não implica em reconhecimento de vínculo empregatício, eis que de caráter assistencial de formação profissional.

Art. 7º – Fica o Executivo autorizado a contratar seguro de acidentes pessoais para os beneficiários participantes do Programa.

Art. 8º – As despesas decorrentes com a aplicação desta lei correrão por conta do Orçamento vigente, suplementado se necessário.

Art. 9º – Esta lei entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário, em especial a Lei nº. 1.419, de 05 de Fevereiro de 2002".

3. Respeitada decisão do Órgão Especial de improcedência da presente ação direta de inconstitucionalidade, curvo-me à orientação jurisprudencial operada pelo RE 658.026 pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal.

Firmou-se o entendimento de que prevalece a regra da obrigatoriedade do concurso público (artigo 37, inciso II, da Constituição Federal), cujas regras que restringem o cumprimento de tal dispositivo estão previstas na Carta Magna e devem ser aplicadas restritivamente.

Disso se infere que a lei municipal em questão é inconstitucional, porque não respeitou a Constituição Federal, de acordo com a decisão do RE 658.026 (fls. 130/173):

"(...) 3. O conteúdo jurídico do art. 37, inciso IX, da Constituição Federal pode ser resumido, ratificando-se, dessa forma, o entendimento da Corte Suprema de que, para que se considere válida a contratação temporária, é preciso que: a) os casos excepcionais estejam previstos em lei; b) o prazo de contratação seja predeterminado; c) a necessidade seja temporária; d) o interesse público seja excepcional; e) a necessidade de contratação seja indispensável, sendo vedada a contratação para os serviços ordinários permanentes do Estado, e que devam estar sob o espectro das contingências normais da Administração.

4. É inconstitucional a lei municipal em comento, eis que a norma não respeitou a Constituição Federal. A imposição constitucional da obrigatoriedade do concurso público é peremptória e tem como objetivo resguardar o cumprimento de princípios constitucionais, dentre eles, os da impessoalidade, da igualdade e da eficiência. Deve-se, como em outras hipóteses de reconhecimento da existência do vício da inconstitucionalidade, proceder à correção da norma, a fim de atender ao que dispõe a Constituição Federal. (...)"

Acesso ao Sumário

A Lei Municipal nº 1.730/2009, que criou o Programa de Auxílio ao Desempregado, contraria o determinado pelo artigo 115, II e X, da Constituição Estadual. A Constituição Federal exige concurso público para a contratação de servidores, conforme disposto no artigo 37, II, da CF. Esse mesmo artigo, em seu inciso IX, prevê a adoção de regime jurídico especial, que consiste na

contratação, por tempo determinado, para atender a "necessidade temporária de excepcional interesse público", exceção essa mencionada também na Constituição Bandeirante, em seu artigo 115, X.

Ocorre que, no caso em apreço, a lei combatida não menciona o prazo da contratação, nem a necessidade temporária da Administração, muito menos qual é a situação de excepcional interesse público que poderia justificar tais contratações temporárias. Dessa forma, não cumpre as regras determinadas pela Constituição Federal, devendo prevalecer a vedação constitucional para tais contratações.

Nesse sentido, já decidiu esta Corte de Justiça:

"*AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI MUNICIPAL Nº 744, DE 3 DE MAIO DE 2000, DO MUNICÍPIO DE IACANGA, QUE DISPÕE SOBRE SITUAÇÕES DE NECESSIDADE TEMPORÁRIA DE EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO QUE AUTORIZAM CONTRATAÇÃO DE PESSOAL POR TEMPO DETERMINADO – PREVISÃO GENÉRICA E PARA ATENDIMENTO DE NECESSIDADES PERMANENTES, CASOS EM QUE É EVIDENTE A NECESSIDADE DE CONCURSO PÚBLICO – EXCEPCIONALIDADE NÃO VERIFICADA – VIOLAÇÃO DO ART. 111 E DO ART. 115, INCISOS II E X, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO – AÇÃO PROCEDENTE*" (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0207638-23.2011.8.26.0000, Relator Des. Elliot Akel, j. 21.03.2012).

4. A contratação feita ao arrepio das normas constitucionais viola o princípio da acessibilidade aos cargos e empregos públicos, além dos princípios da legalidade, da isonomia e da impessoalidade.

A única exceção constitucional a não realização do concurso público está prevista no artigo 37, inciso IX, da Lei Fundamental, que prevê a contratação temporária em caso de excepcional interesse público, não abrangendo as funções de natureza técnica especializada, que não sejam vinculadas a necessidades transitórias.

O art. 37, IX, da Constituição Federal dispõe que "*a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público*". Assim, três são os requisitos obrigatórios para a utilização dessa exceção: excepcional interesse público, temporariedade da contratação e hipóteses expressamente previstas em lei.

Excepcional interesse público engloba os casos em que a demora na realização do serviço possa causar danos à coletividade, mas, também, quando não possa haver solução de continuidade de um determinado serviço.

A temporariedade da contratação significa que o contrato deve ter prazo certo, duração suficiente para tratar da necessidade momentânea. E mais, as datas do início e do término do acordo deverão constar do contrato.

Acesso ao Sumário

Celso Antônio bem define esta questão, dizendo que "*o contrato haverá de ser por prazo certo: o estritamente necessário à superação do problema transitório ou à realização do concurso para preenchimento do cargo ou emprego, quando disto se tratar. Por isso, em princípio, não poderá ser prorrogado ou renovado. Isto só se admitirá se incidentes ocorridos durante ou após o concurso impedirem o preenchimento da(s) vaga(s) quando da expiração do prazo contratual*".

A inexistência de limite ao administrador poderia ser motivo de fraude à exigência de concurso público, podendo as admissões temporárias tornar-se permanentes.

Não se tratando de contratação em regime de urgência, é imprescindível a realização de concurso público, conforme preceituam as Constituições Federal e Estadual. O fato de o Poder Legislativo estabelecer limites máximos não quer dizer que o Administrador poderá contratar sempre pelo período mais longo, devendo justificar a duração das contratações. Ademais, o limite para as contratações devem estar adequadas à necessidade transitória, observado que, segundo o princípio da motivação, o prazo deve ser muito bem justificado pela autoridade pública.

Alexandre de Moraes observa que "*haverá flagrante desvio constitucional dessa exceção se a contratação temporária tiver como finalidade o atendimento de necessidade permanente da Administração Pública*". ("*Constituição do Brasil Interpretada*", pág. 885).

Por fim, deve-se ater ao fato de que o administrador público precisa atender aos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade.

5. Com efeito, *in casu* cuidam-se de atividades de necessidade permanente, inviável a contratação de servidores comissionados, pois não se enquadra na exceção contida no artigo 37, inciso IX da Constituição da República, reproduzida pelo inciso V do artigo 115 da Constituição Bandeirante.

Manifesta a inconstitucionalidade por desvio de poder legislativo, porque possibilita ao Chefe do Poder Executivo, ao arrepio dos princípios constitucionais da acessibilidade, da isonomia e da impessoalidade, realizar acessão de agentes sem qualquer formalidade concursual. Dessarte, se o concurso nasceu para evitar esta burla e se foi criado exatamente porque a presunção era fortíssima quanto à acessão ilegal, não é possível afastar boa parte do pessoal administrativo do Município do provimento efetivo para funções permanentes.

6. Afinal, diante do vício de poder legislativo e sem necessidade de vasculhar a subjetividade dos agentes que assumiram a Prefeitura de Severínia, pelo critério da incompatibilidade objetiva, material, deve-se declarar a inconstitucionalidade da lei, no atinente à criação dos cargos de provimento em comissão mencionados, por violar todo o regime Constitucional de 1988

Acesso ao Sumário

e, em especial, os princípios da moralidade, da legalidade, da isonomia, da impessoalidade e da acessibilidade a cargos e empregos públicos.

7. "*A criação de cargo em comissão em moldes artificiais e não condizentes com as praxes de nosso ordenamento jurídico e administrativo, só pode ser encarada como inaceitável esvaziamento da exigência constitucional de concurso*" (MEIRELLES, Hely Lopes, Direito administrativo brasileiro, 18ª ed., São Paulo, p. 378).

Aliás, Márcio Cammarosano, em artigo intitulado CARGOS EM COMISSÃO – BREVES CONSIDERAÇÕES QUANTO AOS LIMITES À SUA CRIAÇÃO (endereço eletrônico constante do texto original – pesquisado em 18.06.08) ensina que:

"*... ofende a ordem jurídica em vigor criar cargos em comissão que não consubstanciem competências de direção, chefia e assessoramento, ainda que a denominação que lhes atribua seja própria de cargos daquela espécie, pois o que importa não é o rótulo, mas a substância de cada qual.*

Em outras palavras: denominar cargos públicos como sendo de diretor, chefia ou assessor não lhes atribui, por si só, a natureza que os permita ser de provimento em comissão. Faz-se necessário examinar as atribuições a serem exercidas por seus titulares, pois cargos públicos consubstanciam, como já assinalado, plexos de competências. Se estas não forem de direção, chefia ou assessoramento, haverá descompasso entre a denominação e as atribuições inerentes ao mesmo, entre o rótulo e a substância. Estar-se-á diante de expediente artificioso, mal disfarçada burla à exigência constitucional de concurso; de concurso público se, devessem, em rigor, ter sido criados como cargos isolados ou iniciais de determinada carreira; de concurso interno se devessem ter sido criados como de classe intermediária ou final de carreira".

8. A regra para a investidura em cargo ou emprego público é aprovação em concurso público, a nomeação de comissionados é permitida somente em casos excepcionais. Sobre o tema o Ministro Joaquim Barbosa ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.233/PB, assinalou em seu voto que: "*O Supremo Tribunal Federal tem interpretado essa norma como exigência de que a exceção à regra do provimento de cargos por concurso público só se justifica concretamente com a demonstração – e a devida regulamentação por lei – de que as atribuições de determinados cargos sejam bem atendidas por meio do provimento em comissão, no qual se exige relação de confiança entre a autoridade competente para efetuar a nomeação e o servidor nomeado (ADI 1.141, rel. min. Ellen Gracie, Pleno, DJ de 29.08.2003; ADI 2.427-MC, rel min. Nelson Jobim, Pleno, DJ de 08.08.2003). Esse entendimento já se consolidara sob a vigência da Constituição anterior (Rp 1.368, rel. min. Moreira Alves, Pleno, j. 21.05.1987; Rp 1.282, rel. min. Octavio Gallotti, Pleno, j. 12.12.1985)*"

Acesso ao Sumário

(DJ 14.9.2007).

Em tal sentido já decidiu o C. Órgão Especial:

"*(...) os cargos em comissão, embora sejam declarados em lei de livre nomeação (sem concurso público) e exoneração (art. 37, II), destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento (art. 37, V, da CF) e só admitem provimento em caráter provisório. Além disso, esta livre nomeação tem alcance limitado a situações excepcionais relativas aos cargos cuja natureza especial justifique a dispensa de concurso público, de modo a resguardar a própria probidade administrativa, no sentido de não transformar o poder público num* '*cabide de cargos eleitoreiros*', *ou seja, inserir as expensas do governo pessoas de exclusivo interesse do chefe do executivo em cargos que deveriam ser ocupados mediante concurso de provas e títulos, por se tratarem de funções que demandam alto conhecimento técnico ou profissional. Assim, é preciso ter muito cuidado para que a lei criadora de cargos em comissão não venha burlar o princípio constitucional contido no art. 37, I e II, da CF, igualmente esmiuçado no art. 115, I e II, da Constituição Estadual Paulista. Afinal,* '*a criação de cargo em comissão em moldes artificiais e não condizentes com as praxes de nosso ordenamento jurídico e administrativo, só pode ser encarada como inaceitável esvaziamento da exigência constitucional de concurso*' *(MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 18ª ed.: São Paulo, p. 378). Sem contar que, como bem ponderou a douta Procuradoria-Geral de Justiça:* '*é inescusável que a parte final do inciso II do art. 115 da Constituição do Estado de São Paulo, tem alcance circunscrito a situações em que o requisito da confiança seja predicado indispensável ao exercício do cargo. De fato, como se trata de uma exceção à regra do concurso público, a criação de cargos em comissão pressupõe o atendimento do interesse público e só se justifica para o exercício de funções de 'direção, chefia e assessoramento', em que seja necessário o estabelecimento de vínculo de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado. Fora desses parâmetros, é inconstitucional qualquer tentativa de criação de cargos dessa natureza*'. *No caso vertente, no entanto, nota-se claramente que a lei municipal, ora guerreada, não cuida de cargos que exigem relação de confiança e fidelidade às diretrizes traçadas pela autoridade nomeante, mas de cargos comuns, que exerceram funções estritamente técnicas e profissionais, típicas de cargo de provimento efetivo, mediante concurso público. De fato, certamente nenhuma das funções de Coordenador Pedagógico, Professor Estagiário, Assessor de Atividades Esportivas e Culturais e Chefe de Carpintaria e Serviços e Pedreiros se tratam de cargos que pressuponham um alto nível de confiança com o gestor da coisa pública para o cumprimento de suas diretrizes, a ponto de justificarem o seu exercício por pessoas em cargo em comissão*" (ADIN 139.276-0/8, Rel. Des. Canellas de Godoy).

Acesso ao Sumário

"*Ação direta de inconstitucionalidade – Lei Complementar nº 1.800, de 8 de março de 2005 – Criação de cargos de provimento em comissão, destinados, muitos deles, a funções burocráticas ou técnicas de caráter permanente – Inadmissibilidade – Dispositivo, ademais, que deixou de descrever as atribuições e responsabilidades de cada um dos cargos, impossibilitando a verificação de que foram criados exclusivamente para os casos constitucionalmente permitidos (direção, chefia e assessoramento) – Violação dos artigos 5º, § 1º, 111, 115, I e II e 144 da Constituição do Estado de São Paulo – Ação procedente.*" (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 152.958-0/6, Relator Des. Debatin Cardoso, j. 04.03.2009).

9. Por fim, tendo em vista o excepcional interesse social presente no caso, e a servir como parâmetro o julgamento da ADIn nº 0177331-18.2013.8.26.0000 – relatada pelo e. Des. Evaristo dos Santos –, mister a modulação de efeitos desta declaração, para que ela tenha eficácia 30 (trinta) dias a partir da intimação desta decisão, nos termos do permissivo legal contido no artigo 27 da Lei nº 9.868/99.

Do contrário, a prevalecer o entendimento de que os efeitos da decisão devem ser *ex tunc*, colhendo a lei desde o momento em que entrou em vigor, acabaria por obrigar os servidores a ressarcirem as vantagens patrimoniais por eles obtidas. E o ressarcimento seria possível somente no caso de má-fé do contratado em conluio com o agente público contratante dos serviços. Inexistindo a avença objetivando o próprio benefício em detrimento do interesse público, a condenação a restituir os valores recebidos pelos trabalhos prestados permitiria o enriquecimento sem causa da Administração Pública.

10. Com base nestes fundamentos, **reforma-se o acórdão de fls. 57/78, para julgar-se procedente a presente ação, declarando-se a inconstitucionalidade da Lei nº 1.730/2009, do Município de Severínia, com efeitos *ex nunc*.**

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2198107-68.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE CATANDUVA, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE CATANDUVA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO IMPROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.211)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ

RENATO NALINI (PRESIDENTE), PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI, LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SILVEIRA PAULILO, FRANÇA CARVALHO, NUEVO CAMPOS, EROS PICELI, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS e MOACIR PERES.

São Paulo, 29 de julho de 2015.

FERREIRA RODRIGUES, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei Complementar nº 710, de 29 de outubro de 2014, do município de Catanduva, que altera "a tabela VIII, do Anexo II, da Lei Complementar nº 98, de 23 de dezembro de 1998", reduzindo o valor da taxa de coleta de lixo. Alegação de vício de iniciativa. Não reconhecimento. Competência concorrente para iniciativa de leis que versem sobre matéria tributária, inclusive para redução de tributos ou concessão de isenção fiscal; e ainda que a lei cause eventual repercussão em matéria orçamentária. Precedentes deste C. Órgão Especial e do C. Supremo Tribunal Federal. Art. 61, § 1º, II alínea "b" da Constituição Federal que tem aplicação restrita ao processo legislativo no âmbito dos territórios federais. Ação julgada improcedente.

VOTO

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pelo *PREFEITO DO MUNICÍPIO DE CATANDUVA*, com pedido de liminar, tendo por objeto a Lei Complementar nº 710, de 29 de outubro de 2014, que altera "*a tabela VIII, do Anexo II, da Lei Complementar nº 98, de 23 de dezembro de 1998*", reduzindo o valor da taxa de coleta de lixo. O autor alega a existência de vício de iniciativa, ofensa ao princípio da separação dos poderes e a falta de indicação dos recursos disponíveis próprios para suportar aos novos encargos.

O pedido de liminar foi indeferido, conforme decisão de fls. 22/23, confirmada por este C. Órgão Especial em sede de Agravo Regimental (fls. 114/118).

O Presidente da Câmara Municipal de Catanduva prestou informações a

Acesso ao Sumário

fls. 29/32.

O Procurador Geral do Estado foi citado (fls. 80/81) e apresentou manifestação a fls. 83/85, alegando que os dispositivos da lei impugnada versam sobre matéria exclusivamente local, motivo por que não tem interesse na causa.

A douta Procuradoria de Justiça, com as considerações de fls. 127/135, opinou pela improcedência da ação.

É o relatório.

Em matéria tributária, quando se trata de criação e aumento de tributos, a competência legislativa é concorrente, podendo partir tanto de membros do Legislativo, como do Chefe do Executivo (ou até de iniciativa popular), porque nem a Constituição Federal (art. 61) e nem a Constituição Estadual (art. 24) estabelecem a exclusividade quanto à iniciativa de leis dessa natureza.

Sob esse aspecto, a questão não gera nenhuma controvérsia; mas, quando se trata de lei que concede benefícios fiscais e que reduz receita – esse o caso destes autos – surge a necessidade de discussão mais aprofundada a respeito da natureza, efeitos e alcance da respectiva norma, o que pode gerar alguma divergência jurisprudencial.

Enquanto para alguns esse tipo de norma – por restringir a receita prevista em lei orçamentária – só poderia se originar de projeto de lei de iniciativa do Executivo, nos termos do art. 174 da Constituição Paulista, para outros, todavia, o entendimento é que, na verdade, não se está legislando sobre matéria orçamentária, ainda que por via reflexa, o que afasta a alegação de que a competência seria privativa do Executivo.

Dentre essas duas correntes – ou seja, aquela que entende que a competência é privativa do Chefe do Poder Executivo e aquela que se posiciona pela competência comum ou concorrente – sem embargo dos elevados entendimentos em contrário, é mais razoável que se adote essa última posição porque "*a iniciativa reservada, por constituir matéria de direito estrito, não se presume e nem comporta interpretação ampliativa, na medida em que, por implicar limitação ao poder de instauração do processo legislativo, deve necessariamente derivar de norma constitucional explícita e inequívoca*" (STF – ADI 724-MC/RS, Rel. Min. Celso de Melo, Plenário, DJ de 27/04/2001).

Ou seja, o posicionamento ora acolhido, para reconhecer a constitucionalidade da lei impugnada, está alinhado à orientação consolidada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, que, no exercício de seu papel de guardião da Constituição da República, tem decidido, de forma reiterada, ser concorrente a iniciativa para elaboração de leis que versem sobre matéria tributária, inclusive para concessão de isenção fiscal; e ainda que a lei cause eventual repercussão em matéria orçamentária.

Nesse sentido:

Acesso ao Sumário

"*NORMAS SOBRE DIREITO TRIBUTÁRIO. INICIATIVA CONCORRENTE ENTRE O CHEFE DO PODER EXECUTIVO E OS MEMBROS DO LEGISLATIVO. POSSIBILIDADE DE LEI QUE VERSE SOBRE O TEMA REPERCUTIR NO ORÇAMENTO DO ENTE FEDERADO. IRRELEVÂNCIA PARA FINS DE DEFINIÇÃO DOS LEGITIMADOS PARA A INSTAURAÇÃO DO PROCESSO LEGISLATIVO. AGRAVO IMPROVIDO. I – A iniciativa de leis que versem sobre matéria tributária é concorrente entre o chefe do poder executivo e os membros do legislativo. II – 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. III – Agravo Regimental improvido*" (RE 590.697-ED, Primeira Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Dje de 06.09.2011).

"*AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MATÉRIA TRIBUTÁRIA. INICIATIVA LEGISLATIVA. 1. A Constituição de 1988 admite a iniciativa parlamentar na instauração do processo legislativo em matéria tributária. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.*" (RE 362.573-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Eros Grau, Dje de 17.08.2007).

EMENTA: ADI – LEI Nº 7.999/85, DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, COM A REDAÇÃO QUE LHE DEU A LEI Nº 9.535/92 – BENEFÍCIO TRIBUTÁRIO – MATÉRIA DE INICIATIVA COMUM OU CONCORRENTE – REPERCUSSÃO NO ORÇAMENTO ESTADUAL – ALEGADA USURPAÇÃO DA CLÁUSULA DE INICIATIVA RESERVADA AO CHEFE DO PODER EXECUTIVO – AUSÊNCIA DE PLAUSIBILIDADE JURÍDICA – MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA. – A Constituição de 1988 admite a iniciativa parlamentar na instauração do processo legislativo em tema de direito tributário. – A iniciativa reservada, por constituir matéria de direito estrito, não se presume e nem comporta interpretação ampliativa, na medida em que – por implicar limitação ao poder de instauração do processo legislativo – deve necessariamente derivar de norma constitucional explícita e inequívoca. – <u>O ato de legislar sobre direito tributário, ainda que para conceder benefícios jurídicos de ordem fiscal, não se equipara – especialmente para os fins de instauração do respectivo processo legislativo – ao ato de legislar sobre o orçamento do Estado</u>" (ADI 724 MC/RS – Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade. Rel. Min. Celso de Mello, j. 07/05/1992).

E este C. Órgão Especial também tem seguido essa mesma orientação:

"*Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Municipal de Sorocaba, de iniciativa parlamentar, dispondo sobre a alteração da base de*

Acesso ao Sumário

cálculo para o efeito de cobrança da taxa de lixo naquele município. Inexistência de afronta a qualquer artigo ou princípio da Constituição Estadual. Orientação do Supremo Tribunal Federal. Precedentes deste Colendo Órgão Especial. Ação improcedente" (ADIN nº 0276313-04.2012.8.26.0000, Rel. Des. Ruy Coppola, j. 28/08/2013).

"*Lei nº 2.040, de 1º de dezembro de 2009, do Município de Itapecerica da Serra, que altera os incisos II e III da Lei Municipal nº 639, de 19 de dezembro de 1990, que institui o Código Tributário do Município de Itapecerica da Serra. Arguição de inconstitucionalidade. Redução de alíquotas da taxa de funcionamento. Iniciativa parlamentar. Rejeição de veto e promulgação pelo Presidente da Câmara Municipal. Competência comum e concorrente (art. 61 da CF e art. 24 da CE). Inexistência de aumento de despesas. Preservação da independência e harmonia dos Poderes. Constitucionalidade reconhecida. Ação improcedente. Liminar cassada*" (ADIN 0282214-84.2011, Rel. Des. Luiz Pantaleão, j. 03/10/2012).

"*Ação direta de inconstitucionalidade – Lei do Município de Bauru, de iniciativa da Câmara dos Vereadores (Lei nº 5.326/05) – Art. 19 que instituiu desconto de IPTU para contribuintes que* '*adotarem*' *praças e canteiros da cidade – Ausência de violação à Constituição Estadual e à separação de Poderes – Prevalência da regra geral da iniciativa concorrente – Tanto o Legislativo quanto o Executivo são competentes para legislar sobre matéria tributária – Precedentes do Col. STF – Ação julgada improcedente*" (ADIN 0219772-82.2011.8.26.0000, Rel. Des. Enio Zuliani, j. 15/02/2012).

"*Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Complementar nº 106, de 14 de fevereiro de 2011, do Município de Santa Bárbara D'Oeste. Norma que* '*dá nova redação ao § 3º, do artigo 35, da Lei Complementar nº 54/09, corrigindo uma falha atualmente existente na legislação, em relação aos detentores de partes ideais de imóveis quanto à isenção do IPTU*'. *Projeto de lei de autoria de Vereador. Alegação de vício de iniciativa e violação ao princípio da separação dos Poderes. Não ocorrência. Lei que concede benefício fiscal de natureza tributária. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e deste Órgão Especial no sentido de que, em matéria tributária, a competência legislativa é concorrente. Improcedência da ação*" (ADIN 0153001-25.2011.8.26.0000, Rel. Des. Kioitsi Chicuta, j. 22/08/2012).

Ademais, como foi bem sustentado pela douta Procuradoria de Justiça, "*eventual perda de receita decorrente da redução do tributo não equivale à criação de nova despesa ou de atividade não contemplada na lei orçamentária. A lei de iniciativa parlamentar apenas criou, nos limites de sua competência legislativa concorrente, nova tabela para cálculo do tributo, sendo irrelevante*

Acesso ao Sumário

que a sua aplicação possa repercutir no orçamento do município. O serviço público de coleta de lixo não foi alterado, razão pela qual não se pode cogitar de eventual ofensa à saúde pública. Por fim, embora o ato normativo impugnado possa trazer algum reflexo na programação orçamentária, não diz respeito a plano plurianual, às diretrizes orçamentárias e a orçamentos anuais, matérias de reserva legislativa do Executivo (artigo 165 da CF e art. 174 da CE)" (fl. 135).

Ante o exposto, pelo meu voto, julga-se improcedente a ação, nos termos do Acórdão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2044513-97.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE RIBEIRÃO PRETO, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE RIBEIRÃO PRETO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO IMPROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36975)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (PRESIDENTE), LUIZ ANTONIO DE GODOY, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SILVEIRA PAULILO, FRANÇA CARVALHO, NUEVO CAMPOS, EROS PICELI, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI, LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO e ANTONIO CARLOS VILLEN.

São Paulo, 29 de julho de 2015.

ADEMIR BENEDITO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 13.001, de 26 de junho de 2013, do Município de Ribeirão Preto – Legislação, de iniciativa parlamentar, que dispõe sobre a publicidade pela COHAB-RP, Companhia Habitacional Regional de Ribeirão Preto, de relação

de unidades habitacionais retomadas de seus mutuários – Vício – Inocorrência – Diploma que não padece de vício de iniciativa – Matéria não reservada ao Chefe do Poder Executivo – Interpretação do art. 24, § 2º, da Constituição Estadual, aplicável aos Municípios, por força do disposto no art. 144 da mesma Constituição – Transparência administrativa, consistente na transparência da execução de atividade do Poder Executivo relacionada à implementação do direito social à moradia – Lei não cria novos encargos geradores de despesas imprevistas, vez que a publicidade oficial e a propaganda governamental constam como dever primitivo na Constituição de 1988 – Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.

VOTO

Trata-se de Ação ajuizada pelo PREFEITO DO MUNICÍPIO DE RIBEIRÃO PRETO, pelo qual se pretende a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 13.001, de 26 de junho de 2013, do Município de Ribeirão Preto, que "DISPÕE SOBRE A PUBLICIDADE PELA COHAB-RP – COMPANHIA HABITACIONAL REGIONAL DE RIBEIRÃO PRETO, DE RELAÇÃO DE UNIDADES HABITACIONAIS RETOMADAS, CONFORME ESPECIFICA E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS".

Em síntese, sustenta que a referida lei usurpa atribuições pertinentes a atividades próprias do Poder Executivo. Diz que a ingerência da Câmara Municipal na esfera de competência exclusiva do chefe do Executivo resulta em transgressão ao princípio da independência e harmonia entre os poderes, consagrado no art. 5º da Carta Paulista. Alega que a Lei Municipal nº 13.001/2013 cria encargos ao Poder Executivo, uma vez que não indica quem deverá enfrentar os custos com a publicação no Diário Oficial do Município. Invoca os artigos 5º, 25, 37, 47, inciso II, 111 e 144, todos da Constituição do Estado de São Paulo.

Por estas razões, pede a declaração de Inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 13.001, de 26 de junho de 2013.

Ausente pedido liminar.

O D. Procurador Geral do Estado entendeu pela ausência de interesse em manifestar-se *in casu* (fls. 39/41).

O Presidente da Câmara Municipal prestou as informações requeridas (fls. 47/49).

A D. Procuradoria de Justiça, no parecer de fls. 52/82, opinou pela

Acesso ao Sumário

improcedência da presente ação de inconstitucionalidade.

É o relatório.

No caso, a Lei Municipal nº 13.001, de 26 de junho de 2013, do Município de Ribeirão Preto, assim dispõe:

"**Artigo 1º – Pela presente lei torna-se obrigatória a publicação, pela COHAB-RP – Companhia Habitacional Regional de Ribeirão Preto, de relação de todas as unidades habitacionais retomadas de seus mutuários.**

§ 1º – A publicação de que trata o 'caput' do presente artigo, dar-se-á trimestralmente, seja pela publicação no Diário Oficial do Município, ou ainda por ofício emanado da Companhia para a Presidência da Câmara Municipal de Ribeirão Preto, até o 5º (quinto) dia útil do trimestre vencido.

§ 2º – Deverá constar da referida relação todas as unidades retomadas pela COHAB-RP independente do motivo pelo qual o imóvel foi retomado.

§ 3º – Na informação prestada pela Companhia deverá constar o local da unidade, endereço, número de contrato, e motivação da retomada, evitando-se, a divulgação do nome do ex-mutuário para a preservação do sigilo pessoal.

Artigo 2º – O Poder Executivo Municipal poderá editar decreto regulamentar para a presente lei.

Artigo 3º – Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.".

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 improcedente. Explica-se.

Inicialmente, importante consignar que a matéria tratada na lei ora impugnada não é de iniciativa reservada ao Chefe do Poder Executivo.

Tal assertiva encontra amparo no artigo 24, § 2º, nºs 1 a 6, da Constituição do Estado de São Paulo, plenamente aplicável aos Municípios por força do disposto no artigo 144 da mesma Constituição.

Acesso ao Sumário

O referido dispositivo legal tem o seguinte teor:

"*Artigo 24 – A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou comissão da Assembleia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Tribunal de Justiça, ao Procurador-Geral de Justiça e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.*

(...)

§ 2º – Compete, exclusivamente, ao Governador do Estado a iniciativa das leis que disponham sobre:

1 – criação e extinção de cargos, funções ou empregos públicos

na administração direta e autárquica, bem como a fixação da respectiva remuneração;

2 – criação e extinção das Secretarias de Estado e órgãos da administração pública, observado o disposto no artigo 47, XIX;

3 – organização da Procuradoria Geral do Estado e da Defensoria Pública do Estado, observadas as normas gerais da União;

4 – servidores públicos do Estado, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria; (NR)

5 – militares, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para inatividade, bem como fixação ou alteração do efetivo da Polícia Militar;

6 – criação, alteração ou supressão de cartórios notariais e de registros públicos".

Como pode se observar a matéria tratada na Lei nº 13.001/2013, do Município de Ribeirão Preto, não foi citada em nenhuma das hipóteses supra. Portanto, não se insere dentre aquelas reservadas exclusivamente à iniciativa do Chefe do Poder Executivo.

Observe-se, ainda, que a lei local versou sobre tema de interesse geral da Câmara Municipal e da população, consistente na transparência da execução de atividade do Poder Executivo relacionada à implementação do direito social à moradia.

Aliás, como bem consignou a Câmara Municipal "*é necessário que se informe à Câmara Municipal e a população de todas as unidades habitacionais retomadas pela COHAB/RP, para que a Câmara Municipal fiscalize o destino de referidos imóveis, que deverão ser sorteados e não distribuídos segundo critérios subjetivos da COHAB/RP*" (fls. 49).

Portanto, o objetivo da lei impugnada se insere no âmbito do princípio da publicidade administrativa, um dos princípios básicos da Administração Pública, prevista no artigo 111 da Constituição Estadual.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu que:

"**Lei disciplinadora de atos de publicidade do Estado, que independem de reserva de iniciativa do Chefe do Poder Executivo estadual, visto que não versam sobre criação, estruturação e atribuições dos órgãos da Administração Pública. Não-incidência de vedação constitucional (CF, artigo 61, § 1º, II, e)" (ADI 2472 MC/RS, Tribunal Pleno, Relator Ministro Maurício Corrêa, 12/03/2002, V.U., DJ 03/05/2002, p 13)**".

Acesso ao Sumário

No mesmo sentido já decidiu este Colendo Órgão Especial:

"**I – Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei nº 8.058, de 03 de setembro de 2013, do Município de Jundiaí, que prevê a publicação, no**

respectivo portal da transparência, de dados relativos às unidades escolares municipais.

II – Diploma que não padece de vício de iniciativa. Matéria não reservada ao Chefe do Poder Executivo. Exegese do art. 24, § 2º, da Constituição Estadual, aplicável aos Municípios por força do disposto no art. 144 da mesma Carta. Admissível a iniciativa legislativa em matéria de transparência administrativa, consistente na obrigação de publicidade de dados de serviços públicos. A norma local versou sobre tema de interesse geral da população.

III – A lei não cria novos encargos geradores de despesas imprevistas, já que a publicidade oficial e a propaganda governamental são existentes. A divulgação oficial de informações é dever primitivo na Constituição de 1988.

IV – Ação improcedente, cassada a liminar" (ADIN nº 2017230-36.2014.8.26.0000, Relator Des. Guerrieri Rezende, v.u., 14.05.2014).

Por outro lado, também não é possível acolher o pleito com fundamento no art. 25 da Constituição do Estado de São Paulo.

Isto porque, afirmar que a lei gerará aumento de despesa sem que haja recursos disponíveis é pautar o exame da constitucionalidade da norma em aspecto factual (existência ou não dos recursos e efetivo aumento de despesas), cuja análise extrapola o limite do controle abstrato de normas.

Aliás, como bem anotado no parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça:

"*o debate acerca do assunto é impróprio nesta via porque implica o exame de matéria de fato e de prova por não emergir diretamente da lei impugnada a ocorrência de dispêndio público. Decerto a publicidade que se autorizou, relegando a escolha de sua forma a critério do Poder Executivo, não implica novidade de tamanha expressão no orçamento municipal que não possa ser resolvido pela programação orçamentária vigente. Ora, a lei não cria novos encargos geradores de despesas imprevistas, já que a publicidade oficial e a propaganda governamental são existentes, não sendo agravadas, pois, a divulgação oficial de informações é dever primitivo na Constituição de 1988 (art. 37, caput e § 1º), especialmente para informação acerca das condições da prestação de serviço público*" (fls. 56).

Assim, com base em tais fundamentos, não tendo a Lei Municipal nº 13.001/2013, do Município de Ribeirão Preto afrontado a Constituição Estadual, julga-se improcedente a ação.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2007922-39.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE VALPARAÍSO e PREFEITO MUNICIPAL DE VALPARAÍSO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.638)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (PRESIDENTE), MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, VICO MAÑAS, EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS e FERREIRA RODRIGUES.

São Paulo, 12 de agosto de 2015.

PÉRICLES PIZA, Relator

Ementa: DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Leis Complementares do Município de Valparaíso que estabelecem e implantam a revisão anual dos subsídios dos agentes políticos titulares de mandato eletivo. Afronta aos artigos 111, 115, inc. XI e XV da Constituição Bandeirante. Agentes políticos que não encontram amparo constitucional para revisão anual geral de seus subsídios – Ação procedente.

Acesso ao Sumário

VOTO

I – Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, pretendendo, desde logo, a suspensão dos efeitos e, ao final, a declaração de inconstitucionalidade do ***(i)*** artigo 3º da Lei Complementar nº. 116, de 28 de junho de 2013; ***(ii)*** das expressões "Prefeito" e "Vice-Prefeito", presentes no artigo 1º, *caput*, da Lei Complementar nº. 134, de 11 de abril de 2014; e ***(iii)*** do artigo da Lei Complementar nº. 135, de 11 de abril de 2014, todas do Município de Valparaíso.

Seguindo a mesma linha de argumentação, a fim de evitar efeito repristinatório com a mesma carga de inconstitucionalidade, postula a exclusão do artigo 2º da Resolução nº. 4/12 da Câmara Municipal de Valparaíso.

O feito originalmente distribuído ao ilustre Des. Grava Brazil teve a concessão da liminar **deferida** (cf. despacho fl. 108).

Nos termos do artigo 68, parágrafo único, do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça, o feito foi redistribuído (cf. despacho de fl. 145) com redefinição do Magistrado (cf. termo de distribuição com conclusão fl. 147).

Este Relator ao tomar contato com o caderno processual determinou a conversão do julgamento em diligência a fim de tomar as informações do Procurador-Geral do Estado (cf. despacho fl. 148). Tal, regularmente citado, declarou faltar-lhe interesse na defesa do ato impugnado, vez que se trata de matéria exclusivamente local (fls. 156/158).

O alcaide de Valparaíso, ao defender a constitucionalidade do texto atacado, afirma, em essência, que "*o termo* '*reajuste*' *foi utilizado de forma inadequada, porém, comprovaremos que não há* '*reajuste*' *e sim* '*revisão anual*'" (cf. fls. 117/126).

A Câmara Municipal, trilhando a mesma fundamentação, assevera que "*não houve reajuste no subsídio, e sim, uma atualização, melhor dizendo, uma revisão no seu valor, limitado ao índice do IPCA do IBGE do ano anterior. Portanto, perfeitamente legal e constitucional*" (cf. fls. 128/133).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela procedência da ação (fls. 137/142) e, assim, vieram os autos conclusos para julgamento.

É a síntese do necessário.

II – A problemática em baila tem sua discussão voltada à constitucionalidade de revisão anual de remuneração a agentes políticos titulares de mandatos eletivos.

Isso porque o Município ao editar a Lei Complementar nº. 116, de 28 de junho de 2013, em seu artigo 3º, é claro ao apontar que: "*Os valores fixados acima serão reajustados anualmente, de acordo com o IPCA do IBGE do ano anterior ou outro índice que vier a substituí-lo, sempre na mesma data do reajuste aos servidores*".

Por sua vez a Lei Complementar nº. 134, de 11 de abril de 2014, em seu artigo 1º, *caput*, estabelece que: "*fica autorizado o Poder Executivo Municipal, a partir de 1º de abril de 2014, data base dos servidores públicos municipais, conceder revisão geral anual aos servidores da Administração Pública Direta e Indireta da Prefeitura Municipal de Valparaíso (...) Fica autorizada também a concessão de 5,91% relativa à recomposição salarial sobre os subsídios do Prefeito, Vice-Prefeito, Secretários Municipais e para o Superintendente do DAEV*" (doc. fl. 80).

Acesso ao Sumário

Bem como na edição da Lei Complementar nº. 135, de 11 de abril de 2014, em seu artigo 2º, ficou estampado que: "*Fica autorizada a concessão de 5,91% (cinco vírgula noventa e um por cento), relativa à variação do IPCA do IBGE do ano anterior, sobre os subsídios do Presidente da Câmara e dos Vereadores, fixados pela Resolução nº. 4 e 5/2012*" (doc. fl. 81).

Por fim, a Resolução nº. 04/2012, alterada posteriormente pela Resolução nº. 05/2012, visa "*fixar subsídios para a Legislatura 2013 a 2016*", vazado em seu artigo 2º que "*Os valores fixados nesta Resolução serão reajustados anualmente, de acordo com o IPCA do IBGE do ano anterior ou outro índice que vier a substituí-lo, sempre na mesma data do reajuste aos servidores*".

Pois bem.

Cumpre inicialmente trazer à colação a regra constitucional no que tange a remuneração dos detentores de cargos eletivos (dentre outros) vazada no artigo 39, § 4º, da Carta Maior:

"*A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes.*

(...)

§ 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***" (grifo nosso).

Sem maior exercício de imersão doutrinária a questão que se apresenta encontra expressa vedação no corpo da Constituição Federal (art. 37, XIII), com reprodução na Constituição Bandeirante, mais precisamente em seu artigo 115, inc. XI:

"*Para a organização da administração pública direta e indireta, as fundações instituídas ou mantidas por qualquer dos Poderes do Estado, é obrigatório o cumprimento das seguintes normas:*

(...)

é ***vedada a vinculação*** *ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público, observado o disposto na Constituição Federal*".

Até porque não se pode, a qualquer pretexto, condicionar os mesmo índices da revisão geral destinada aos servidos com vínculo definitivo, por uma simples razão, são agentes regidos por sistemas jurídicos diversos.

De mais a mais, como bem destacado pela d. Procuradoria Geral de

Acesso ao Sumário

Justiça, esta Corte Especial de Justiça tem posicionamento firme no sentido de que agentes políticos não têm respaldo constitucional a questionar revisão anual geral de seus subsídios **(conforme ADI nº. 2204439-51.2014, Relator Desembargador Antônio Carlos Malheiros, julgado em 28.02.2015, do qual participei como 3º juiz)**.

Cumpre destacar trecho da declaração de voto ofertada pelo ilustre Des. Antônio Carlos Villen, no julgamento da ADI retromencionada, a saber:

"*Ao preestabelecer os índices de reajuste que serão observados no futuro (os correspondentes INPC/IBGE), os atos normativos violaram reserva da iniciativa da Câmara para os anos subsequentes*" (idem).

Destaco por fim, a cristalina diferença entre o reajuste anual de subsídios – *com vista ao incide inflacionário* – a fim de concretizar legítima revisão anual e mero comando de reajuste dos subsídios *pari passu* com o percentual destinado ao funcionalismo em geral.

Ante o exposto, pelo meu voto, julgo procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade do artigo 3º da Lei Complementar nº. 116, de 28 de junho de 2013, das expressões "Prefeito" e "Vice Prefeito", presentes no artigo 1º, *caput*, da Lei Complementar nº. 134, de 11 de abril de 2014, do artigo 2º, da Lei Complementar nº. 135, de 11 de abril de 2014, todas do Município de Valparaíso e, por arrastamento, o artigo 2º da Resolução 4/2012 da Câmara Municipal de Valparaíso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2203787-34.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA, são réus PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE GUARAREMA e PREFEITO MUNICIPAL DE GUARAREMA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE, COM MODULAÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.335)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (PRESIDENTE), TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, VICO MAÑAS, EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI

Acesso ao Sumário

REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI e PAULO DIMAS MASCARETTI.

São Paulo, 12 de agosto de 2015.

ARANTES THEODORO, Relator

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 2.705/2010 do Município de Guararema, que instituiu "Programa Emergencial de Auxílio ao desempregado". Acórdão que reconheceu inocorrente contrariedade à Constituição, tendo para isso considerado irrelevante a designação dos contratados para serviço de limpeza e manutenção de vias, prédios e monumentos públicos. Conclusão que não correspondeu ao entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal sob o regime da Repercussão Geral. Hipótese da retratação prevista no art. 543-B, § 3º do Código de Processo Civil. Ação procedente, com modulação de efeitos.

VOTO

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade voltada contra a Lei nº 2.705, de 9 de abril de 2010, do Município de Guararema, que veio a instituir "*Programa Emergencial Auxílio ao Desempregado e dá outras providências*", e por arrastamento das Leis nºs 2.889/2012, 2.565/2009, 2.553/2009, 2.407/2007, 2.348/2006, 2.338/2005, 2.242/2003, 2.183/2002, 2.070/2001, 1.997/2000 e 1.980/2000.

Contra o acórdão que julgou improcedente a ação o autor opôs recurso extraordinário no qual alegou contrariedade daquele diploma ao artigo 37, inciso IX, da Constituição federal, dispositivo reproduzido no artigo 115 da Constituição estadual.

A Presidência do Tribunal de Justiça devolveu os autos ao Órgão Especial para os fins do § 3º do artigo 543-B do Código de Processo Civil, isso à vista do "*julgamento do leading case a que se refere o tema de repercussão geral n. 612 (RE 658.026)*".

É o relatório.

Conforme anuncia o § 3º do artigo 543-B do Código de Processo Civil, a Corte local pode adaptar o seu acórdão ao entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal sob o regime da repercussão geral.

Acesso ao Sumário

Pois bem.

O acórdão local assim se apresenta ementado:

"*Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 2.705/2010, do município de Guararema. Instituição do 'Programa Emergencial de Auxílio ao Desempregado'. Designação de desempregados sem fonte de subsistência, selecionados por critérios impessoais e objetivos, para participar de frentes de trabalho por tempo certo. Programa de cunho manifestamente assistencial que se insere no elenco de ações afirmativas que dão concretude às políticas públicas de combate à pobreza e ao desemprego. Medida análoga, ademais, à já instituída nos âmbitos estadual e federal. Constitucionalidade reconhecida. Precedentes uniformes do Órgão Especial. Ação improcedente.*"

Ao julgar o Recurso Extraordinário nº 658.026-MG (rel. Min. Dias Toffoli, 9.4.2014), contudo, o Pleno do Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de ser inconstitucional a lei que permite a contratação temporária de pessoal pelo Poder Público sem atender às exigências então indicadas.

Confira-se:

"*Recurso extraordinário. Repercussão geral reconhecida. Ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal em face de trecho da Constituição do Estado de Minas Gerais que repete texto da Constituição Federal. Recurso processado pela Corte Suprema, que dele conheceu. Contratação temporária por tempo determinado para atendimento à necessidade temporária de excepcional interesse público. Previsão em lei municipal de atividades ordinárias e regulares. Definição dos conteúdos jurídicos do art. 37, incisos II e IX, da Constituição Federal. Descumprimento dos requisitos constitucionais. Recurso provido. Declarada a inconstitucionalidade da norma municipal. Modulação dos efeitos.*

1. O assunto corresponde ao Tema nº 612 da Gestão por Temas da Repercussão Geral do portal do STF na internet e trata, 'à luz dos incisos II e IX do art. 37 da Constituição Federal, a constitucionalidade de lei municipal que dispõe sobre as hipóteses de contratação temporária de servidores públicos'.

2. Prevalência da regra da obrigatoriedade do concurso público (art. 37, inciso II, CF). As regras que restringem o cumprimento desse dispositivo estão previstas na Constituição Federal e devem ser interpretadas restritivamente.

3. O conteúdo jurídico do art. 37, inciso IX, da Constituição Federal pode ser resumido, ratificando-se, dessa forma, o entendimento da Corte Suprema de que, para que se considere válida a contratação temporária, é preciso que: a) os casos excepcionais estejam previstos em lei; b) o prazo de contratação seja predeterminado; c) a necessidade seja temporária; d) o interesse público seja excepcional; e) a necessidade de contratação seja indispensável, sendo vedada a contratação para os serviços ordinários permanentes do Estado, e que devam

Acesso ao Sumário

estar sob o espectro das contingências normais da Administração.

4. É inconstitucional a lei municipal em comento, eis que a norma não respeitou a Constituição Federal. A imposição constitucional da obrigatoriedade do concurso público é peremptória e tem como objetivo resguardar o cumprimento de princípios constitucionais, dentre eles, os da impessoalidade, da igualdade e da eficiência. Deve-se, como em outras hipóteses de reconhecimento da existência do vício da inconstitucionalidade, proceder à correção da norma, a fim de atender ao que dispõe a Constituição Federal.

5. Há que se garantir a instituição do que os franceses denominam de la culture de gestion, a cultura de gestão (terminologia atualmente ampliada para 'cultura de gestão estratégica') que consiste na interiorização de um vetor do progresso, com uma apreensão clara do que é normal, ordinário, e na concepção de que os atos de administração devem ter a pretensão de ampliar as potencialidades administrativas, visando à eficácia e à transformação positiva.

6. Dá-se provimento ao recurso extraordinário para o fim de julgar procedente a ação e declarar a inconstitucionalidade do art. 192, inciso III, da Lei nº 509/1999 do Município de Bertópolis/MG, aplicando-se à espécie o efeito ex nunc, a fim de garantir o cumprimento do princípio da segurança jurídica e o atendimento do excepcional interesse social." (RE 658026, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. em 09/04/2014).

Ora, na espécie o acórdão reconheceu que a lei impugnada atendia aos requisitos indicados no artigo 115, incisos II e X, da Constituição paulista, dispositivo simétrico ao artigo 37, inciso IX, da Constituição da República.

Afinal, ela se destinava a atender ao excepcional interesse público consistente na prestação de assistência ao desempregado sem fonte de renda, exigia dos pretendentes o preenchimento de requisitos objetivos e impessoais e fixava prazo determinado para a contratação.

No entanto, o acórdão considerou irrelevante o fato de a frente de trabalho vir a se incumbir "*de atividades rotineiras da administração, ordinariamente executadas por servidores*".

E assim se deu sob a convicção de que, conforme salientou o Ministro Eros Grau em julgamento lá indicado, a Constituição federal "*autoriza contratações temporárias, sem concurso público (...) quer para o desempenho das atividades de caráter eventual, temporário ou excepcional, quer para o desempenho de atividades de caráter regular e permanente*".

Mas como se vê tal posicionamento não mais persiste, eis que no julgamento sob o regime da repercussão geral o Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de ser "*vedada a contratação para os serviços ordinários permanentes do Estado*".

Disso decorre que à vista desse ponto, especificamente, há que se rever o

Acesso ao Sumário

decidido e reputar inconstitucional a lei aqui impugnada, já que ela textualmente anuncia que as frentes de trabalho "*se destinarão, exclusivamente, à realização de serviços de limpeza e manutenção das vias e logradouros públicos, praças, escolas, prédios e monumentos públicos*" (art. 1º, § 1º).

Aquelas incumbências evidentemente integram o rol dos "*serviços ordinários permanentes do Estado, e que devam estar sob o espectro das contingências normais da Administração*", para os quais não se admite contratação temporária de pessoal.

Por isso, resta agora julgar procedente a ação de modo a reconhecer a inconstitucionalidade da citada Lei nº 2.705/2010 do Município de Guararema.

Tal proclamação torna sem efeito a revogação das leis anteriores por aquela operada, fenômeno que a doutrina convencionou chamar de "*efeito revigorador ou repristinatório da legislação anterior*".

Assim, "*Em sendo nula uma lei declarada inconstitucional, 'permanece vigente a legislação anterior a ela e que teria sido revogada não houvesse a nulidade' (voto do Min. Moreira Alves na Rep. 1.077/RJ). Ainda de acordo com o STF, a 'declaração final de inconstitucionalidade, quando proferida em sede de fiscalização normativa abstrata, importa – considerado o efeito repristinatório que lhe é inerente – em restauração das normas estatais anteriormente revogadas pelo diploma normativo objeto do juízo de inconstitucionalidade, eis que o ato inconstitucional, por juridicamente inválido (RTJ 146/461-462), não se reveste de qualquer carga de eficácia derrogatória' (ADIn 2.884/RJ).*" (Juliano Taveira Bernardes e Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira. Direito Constitucional, ed. JusPodium, tomo 1, p. 486).

Considerando que do mesmo vício aqui apontado padeciam as Leis nºs 2.889/2012, 2.565/2009, 2.553/2009, 2.407/2007, 2.348/2006, 2.338/2005, 2.242/2003, 2.183/2002, 2.070/2001, 1.997/2000 e 1.980/2000, qual seja, violação do artigo 115, incisos II e X, da Constituição estadual, forçoso é reconhecer que também tais diplomas apresentam-se inconstitucionais.

Por razões de segurança jurídica se impõe a modulação dos efeitos do julgado, isso de modo a preservar as situações em boa-fé consolidadas, sendo razoável, por isso, relegar a eficácia da proclamação de inconstitucionalidade para 60 dias após este julgamento.

Em suma, julga-se procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 2.705/2010 do Município de Guararema, bem como dos anteriores diplomas antes indicados.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2028694-23.2015.8.26.0000, 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 IMPROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.622)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (PRESIDENTE), ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, VICO MAÑAS, EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, LUIZ AMBRA e FRANCISCO CASCONI.

São Paulo, 12 de agosto de 2015.

PAULO DIMAS MASCARETTI, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 6.173, de 4 de novembro de 2014, do Município de Ourinhos, que obriga a fixação de avisos sobre os crimes praticados contra crianças e adolescentes e suas penas em estabelecimentos comerciais, shoppings, hotéis, motéis, casas noturnas e similares – Inocorrência de vício de iniciativa do projeto de lei deflagrado pelo Legislativo Municipal, haja vista que a norma editada não regula matéria estritamente administrativa, afeta ao Chefe do Poder Executivo, delimitada pelos artigos 24, § 2º, 47, incisos XVII e XVIII, 166 e 174 da CE, aplicáveis ao ente municipal, por expressa imposição da norma contida no artigo 144 daquela mesma Carta – Previsão legal, na verdade, que se destina apenas a alertar a população para as penas previstas para os crimes praticados contra crianças e adolescentes, cuidando-se de campanha educativa

Acesso ao Sumário

formulada com vistas a "zelar pela guarda da Constituição e das leis vigentes", nos exatos limites da competência atribuída ao ente público municipal pelo art. 23 da CF – Legislação, ademais, que não implica no aumento de despesa do Município, uma vez que o dever de fiscalização do cumprimento das normas é conatural aos atos normativos e não tem efeito de gerar gastos extraordinários – Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente.

VOTO

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pela Prefeita do Município de Ourinhos em face da Lei Municipal nº 6.173, de 4 de novembro de 2014, de iniciativa parlamentar, promulgada pela Presidência da Câmara de Vereadores, que "dispõe sobre a obrigatoriedade dos estabelecimentos comerciais, shoppings, hotéis, motéis, casas noturnas e similares afixarem, em locais visíveis, avisos sobre os crimes praticados contra crianças e adolescentes e suas penas, e dá outras providências".

Alega a autora, em essência, que: o diploma legal atacado padece de vício de inconstitucionalidade formal, por afronta aos preceitos dos artigos 5º, 47, *caput* e incisos II e XIX, "a", e 144, todos da Constituição do Estado de São Paulo, pois disciplina questão relativa ao planejamento, direção, organização e execução de atos de governo da Administração Municipal, cuja iniciativa legislativa compete exclusivamente ao Chefe do Poder Executivo, em nítida quebra do princípio da separação dos poderes; além disso, sua execução implicará no aumento da despesa pública, sem a provisão de recursos orçamentários para suportá-la, em manifesta desconsideração da regra inserida no artigo 25 da Carta Estadual, bem como ao artigo 176 da mesma Constituição, que veda o início de programas, projetos e atividades não incluídos na lei orçamentária anual.

Indeferida a medida liminar postulada na exordial (v. fls. 21/22), a Procuradoria Geral do Estado foi citada para a demanda (v. fls. 32/33), manifestando seu desinteresse em realizar a defesa da lei atacada nos autos (v. fls. 28/30).

Conquanto devidamente intimada (v. fl. 26), a Presidência da Câmara Municipal de Ourinhos deixou de prestar as informações solicitadas (v. certidão de fl. 34).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pela improcedência da ação (v. fls. 38/55).

É o relatório.

Cumpre, de início, destacar que o exame da procedência do pedido

Acesso ao Sumário

inicial deve ficar restrito à hipótese de eventual desconsideração de preceito da Constituição Estadual, descabendo o manejo da ação direta de inconstitucionalidade sob alegada ofensa a preceito da lei orgânica local, a legislação infraconstitucional ou ao próprio Mandamento Federal, por aplicação da norma do artigo 90, *caput*, da Carta Bandeirante.

E, nesses termos, a ação não merece acolhida.

A Lei nº 6.173, de 4 de novembro de 2014, do Município de Ourinhos, objeto do presente feito, dispõe, *in verbis*:

"*Art. 1º. Ficam os estabelecimentos comerciais, shoppings, hotéis, motéis, casas noturnas e similares obrigados a afixar, em locais visíveis, avisos escritos sobre os crimes praticados contra crianças e adolescentes, bem como alertando que aqueles que o praticam ficam sujeitos às penalidades nos termos descritos no Estatuto da Criança e do Adolescente.*

Art. 2º. Os avisos referidos no art. 1º desta Lei deverão ser exibidos na recepção ou entrada de cada estabelecimento, em placas de 60 cm x 70 cm, contendo as seguintes inscrições:

'*Abusar sexualmente de criança ou adolescente; envolvê-los em material pornográfico ou submetê-los a qualquer situação que envolva atividades sexuais explícitas ou pornográficas, reais ou simuladas, É CRIME nos termos descritos no Estatuto da Criança e do Adolescente*'.

'*É proibido a venda, à criança ou ao adolescente, de armas, munições e explosivos, bebidas alcoólicas, produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica ainda que utilização indevida, fogos de estampido e de artifício, exceto aqueles que pelo seu reduzido potencial sejam incapazes de provocar qualquer dano físico em caso de utilização indevida, e bilhetes lotéricos e equivalentes, consistindo CRIME nos termos descritos no Estatuto da Criança e do Adolescente*'.

Art. 3º. O descumprimento desta Lei sujeita o infrator às seguintes penalidades:

I – advertência, na primeira fiscalização;

II – multa de 5 salários mínimos, se reincidente;

III – interdição do estabelecimento em caso de nova reincidência.

Art. 4º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação".

Como se vê, em nenhum momento, a legislação aqui impugnada versou acerca de matéria que estaria inserida dentre aquelas sujeitas à iniciativa reservada do Prefeito Municipal, em suposta violação aos artigos 5º, 47, *caput* e incisos II e XIX, "a", e 144, todos da Constituição Estadual.

Segundo o sempre irreprochável escólio de Hely Lopes Meirelles:

Acesso ao Sumário

"*Leis de iniciativa exclusiva do prefeito são aquelas em que só a ele cabe o envio do projeto à Câmara. Nessa categoria estão as que disponham sobre a criação, estruturação e atribuição das secretarias, órgãos e entidades da Administração Pública Municipal; a criação de cargos, funções ou empregos públicos na Administração direta e autárquica, fixação e aumento de sua remuneração; o regime jurídico dos servidores municipais; e o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias, os orçamentos anuais, créditos suplementares e especiais*" (v. "Direito Municipal Brasileiro", 15ª edição, São Paulo, Malheiros Editores, 2006, pp. 732/733).

Bem de ver que a iniciativa do processo legislativo reservada ao Chefe do Poder Executivo está perfeitamente delimitada na Constituição Estadual em seus artigos 24, § 2º, 47, incisos XVII e XVIII, 166 e 174, aplicáveis ao ente local por expressa imposição da norma do artigo 144 da mesma Carta Bandeirante, mas em nenhuma das hipóteses ali previstas, porém, insere-se a matéria versada na legislação municipal ora impugnada.

A Lei Municipal nº 6.173/2014 versou apenas tema de interesse geral da população, com vistas a "zelar pela guarda da Constituição e das leis vigentes", na forma do artigo 23 da Carta Magna, sem qualquer relação com matéria estritamente administrativa, cuja iniciativa é afeta com exclusividade ao Prefeito Municipal; assim, poderia mesmo decorrer de proposta parlamentar, tratando-se de questão de competência comum dos poderes Legislativo e Executivo.

A obrigação decorrente do ato normativo objurgado nos autos foi imposta exclusivamente aos comerciantes locais, cuidando-se, à evidência, de campanha educativa tendente a alertar a população para os crimes praticados contra crianças e adolescentes, dando conta das consequências penais para a inobservância desses preceitos legais; destarte, o objeto da Lei Municipal nº 6.173/2014 não tem qualquer relação com matéria relativa a atos de gestão e organização da Administração, que estaria prevista no artigo 47, incisos II e XIV, da Constituição Estadual, afastando eventual usurpação de competência exclusiva do Chefe do Executivo.

Acesso ao Sumário

Não colhe, daí, o argumento de inconstitucionalidade da legislação impugnada por vício de iniciativa, arredando, por conseguinte, a alardeada violação ao princípio constitucional da separação dos Poderes.

Nem tampouco há que se falar que a previsão legal contestada nos autos implicaria no indevido aumento de despesas do ente público local, sem a respectiva indicação da fonte de custeio, em violação ao comando contido no artigo 25 da Constituição do Estado de São Paulo.

Com efeito, a perene fiscalização das atividades comerciais estabelecidas em seu território insere-se no poder-dever da Administração Municipal, que dela

não pode furtar-se; assim, não merece acolhida o argumento de que a obrigação prevista na lei contestada, de afixação dos avisos a que se refere a legislação em causa, implicaria no aumento de despesa do ente público local, ao estabelecer encargo ao Poder Executivo.

Ora, tais quais todas as demais empresas instaladas no âmbito do Município de Ourinhos, os estabelecimentos destinatários dessa norma legal devem estar sob permanente vigilância dos órgãos públicos locais, aos quais incumbe verificar o pleno atendimento de toda a legislação de regência, não se podendo então falar na criação de nova obrigação ao Executivo pela Lei nº 6.173/2014; como realçado precedentemente, a obrigação ali prevista foi imposta apenas aos particulares (shoppings, hotéis, motéis, casas noturnas e similares), sem nenhum reflexo para a Administração local, exceto no tocante aos deveres fiscalizatórios que lhe são próprios, sem implicar, então, em qualquer incremento de despesas.

A propósito, já decidiu esta Corte Paulista, em caso análogo ao dos autos, que "*o dever de fiscalização do cumprimento das normas é conatural aos atos normativos e não tem, no caso, efeito de gerar despesas ao Município. Além disso, a matéria tratada na lei impugnada é de polícia administrativa, e as obrigações foram impostas aos particulares, exclusivamente*" (v. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0006247-80.2012.8.26.0000, relator Desembargador Guerrieri Rezende).

Aliás, no particular, como bem realçado pela douta Procuradoria Geral de Justiça:

> "A lei não cria obrigações para o Poder Executivo, estabelecendo deveres a particulares. No ponto, integralmente procedente o respeitável despacho denegatório da liminar ao ponderar que:
>
> 'Em linha de princípio, a legislação impugnada não veicula tema relativo a administração pública do Município, afeto exclusivamente às atribuições do Chefe do Executivo local, e nem tampouco dispõe acerca de atribuições de órgãos ou servidores municipais, impondo tão somente obrigações a entidades privadas, o que, em tese, afastaria o alardeado vício de iniciativa.
>
> Não colhe, outrossim, *prima facie*, a alegada violação ao preceito do artigo 25 da Constituição do Estado de São Paulo, visto que não há evidência nos autos de que a fiscalização do cumprimento da legislação impugnada implicaria no aumento das despesas do ente público local, máxime por se tratar o exercício do poder de polícia de atribuição ínsita ao Poder Executivo' (fls. 21/22).
>
> Com efeito, o art. 25 da Constituição do Estado tem aplicação circunscrita ao 'projeto de lei que implique a criação ou o aumento de despesa pública', como explicita a própria norma com nítido intuito de responsabilidade fiscal ao exigir que, nessa circunstância, conste a

Acesso ao Sumário

indicação de recursos disponíveis, próprios para atendimento dos novos encargos.

Sua incidência é adstrita a leis que diretamente importem repercussão positiva na despesa pública, e não em qualquer lei. Em se tratando de lei que manifestamente não produza esse impacto, é descabida sua arguição por traduzir matéria de fato e de prova inadmissível no seio do controle objetivo de constitucionalidade.

A lei prescreve obrigação não se podendo cogitar que do exercício de sua execução e fiscalização derivem despesas novas sem cobertura financeiro-orçamentária, pois, já são precedentemente absorvidas pela polícia administrativa preexistente.

É verdadeiro sofisma a alegação de que toda e qualquer lei que gere despesa só possa advir de projeto de autoria do Executivo. O Supremo Tribunal Federal tem estimado que:

'não procede a alegação de que qualquer projeto de lei que crie despesa só poderá ser proposto pelo Chefe do Executivo. As hipóteses de limitação da iniciativa parlamentar estão previstos, em *numerus clausus*, no artigo 61 da Constituição do Brasil – matérias relativas ao funcionamento da Administração Pública, notadamente no que se refere a servidores e órgãos do Poder Executivo' (RT 866/112).

É que diferentemente do ordenamento constitucional anterior, 'não havendo mais a expressa disposição no texto constitucional de que é iniciativa privativa do Presidente da República as leis que disponham sobre matéria financeira, tal reserva não mais subsiste, não sendo cabível interpretação ampliativa na hipótese, conforme entende inclusive nossa Suprema Corte', assinala José Maurício Conti ao comentar a inexistência de reserva de iniciativa para leis que criam ou aumentam despesa pública (Iniciativa legislativa em matéria financeira, *in Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 283-307, coordenação José Maurício Conti e Fernando Facury Scaff).

Neste sentido, calha invocar o entendimento do colendo Órgão Especial:

'Nem tampouco há que se falar que a previsão legal contestada nos autos implicaria no indevido aumento de despesas do ente público local, sem a respectiva indicação da fonte de custeio, em violação ao comando contido no artigo 50 da Lei Orgânica do Município de Jundiaí, que reproduz a regra contida no artigo 25 da Constituição do Estado de São Paulo.

Com efeito, a perene fiscalização das atividades comerciais estabelecidas em seu território insere-se no poder-dever da Administração Municipal, que dele não pode furtar-se; assim, não merece acolhida o argumento de que a proibição de comercializarem a substância 'organofosforado carbamato', imposta aos 'pet shops', casas de ração e similares no

Acesso ao Sumário

Município de Jundiaí, implicaria no aumento de despesa do ente público local, ao estabelecer encargo ao Poder Executivo.

Ora, tais quais todas as demais empresas instaladas, os estabelecimentos destinatários dessa norma legal devem estar sob permanente vigilância dos órgãos públicos locais responsáveis, aos quais incumbe verificar o pleno atendimento da legislação de regência, não se podendo então falar na criação de nova obrigação ao Município pela lei nº 7.341/09.

A propósito, já decidiu esta Corte Paulista, em caso análogo, que 'o dever de fiscalização do cumprimento das normas é conatural aos atos normativos e não tem, no caso, efeito de gerar despesas ao Município. Além disso, a matéria tratada na lei impugnada é de polícia administrativa, e as obrigações foram impostas aos particulares, exclusivamente' (v. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0006247-80.2012.8.26.0000, relator Desembargador Guerrieri Rezende). (...)' (TJSP, ADI 0580128-04.2010.8.26.0000, Rel. Des. Paulo Dimas Mascaretti, m.v., 30-01-2013).

Também é improcedente a ação sob a alegação de vício de iniciativa legislativa e ofensa ao princípio da separação de poderes.

A iniciativa parlamentar não ofende o quanto contido nos arts. 5º, 24, § 2º, 2 e 47, 11, XIV e XIX, *a*, da Constituição Estadual, por não veicular matéria inserida na reserva da Administração nem na reserva de iniciativa legislativa do Chefe do Poder Executivo.

Como acima ponderado, as regras federais do processo legislativo são de observância obrigatória, e a lei local não ventila em seu conteúdo a disciplina da organização e do funcionamento da Administração Pública ou de serviço público nem a atribuição de órgãos do Poder Executivo ou atos da gestão ordinária.

Impossível invocar-se como parâmetro o art. 61, § 1º, II, *b*, da Constituição da República, por ser norma específica destinada exclusivamente à organização administrativa e aos serviços públicos dos Territórios.

Neste sentido, pronuncia o Supremo Tribunal Federal que 'a reserva de lei de iniciativa do chefe do Executivo, prevista no art. 61, § 1º, II, *b*, da Constituição, somente se aplica aos Territórios federais' (STF, ADI 2.447-MG, Tribunal Pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 04-03-2009, v.u., DJe 04-12-2009).

A proteção da criança e do adolescente e a fiscalização dos estabelecimentos particulares é matéria que não está arrolada nos preceitos constitucionais que cunham a reserva de iniciativa legislativa em favor do Chefe do Poder Executivo, situando-se na iniciativa comum ou concorrente.

Regra é a iniciativa legislativa pertencente ao Poder Legislativo; exceção é a atribuição de reserva a certa categoria de agentes, entidades e órgãos, e que, por isso, não se presume. Corolário é a devida

Acesso ao Sumário

interpretação restritiva às hipóteses de iniciativa legislativa reservada, perfilhando tradicional lição salientando que:

'a distribuição das funções entre os órgãos do Estado (poderes), isto é, a determinação das competências, constitui tarefa do Poder Constituinte, através da Constituição. Donde se conclui que as exceções ao princípio da separação, isto é, todas aquelas participações de cada poder, a título secundário, em funções que teórica e normalmente competiriam a outro poder, só serão admissíveis quando a Constituição as estabeleça, e nos termos em que fizer. Não é lícito à lei ordinária, nem ao juiz, nem ao intérprete, criarem novas exceções, novas participações secundárias, violadoras do princípio geral de que a cada categoria de órgãos compete aquelas funções correspondentes à sua natureza específica' (J. H. Meirelles Teixeira. Curso de Direito Constitucional, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, pp. 581, 592-593).

Fixadas estas premissas, as reservas de iniciativa legislativa a autoridades, agentes, entidades ou órgãos públicos diversos do Poder Legislativo devem sempre ser interpretadas restritivamente na medida em que, ao transferirem a ignição do processo legislativo, operam reduções a funções típicas do Parlamento e de seus membros. Neste sentido, colhe-se da Suprema Corte:

'A iniciativa reservada, por constituir matéria de direito estrito, não se presume e nem comporta interpretação ampliativa, na medida em que – por implicar limitação ao poder de instauração do processo legislativo – deve necessariamente derivar de norma constitucional explícita e inequívoca' (STF, ADI-MC 724-RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 27-04-2001).

'As hipóteses de limitação da iniciativa parlamentar estão previstas, em *numerus clausus*, no artigo 61 da Constituição do Brasil – matérias relativas ao funcionamento da Administração Pública, notadamente no que se refere a servidores e órgãos do Poder Executivo' (RT 866/112).

'A disciplina jurídica do processo de elaboração das leis tem matriz essencialmente constitucional, pois residem, no texto da Constituição – e nele somente –, os princípios que regem o procedimento de formação legislativa, inclusive aqueles que concernem ao exercício do poder de iniciativa das leis. – A teoria geral do processo legislativo, ao versar a questão da iniciativa vinculada das leis, adverte que esta somente se legitima – considerada a qualificação eminentemente constitucional do poder de agir em sede legislativa – se houver, no texto da própria Constituição, dispositivo que, de modo expresso, a preveja. Em conseqüência desse modelo constitucional, nenhuma lei, no sistema de direito positivo vigente no Brasil, dispõe de autoridade suficiente para impor, ao Chefe do Executivo, o exercício compulsório do poder de iniciativa legislativa' (STF, MS 22.690-CE, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, 17-04-1997, v.u., DJ 07-12-2006, p. 36).

Acesso ao Sumário

Tampouco se capta competência privativa do Chefe do Poder Executivo. O art. 47 da Constituição do Estado consagra a atribuição de governo do Chefe do Poder Executivo, traçando suas competências próprias de administração e gestão que compõem a denominada reserva de Administração, pois, veiculam matérias de sua alçada exclusiva, imunes à interferência do Poder Legislativo.

A norma local impõe obrigação a particulares, no âmbito da polícia administrativa e demanda, por isso mesmo, a observância de reserva formal de lei, não sendo possível mero ato normativo da Administração Pública, por traduzir o poder extroverso do Estado.

Colhe-se da jurisprudência da Suprema Corte que a matéria respeitante à polícia administrativa em geral é da iniciativa legislativa concorrente:

'Recurso extraordinário. Ação direta de inconstitucionalidade contra lei municipal, dispondo sobre matéria tida como tema contemplado no art. 30, VIII, da Constituição Federal, da competência dos Municípios. 2. Inexiste norma que confira a Chefe do Poder Executivo municipal exclusividade de iniciativa relativamente à matéria objeto do diploma legal impugnado. Matéria de competência concorrente. Inexistência de invasão da esfera de atribuições do Executivo municipal. 3. Recurso extraordinário não conhecido' (STF, RE 218.110-SP, 2ª Turma, Rel. Min. Néri da Silveira, 02-04-2002, v.u., DJ 17-05-2002, p. 73)." (v. fls. 48/55).

Em suma, não havia realmente óbice à edição do ato normativo impugnado, a partir de processo legislativo deflagrado perante a Câmara de Vereadores, inexistindo inconstitucionalidade a ser pronunciada em relação à Lei nº 6.173, de 4 de novembro de 2014, do Município de Ourinhos.

Ante o exposto, julga-se improcedente a presente ação direta de inconstitucionalidade.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2029947-46.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE CARAGUATATUBA, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE CARAGUATATUBA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM EXTINTO O PROCESSO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.891)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (PRESIDENTE), PAULO DIMAS MASCARETTI,

ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, VICO MAÑAS, EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI e LUIZ AMBRA.

São Paulo, 12 de agosto de 2015.

FRANCISCO CASCONI, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – DETERMINAÇÃO DE EMENDA À PETIÇÃO INICIAL, PARA CUMPRIMENTO AO ARTIGO 3º DA LEI Nº 9.868/99 – PETIÇÃO DE EMENDA, PORÉM, SUBSCRITA EXCLUSIVAMENTE POR PROCURADOR – INEXISTÊNCIA DE PROCURAÇÃO COM PODERES ESPECÍFICOS – CONFERIDA OPORTUNIDADE PARA REGULARIZAÇÃO DA REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL – INSTRUMENTO DE MANDATO ACOSTADO, DE CARÁTER MERAMENTE GENÉRICO, SEM INDICAÇÃO EXPRESSA DOS DISPOSITIVOS NORMATIVOS OBJETO DA PRETENSÃO INICIAL – FALTA DE PRESSUPOSTO DE CONSTITUIÇÃO E DESENVOLVIMENTO VÁLIDO E REGULAR DO PROCESSO (ART. 267, INCISO IV, DO CPC) – EXTINÇÃO DA AÇÃO QUE É DE RIGOR.

Acesso ao Sumário

VOTO

Ação de inconstitucionalidade voltada contra expressões "*a ser fixada pelo Prefeito, no ato da atribuição*", do artigo 21; "*somado às vantagens a ele incorporadas*", do § 1º do artigo 21; "*remuneração*" e "*correspondente à última que o funcionário estiver*", do § 2º do artigo 21; "*vencimentos ou proventos*", do § 2º do artigo 86; "*3 (três) anos*", do artigo 100; "*triênio*", do § 1º, do artigo 100; "*remuneração incorporada*" e "*adicional trintenário*", do artigo 102; "*mais as vantagens incorporadas*", do § 1º, do artigo 102; além do § 2º do artigo 102, e artigo 253 e seu parágrafo único, todos da Lei Complementar Municipal nº 25/2007; artigos 25, 26, 27, inciso II, 28, incisos I a IV, 29, inciso II, 30, incisos I e II, bem como §§ 1º a 3º, 31, 32 e 33 e parágrafo único, da Lei nº 2.065/2013;

da expressão "*remuneração*", do § 1º, do artigo e 44, da Lei Municipal nº 2.136/2013, e; finalmente, da expressão "*vencimentos integrais*", do inciso XIX, do § 2º, da Lei Orgânica, todas do Município de Caraguatatuba.

Delineada ***causa petendi*** repousa preponderantemente no alegado "efeito cascata" que seria verificado na incidência dos acréscimos e demais vantagens pecuniárias disciplinadas nos atos normativos impugnados, com repercussão de aspecto previdenciário, além de questionar concessão de "triênios" e outras vantagens em desacordo com dispositivos da Constituição Bandeirante, notadamente artigos 111, 115, inciso XVI, 126, 129, 133 e 144.

Após aditamento da inicial a fls. 654/667, foi indeferida a liminar a fls. 669/670.

Citado, o Procurador Geral do Estado manifestou-se a fls. 679/681, apontando desinteresse na defesa dos dispositivos atacados, por tratarem de matéria exclusivamente local.

Informações prestadas pela Câmara Municipal de Caraguatatuba a fls. 683/684 e 686/687.

A Douta Procuradoria Geral de Justiça, em parecer encartado a fls. 689/719, apontou irregularidade na representação processual e, no mérito, opinou pela procedência parcial da pretensão inicial.

Petição do Sr. Prefeito Municipal a fls. 719, juntando o instrumento procuratório de fls. 720, e nova manifestação a fls. 723, acostando os documentos de fls. 724/741.

A fls. 742 determinou-se, nos termos do artigo 13 do Código de Processo Civil, regularização da representação processual do autor, sobrevindo a petição de fls. 744, ratificando o instrumento de mandato juntado fls. 720.

É o Relatório.

A hipótese é de extinção da ação direta, evidenciada a irregularidade na representação processual.

A legitimação ativa para a ação direta de inconstitucionalidade no âmbito estadual vem delineada no artigo 90 da Constituição Bandeirante, destacada no inciso II a pertinência subjetiva do Prefeito Municipal.

O instrumento procuratório acostado a fls. 55/56 indica outorga de poderes mandatários pela Prefeitura Municipal da Estância Balneária de Caraguatatuba, entidade que não se confunde com o Chefe do Executivo Municipal, sem legitimidade ativa para instaurar o controle concentrado de constitucionalidade (nesse sentido, confira-se: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2155635-52.2014.8.26.0000, rel. Des. Luiz Antonio de Godoy, j. em 28.01.2015, v.u.). Observa-se, ainda, a não outorga de poderes específicos para questionar os dispositivos normativos impugnados.

Acesso ao Sumário

Tal irregularidade, entretanto, era inicialmente superada pela circunstância de que, ***in casu***, o próprio legitimado para a propositura da ação direta subscreveu a inicial (fls. 27).

Entretanto, em juízo de admissibilidade da peça de ingresso, considerando especialmente sua inadequação à luz do artigo 3º, incisos I e II, da Lei nº 9.868/1999, a decisão de fls. 650/651 – livre de qualquer recurso – determinou a emenda à inicial, sob pena de indeferimento liminar por inépcia, "***para que sejam declinados, de maneira clara, objetiva e especificamente em relação a cada dispositivo impugnado, os fundamentos jurídicos que subsidiam a pretensão (art. 3º, inciso I, segunda parte, da Lei nº 9.868/99), atento ao parâmetro próprio de controle abstrato de constitucionalidade no âmbito estadual***".

Sobreveio, então, a petição de fls. 654/667, em que o Autor ratificou e alterou em parte a pretensão deduzida originalmente (fls. 01/27), **porém subscrita exclusivamente por procurador judicial (fls. 667)**.

Bem observada a irregularidade na representação processual no parecer ministerial (fls. 695), o Sr. Prefeito Municipal acostou a fls. 720 novo instrumento de mandato, **sem outorga de poderes específicos**. Conferida a oportunidade para suprir o vício (fls. 742), manifestou-se o Autor a fls. 744 ratificando a procuração já acostada a fls. 720.

A despeito de intimado o interessado a regularizar sua representação processual, notadamente em relação à petição de emenda à inicial, como expressamente constou na decisão de fls. 742, não sanado o vício, revelando-se óbice insuperável ao exame do mérito.

Pese insistência manifestada a fls. 744, instrumento procuratório de fls. 720 é incapaz de surtir os efeitos almejados, uma vez despidos de poderes específicos, essenciais à representação judicial do Chefe do Executivo, que ostenta legitimação ***intuito personae*** de acordo com o seleto rol de legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade. Não basta, nesse particular, singela menção de poderes, ***verbis***, "*especialmente, para ajuizar Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Órgão Especial do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*", sem que indicados os dispositivos legais atacados.

Nestas circunstâncias, inevitável a extinção processual, nos termos do artigo 267, inciso IV, da Lei Processual, diante da falta de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular da ação, posição esta adotada pelo C. Órgão Especial desta Corte. Confira-se:

"*AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. Petição inicial sem assinatura da Prefeita do Município de Itararé que outorgou procuração ad judicia sem poderes específicos para a presente ação, ausente a indicação da norma objurgada. Intimação para regularização não cumprida a*

contento. Ausência de pressuposto válido e regular do processo. Legitimidade para a ação direta de inconstitucionalidade de lei que tem caráter 'intuitu personae', sendo imprescindível que a outorga de procuração seja específica. Decreto de extinção. Inteligência do artigo 267, IV, do CPC. Precedentes da Corte." (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2000896-87.2015.8.26.0000, rel. Des. Xavier de Aquino, j. em 13.05.2015).

"*DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Inicial não subscrita pelo Prefeito e procuração sem poderes específicos – Oportunidade para regularização do mandato não atendida – Nova procuração a outorgar poderes para ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade, sem indicação específica da lei impugnada – Inteligência do art. 90, da Constituição Estadual e art. 267, IV, do Cód. Proc. Civil – Precedentes – Extinção da ação, sem julgamento do mérito*" (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2066420-65.2014.8.26.0000, São Paulo, Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, v. un., Rel. Des. Luis Ganzerla, em 28/5/14).

"*Ação direta de inconstitucionalidade – Irregularidade na representação processual – Prefeito Municipal, detentor de legitimidade ativa e de capacidade postulatória para o ajuizamento de ação direta (art. 90, II, da CE), que não subscreveu a petição inicial, tampouco outorgou procuração ao advogado subscritor – Oportunidade de regularização concedida, sem adequado cumprimento da deliberação judicial – Ação extinta, sem resolução do mérito, com fundamento no art. 267, IV, do CPC*" (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0058522-69.2013.8.26.0000, São Paulo, Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, v. un., Rel. Des. Grava Brazil, em 5/6/13).

Ante o exposto, julgo extinta a ação direta de inconstitucionalidade, nos termos do artigo 267, inciso IV, do Código de Processo Civil.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2146915-96.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE JOANÓPOLIS e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE JOANÓPOLIS.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "AFASTARAM AS PRELIMINARES E CONHECERAM EM PARTE DA AÇÃO E, NA PARTE CONHECIDA, JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE, COM MODULAÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 771-15)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (PRESIDENTE), ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, VICO MAÑAS, EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, ARANTES THEODORO e TRISTÃO RIBEIRO.

São Paulo, 12 de agosto de 2015.

ANTONIO CARLOS VILLEN, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Cargos em comissão. Art. 3º e Anexo II da Lei nº 869, de 30 de outubro de 1989, com a redação da Lei nº 1.215, de 6 de dezembro de 2000; art. 2º e Anexo I da Lei nº 1.740, de 17 de abril de 2014; e Lei nº 1.551, de 1º de abril de 2009, todas do Município de Joanópolis. Posterior extinção, pela Lei nº 1.781, de 17 de dezembro de 2014, dos cargos criados no Anexo II da Lei nº 869/1989. Não conhecimento, quanto a esses cargos. Cargo de Assessor Jurídico. Advocacia pública. Inexistência de relação de confiança. Descrição genérica das atribuições dos demais cargos (Assessor de Coordenação e Desenvolvimento, Coordenador de Assistência Social e Coordenador de Cidadania) que impede a verificação do atendimento dos pressupostos constitucionais. Adoção do regime de emprego (regido pela CLT) para cargos em comissão. Impossibilidade. Estabilidade incompatível com a natureza precária dessa forma de provimento. Ação conhecida em parte e, no âmbito do conhecimento, julgada procedente, com modulação de efeitos.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral de Justiça, que impugna a criação de cargos em comissão pelos seguintes diplomas e dispositivos legais do Município de Joanópolis: art. 3º e Anexo II, da Lei nº 869, de 30 de outubro de 1989, com a redação da Lei nº 1.215, de 6

de dezembro de 2000; art. 2º e Anexo I da Lei nº 1.740, de 17 de abril de 2014; Lei nº 1.551, de 1º de abril de 2009; e, por arrastamento, Decreto nº 732, de 26 de dezembro de 1989.

O autor alega que os cargos de Assessor de Coordenação e Desenvolvimento, Coordenador de Assistência Social e Coordenador de Cidadania têm "atribuições que [...] não revestem a excepcionalidade exigível no nível superior de assessoramento, chefe e direção" (fl. 15). O cargo de Assessor Jurídico é de advocacia pública, cujas atividades "são reservadas a profissionais mediante aprovação em concurso público" (fl. 19). Sustenta que os cargos criados no Anexo II da Lei nº 869, de 30 de outubro de 1989, com a redação dada pela Lei nº 1.215, de 6 de dezembro de 2000, violam o princípio da legalidade, pois não são dotados de atribuições legais. Alega que a adoção do regime empregatício para ocupantes de cargos em comissão é incompatível com a natureza de tal forma de provimento.

O pedido de liminar foi deferido em parte, para sustar a realização de novas nomeações para os cargos em discussão (fls. 1.860/1.861).

Instado a se manifestar nos termos do art. 90, § 2º, da Constituição do Estado, o Procurador-Geral do Estado afirmou não ter interesse no feito (fls. 1.873/1.875).

O Prefeito Municipal prestou as informações de fls. 1.881/1.893, em que defende a constitucionalidade da lei.

O Presidente da Câmara Municipal prestou as informações de fls. 1.973/1.981, em que sustenta a procedência da ação, "com exceção às colocações feitas acerca da 'inadmissibilidade da adoção do regime celetista para cargos ou empregos comissionados' (item VI da inicial)" (fl. 1.975).

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela procedência (fls. 1.948/1.966; 1.988/1.995).

Requisitadas informações adicionais (fls. 1.997/1.998), o Prefeito Municipal as prestou (fl. 2.004).

É O RELATÓRIO.

Não procedem as preliminares arguidas pelo Prefeito Municipal.

Não há que falar em impossibilidade jurídica do pedido, que tem previsão no ordenamento (art. 125, § 2º, CF, e art. 90, CE).

Nem se alegue violação ao princípio do Promotor natural, pois o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade é atribuição do Procurador-Geral de Justiça (art. 116, VI, da LOMP e art. 90, III, da CE).

Também improcedente a preliminar de carência de ação. O mero erro material na transcrição dos dispositivos impugnados não leva à inépcia da inicial, que permite a adequada compreensão do pedido e da causa de pedir.

Acesso ao Sumário

Nesse sentido a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: "*A mera indicação de forma errônea de um dos artigos impugnados não obsta o prosseguimento da ação, se o requerente tecer coerentemente sua fundamentação e transcrever o dispositivo constitucional impugnado*" (ADI 2.682, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 12.02.2009) No mesmo sentido: ADI 4.261, Rel. Min. Ayres Britto, j. 02.08.2010.

Não obstante isso, a ação não pode ser conhecida no tocante aos cargos previstos no Anexo II da Lei nº 869/1989, à exceção do cargo de Procurador Jurídico. Os demais cargos ali previstos (Chefe de Gabinete, Encarregado da Administração e Finanças, Encarregado de Obras e Serviços, Encarregado do Setor Esportes, Turismo e Eventos, Encarregado do Setor Educação e Cultura e Encarregado do Setor Saúde e Assistência Social) foram extintos pelo art. 11 da Lei nº 1.781, de 17 de dezembro de 2014 (fls. 2.155/2.156). Os cargos de Encarregado já haviam sido objeto de alteração pela Lei nº 1.143, de 21 de outubro de 1998, que os transformou em cargos de Secretários Municipais (fls. 1.977/1.978).

Cientificado de tal alteração legislativa, o autor insistiu na procedência da ação, pois, alega, referida lei "procedeu à simples redenominação dos cargos" (fl. 1.990), que "ontologicamente na estrutura orgânica da Administração Pública local" (fl. 1.992) não têm essa natureza. A transformação em Secretarias Municipais, entretanto, é relevante, e o acolhimento de tal pretensão do autor implicaria inadmissível modificação do objeto da ação. A matéria deve ser examinada em sede própria, conforme, aliás, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

> Ação direta de inconstitucionalidade e reedição de medidas provisórias. Evolução da jurisprudência. Aditamento da petição inicial. Pressuposto de identidade substancial das normas. A possibilidade do aditamento da ação direta de inconstitucionalidade de modo a que continue, contra a medida provisória reeditada, o processo instaurado contra a sua edição original, pressupõe necessariamente a identidade substancial de ambas: se a norma reeditada é, não apenas formal, mas também substancialmente distinta da originalmente impugnada, impõe-se a propositura de nova ação direta.
>
> (ADI 1.753-QO, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 17.09.1998).

Ainda que a alteração não tivesse repercussão substancial, a ação ainda não poderia ser conhecida nessa parte, pois o autor deixou de requerer o aditamento da inicial. Também nesse sentido a jurisprudência do STF:

> A jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal tem assentado o entendimento de que a falta de aditamento da inicial, diante de reedição da medida provisória impugnada, ou de sua conversão em lei, enseja a extinção do processo sem julgamento de mérito. (ADI 3.957, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 30.04.2008).
>
> A renumeração do preceito constitucional estadual impugnado, mantido

Acesso ao Sumário

na íntegra o texto original, não implica a prejudicialidade da ação direta, desde que promovido o aditamento à petição inicial. Precedente: ADI 1.874, Relator o Ministro Maurício Corrêa, DJ de 7-2-03. (ADI 246, Rel. Min. Eros Grau, j. 16.12.2004).

No mais, a ação deve ser julgada procedente. Com relação ao cargo de Procurador Jurídico, criado pela Lei nº 869/1989 e alterado para Assessor Jurídico pela Lei nº 1.215/2000, a inconstitucionalidade é manifesta, conforme jurisprudência pacífica deste Órgão Especial. Este assentou entendimento no sentido de que a advocacia pública deve ser exercida por ocupantes de cargos efetivos, uma vez que não se trata de atividade que exija relação de confiança, requisito necessário para o provimento em comissão (art. 115, V, da Constituição do Estado). Nesse sentido, ADI 0157468-76.2013.8.26.0000, Rel. Des. Enio Zuliani, j. 30.10.2013, ADI 0203518-68.2010.8.26.0000, Rel. Des. Souza Nery, j. 21.03.2012, ADI 0047614-50.2013.8.26.0000, Rel. Des. Antonio Carlos Malheiros, j. 26.03.2013 e ADI 2053613-13.2014.8.26.0000, Rel. Des. Ferreira Rodrigues, j. 29.10.2014.

As atribuições dos cargos de Assessor de Coordenação e Desenvolvimento (Lei nº 1.740/2014), Coordenador de Assistência Social e Coordenador de Cidadania (Lei nº 1.551/2009), por sua vez, não têm descrição legal suficiente para justificar tal exceção à regra do concurso público (art. 115, II, da Constituição do Estado). Conforme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, "*[p]ara justificar a criação de cargos em comissão como exceção à regra ao concurso público, é necessário que a legislação demonstre, de forma efetiva, que as atribuições dos cargos a serem criados se harmonizam com o princípio da livre nomeação e exoneração*" (ARE 656.666-AgR, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 14.02.2012; grifei). A descrição das atribuições dos referidos cargos não permite considerar observada tal exigência constitucional:

Lei nº 1.551, de 1º de abril de 2009

[...]

Anexo I

[...]

Denominação: Coordenador de Assistência Social

Descrição detalhada:

. Desenvolve e implementa as ações relativas ao SUAS (Sistema Único de Assistência Social);

. Promove a criação e o desenvolvimento de núcleos e centros de referência social nas suas diversas manifestações;

. Coordena as informações sobre violência produzida no âmbito desta secretaria;

. Implementa e coordena o CRAS (Centro de Referência em Assistência Social)

Acesso ao Sumário

[...]

Denominação: Coordenador de Cidadania

Descrição detalhada:

. Desenvolve, implanta e executa as atividades, projetos e programas relacionados a promoção da cidadania;

. Desenvolve programas de assistência e desenvolvimento social;

. Acompanha e orienta os cumprimentos de penas alternativas impostas pelo Poder Judiciário;

• Representa o Poder Público, inclusive em Juízo, nas questões que envolvam cidadania.

Lei nº 1.740, de 17 de abril de 2014

[...]

Anexo I

[...]

Denominação: Assessor de Coordenação e Desenvolvimento

Requisitos: Ensino superior completo e conhecimentos em informática.

Atribuições:

. Assessora a coordenação e o desenvolvimento das atividades administrativas do Poder Executivo;

. Recebe e reúne os documentos e materiais necessários para respostas ou esclarecimentos às Indicações, Ofícios e Requerimentos oriundos do Poder Legislativo;

. Recebe e reúne os documentos e materiais necessários para respostas ou esclarecimentos às solicitações recebidas do Ministério Público, Tribunal de Contas e Tribunal de Justiça;

. Executa outras atividades correlatas que lhe forem determinadas.

Como se verifica, algumas atribuições são claramente cotidianas ("Recebe e reúne os documentos...") e outras são descritas de maneira genérica ("Desenvolve, implanta e executa as atividades, projetos e programas relacionados a promoção da cidadania"), o que impede a formação de juízo de certeza positivo quanto à natureza dos cargos em discussão. Não é possível determinar se tais cargos efetivamente exigem provimento em comissão. A ação deve ser julgada procedente nessa parte, pois a validade dessa forma excepcional de provimento está condicionada à aferição positiva de seus requisitos. A incerteza, que se verifica no caso concreto, implica inconstitucionalidade.

Isso poderia ser evitado com o aprimoramento da técnica legislativa, de maneira a esclarecer as efetivas responsabilidades dos cargos criados, seja a partir da descrição mais precisa de suas atribuições, seja a partir do estabelecimento de um organograma com o papel de cada servidor nos procedimentos da Administração. De qualquer maneira, as funções dos ocupantes de cargos em

Acesso ao Sumário

comissão devem estar claras, de forma a permitir a fiscalização pela sociedade em geral, pelos órgãos de controle e pelo Ministério Público. Para tal finalidade não é preciso que a lei desça às minúcias do funcionamento cotidiano da Administração; não são, porém, suficientes longas descrições construídas com sinônimos que pouco dizem.

A ação é também procedente no tocante à adoção do regime de emprego (baseado na Consolidação das Leis do Trabalho) estabelecido para os cargos em comissão. Trata-se de regime híbrido que viola o art. 115, V, pois outorga estabilidade incompatível com a precariedade que caracteriza o cargo de provimento em comissão. Nesse sentido, a doutrina de Hely Lopes Meirelles:

> "A instituição de tais cargos é permanente, mas seu desempenho é sempre precário, pois quem os exerce não adquire direito à continuidade na função, mesmo porque a exerce por confiança do superior hierárquico; daí a livre nomeação e exoneração" (*Direito administrativo brasileiro*, 37ª. ed., São Paulo, Malheiros, 2011, p. 461).

Também de acordo com tal orientação, a jurisprudência deste Órgão Especial:

> [...] III – Adoção do regime celetista para os titulares dos cargos em comissão de Assessor Jurídico, Chefe de Gabinete e Procurador Judicial. Inadmissibilidade. A principal característica do cargo em comissão, declarado em lei de livre nomeação e exoneração, é a precariedade. Impossível a adoção do regime celetista porque os cargos em comissão têm como natureza jurídica a instabilidade. Não há nas Constituições Federal e Estadual amparo à sujeição dos ocupantes de cargos comissionados ao regime celetista, sendo ambos inconciliáveis. Inteligência dos incisos II e V do artigo 37 da Constituição Federal e incisos II e V do artigo 115 da Constituição Bandeirante. IV – Inconstitucionalidade configurada. Ação procedente.
>
> (ADI 2029106-85.2014.8.26.0000, Rel. Des. Guerrieri Rezende, j. 06.08.2014).

Também nesse sentido: ADI 0205317-44.2013.8.26.0000, Rel. Des. Tristão Ribeiro, j. 11.06.2014, ADI 2028175-82.2014.8.26.0000, Rel. Des. Xavier de Aquino, j. 06.08.2014, e ADI 2042751-80.2014.8.26.0000, Rel. Des. Moacir Peres, j. 17.09.2014.

Por todo exposto, a procedência da ação é medida que se impõe. Todavia, para evitar prejuízo à prestação do serviço público e à organização municipal, é de rigor a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, de modo que só tenha eficácia quando transcorridos 120 (cento e vinte) dias da data do presente julgamento. Nesse sentido, ADI 2124992-14.2014.8.26.0000, Rel. Paulo Dimas Mascaretti, j. 26.11.2014, ADI 2155570-57.2014.8.26.0000, Rel. Antonio Carlos Malheiros, j. 19.11.2014 e ADI 2053613-13.2014.8.26.0000,

Acesso ao Sumário

Rel. Ferreira Rodrigues, j. 29.10.2014. Observe-se, no entanto, que a liminar se mantém, vedadas novas nomeações para os cargos em discussão.

Pelo meu voto, conheço em parte da ação e, no âmbito do conhecimento, julgo-a procedente, para declarar a inconstitucionalidade, com a mencionada modulação de efeitos: do art. 3º e Anexo II, da Lei nº 869, de 30 de outubro de 1989, com a redação da Lei nº 1.215, de 6 de dezembro de 2000, na parte em que criou cargos de Assessor Jurídico; do art. 2º e Anexo I da Lei nº 1.740, de 17 de abril de 2014; e da Lei nº 1.551, de 1º de abril de 2009, todas do Município de Joanópolis; bem como, por arrastamento, do Anexo II/1 do Decreto nº 732, de 26 de dezembro de 1989, do mesmo Município.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2228598-58.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE BURI e PREFEITO MUNICIPAL DE BURI.

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 27566)**

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, LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO e SÉRGIO RUI.

São Paulo, 12 de agosto de 2015.

JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN, Relator

Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade de Lei Municipal. Provimento em comissão de cargos cujas funções são eminentemente técnicas ou profissionais, próprias de cargos de provimento efetivo. Artigo 37, inciso II e artigo 115, incisos I e II, da Constituição

Acesso ao Sumário

Federal e artigo 144 da Constituição do Estado de São Paulo. Limitações à autonomia municipal em face da necessária igualdade de acesso aos cargos públicos e aplicação do princípio da obrigatoriedade de concurso público para provimento de cargos públicos. Precedentes deste C. Órgão Especial. Ação procedente para declarar a inconstitucionalidade da parte impugnada da lei municipal.

VOTO

O Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo propõe Ação Direta de Inconstitucionalidade em face da Lei Complementar nº 721, de 28 de agosto de 2014, do Município de Buri, que dispõe sobre a estrutura administrativa e organizacional da Prefeitura Municipal de Buri e dá outras providências.

A parte impugnada refere-se ao Anexo I – item 2, e Anexo II, item 2 da lei, que criam os cargos de "Assessor de Gabinete", "Chefe do Setor de Cozinha Piloto" e "Coordenador de Divisão de Vigilância Sanitária", que têm natureza de unidades executórias de pouca complexidade, com exigência de nível médio completo, sendo meramente técnica, burocrática, operacional e profissional, havendo necessidade de provimento através de concurso público, eis que não retratam atribuições de assessoramento, chefia e direção a exigir liberdade de provimento em comissão, bem como que tais atividades são distantes dos encargos de comando superior da Administração Municipal, não exigindo autonomia, tampouco poder de comando superior, em que seja imprescindível a relação de confiança.

Sustenta que há incidente de inconstitucionalidade nº 0049103-88.2014.8.26.0000 em que já se arguiu a inconstitucionalidade de alguns cargos de provimento em comissão no Município de Buri, mas que entretanto, em virtude de alterações legislativas posteriores, atualmente é a Lei ora impugnada que trata do assunto.

Afirma que há afronta aos artigos 115, inciso I, II e V, da Constituição Estadual e artigo 37, incisos I, II e V, da Constituição Federal, cuja aplicabilidade à hipótese decorre do artigo 144, da Constituição Estadual.

Aduz que a autonomia municipal deve ser exercida com a observância dos princípios contidos na Constituição Federal e na Constituição Estadual relativamente ao regime jurídico do serviço público, sendo a regra a de preenchimento de postos através de concurso público de provas ou de provas e títulos, pois assim se garante a acessibilidade geral, prevista no artigo 37, I, da Constituição Federal e no artigo 115, I, da Constituição do Estado de São Paulo.

Acesso ao Sumário

Entende presentes os requisitos do *fumus boni iuris* pela violação dos dispositivos indicados, bem como o *periculum in mora* consistente na oneração do erário irreparável ou de difícil reparação.

Pleiteia a concessão de medida liminar para o fim de suspender parcialmente, até o final e definitivo julgamento desta ação, das expressões "Assessor de Gabinete", "Chefe do Setor de Cozinha Piloto" e "Coordenador de Divisão de Vigilância Sanitária", constantes do Anexo I – item 2, bem como do Anexo II – item 2, todos da Lei Complementar nº 721, de 28 de agosto de 2014, do Município de Buri.

Foi deferida a liminar para suspender, parcialmente, com efeito "ex nunc", até o final e definitivo julgamento desta ação, as expressões "Assessor de Gabinete", "Chefe do Setor de Cozinha Piloto" e "Coordenador de Divisão de Vigilância Sanitária", constantes do Anexo I – item 2, bem como do Anexo II – item 2, todos da Lei Complementar nº 721, de 28 de agosto de 2014, do Município de Buri (fls. 597/601).

Requisitadas, pelo relator, as informações de praxe, adveio manifestação da Procuradoria Geral do Estado pelo desinteresse na defesa do ato impugnado (fls. 617/619).

O Prefeito Municipal manifestou-se a fls. 610/612 sustentando a constitucionalidade da norma apontada, e o Presidente da Câmara Municipal a fls. 624/625 fazendo referência às informações prestadas pelo Sr. Prefeito Municipal em razão de tratar-se de matéria de economia interna do Poder Executivo Municipal.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se pela procedência da ação direta, declarando-se a inconstitucionalidade das expressões impugnadas.

É o relatório.

A matéria já é conhecida por este C. Órgão Especial, que já se manifestou sobre a prevalência da regra do concurso público para provimento de cargos.

Pretende o d. Procurador-Geral de Justiça seja declarada a inconstitucionalidade da referida lei municipal na parte em que cria cargos em comissão para o exercício de funções estritamente técnicas ou profissionais, que exigem provimento efetivo através de concurso público.

Acesso ao Sumário

Com razão o requerente.

A presente ação envolve três cargos em comissão no Município de Buri, estando a lei em vigor a partir do dia 1º de agosto de 2014.

As atribuições de Assessor de Gabinete são: assessorar o Prefeito em assuntos que lhe forem designados, bem como atender às pessoas por eles encaminhadas, orientando-as ou marcando-lhes audiência; assessorar o Prefeito em assuntos de natureza técnica e administrativa; elaborar estudos técnicos e

projetos de interesse do Gabinete; propor normas e rotinas que otimizem os resultados pretendidos; elaborar e rever minutas de atos administrativos; conferir, receber, guardar e utilizar corretamente os equipamentos e materiais de escritório colocados à disposição do gabinete; organizar e manter atualizado cadastro contendo nomes, telefones e endereços de autoridades e instituições de interesse da Prefeitura; preparar a pauta de assuntos a serem discutidos nas reuniões em que deve participar o Prefeito; receber e preparar a correspondência do Prefeito; exercer outras atividades correlatas.

Ao Chefe do Setor de Cozinha Piloto cabe "supervisionar a Cozinha Piloto no cozimento dos alimentos a serem fornecidos pela Prefeitura Municipal; supervisionar a aquisição de gêneros alimentícios junto aos fornecedores, buscando garantir a qualidade dos mesmos e segurança para que não haja nenhum risco de contaminação ou sabotagem; supervisionar o trabalho de todos os funcionários envolvidos na aquisição, preparo e distribuição dos alimentos; coordenar estudos visando a melhoria do preparo e fornecimento de alimentos, buscando sempre equilibrar o binômio qualidade/economia; executar outras atividades correlatas.

As funções do Coordenador de Divisão de Vigilância: "coordenar e acompanhar o desenvolvimento de serviços e ações de investigação, fiscalização e vigilância sanitária em conformidade com legislação vigente e em articulação com os demais órgãos e instituições municipais, estaduais e federais; desenvolver e coordenar programas de educação sanitária; fazer cumprir as legislações sanitárias municipal, estadual e federal, investindo-se como autoridade sanitária com poderes para atuar, processar e impor sanções em caso de infrações a leis e regulamentos; autorizar a concessão de alvarás sanitários e outros documentos previstos na legislação vigente, relativos a produtos e estabelecimentos produtores relacionados direta ou indiretamente com a saúde; elaborar normas técnicas específicas de Vigilância Sanitária no âmbito municipal, atendidas as disposições legais; elaborar planos, emitir pareceres, executar diligências e demais ações de fiscalização sanitária; manter um sistema de informações que favoreça a participação do consumidor e do usuário nas ações de Vigilância Sanitária; participar da execução das ações de farmacovigilância, da vigilância de agravos inusitados, vigilância das enfermidades transmissíveis por alimentos, das intoxicações químicas e outras; subsidiar e viabilizar a atualização da legislação sanitária municipal, compatibilizando-a com a legislação estadual e federal em função das peculiaridades do Município; exercer atividades correlatas que lhe forem delegadas (fls. 05/06).

Acesso ao Sumário

Ao que se verifica, o mencionado Incidente de Inconstitucionalidade nº 0049103-88.2014.8.26.0000 voltava-se contra as Leis Municipais anteriores nº 427/2009 e 568/2011, que, por votação unânime, em 17 de setembro de 2014, não foi conhecido em razão da C. Câmara não ter enfrentado a questão, como

ditam os artigos 480 e 481 do Código de Processo Civil ("art. 480. Arguida a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, o relator, ouvido o Ministério Público, submeterá a questão à turma ou câmara, a que tocar o conhecimento do processo"; "art. 481. Se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento; se for acolhida, será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno").

Ivan Barbosa Rigolin, em seu artigo "Servidores Públicos. O art. 37 da Constituição", in Tratado de Direito Municipal, São Paulo: Quartier Latin, volume 1, p. 505/506, ao discorrer sobre o inciso V, do artigo 37, da Constituição Federal afirma:

> "*O inciso, por fim, decreta que as únicas atribuições admissíveis para cargos em comissão são as referentes a chefia, direção e assessoramento, proscrevendo e proibindo outras.*
>
> *Não é preciso que o cargo seja de diretor, ou de chefe, ou de assessor, para poder ser em comissão, bastando que contenha alguma daquelas atribuições. Não vale aqui apenas o 'nomen juris', a denominação do cargo; antes importa o que seu ocupante realiza, que seja função de chefiar pessoas ou serviços, ou dirigi-los, ou ainda assessorar autoridades – nesse último caso, exigindo-se um assessoramento que faça jus ao nome, vale dizer, personalizado, diferenciado com relação a mero auxílio ao expediente, de algum modo qualificado e distinto, que leve a marca ou a fatura pessoal do assessor.*
>
> *Com frequência os Tribunais de contas impugnam a criação de cargos apenas denominados de acordo com a Constituição, mas que nada contêm em verdade de assessoramento diferenciado, nem de verdadeira chefia – como nos chefes de si mesmos, que não têm chefiados –, nem de direção real de coisa alguma ou de quem quer que seja. Se no caso de redenominar as 'funções de confiança' atribuídas a empregados celetistas para outro título resolve o problema, o mesmo não se dá quanto a cargos em comissão. Fora do requisito material da Carta, apenas o nome do cargo em comissão não resolve o problema se as suas atribuições não se enquadrarem nalguma das três constitucionalmente exigidas.*"

Com efeito, o ordenamento jurídico pátrio impõe como princípio corolário o da obrigatoriedade de concurso público para o provimento de cargos públicos, tendo como ressalva a possibilidade da ocupação dos quadros da Administração Pública por funcionários que não passaram pela aprovação em concurso público.

Isso em razão da natureza especial que determinados cargos exigem, tal seja a confiança que o funcionário público nomeante deposita no nomeado, tendo este dever de lealdade para com aquele, assim como deve seguir as diretrizes políticas estabelecidas por seu superior.

Entretanto, tais cargos em comissão têm alcance limitado a situações

Acesso ao Sumário

excepcionais, não podendo estender-se a situações que não exigem a referida natureza especial necessária ao desempenho de suas funções, sob pena de quebra da igualdade no acesso aos cargos públicos e desrespeito ao princípio da obrigatoriedade de concurso público para o provimento dos cargos públicos.

Tal assertiva tem respaldo no artigo 37, incisos II e no artigo 115, incisos I e II, da Constituição Federal, assim como no artigo 144 da Constituição do Estado de São Paulo.

O artigo 144 da Constituição Paulista concede aos Municípios autonomia política, legislativa, administrativa e financeira, a eles competindo auto-organizar-se por lei orgânica, obedecendo o disposto na Constituição Federal e na Constituição Estadual.

O artigo 115, incisos I e II da Constituição Estadual dispõe:

Artigo 115 – Para a organização da administração pública direta e indireta, inclusive as fundações instituídas ou mantidas por qualquer dos Poderes do Estado, é obrigatório o cumprimento das seguintes normas:

I – os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preenchem os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;

II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia, em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão, declarado em lei, de livre nomeação e exoneração;

Dessa forma, ainda que os municípios tenham autonomia outorgada pela Constituição Federal para se auto-organizarem administrativamente, assim como organizar e manter seu funcionalismo, criar e prover cargos e funções e fixar as respectivas regras, não podem ultrapassar as limitações constitucionais já citadas relativas à igualdade de acesso aos cargos públicos e obrigatoriedade de aprovação em concurso público para ocupação dos cargos públicos.

De fato, a Lei Municipal de Buri, em parte de seus anexos I e II, pretendeu criar cargos em comissão para o exercício de funções estritamente técnicas e profissionais, que exigem provimento efetivo através de concurso público, tais sejam as de **assessor de gabinete**, **chefe do setor de cozinha piloto** e **coordenador de divisão de vigilância sanitária**.

Este C. Órgão Especial já firmou entendimento nesse sentido:

"*Leis Complementares Municipais que dispõem sobre a criação de três cargos de procurador jurídico e um de médico-perito, a serem providos em comissão. Inconstitucionalidade manifesta, já que* ***a espécie de cargos prevista demanda o exercício de funções estritamente técnicas ou profissionais, próprias dos cargos de provimento efetivo e que, por essa razão, só podem ser preenchidos por concurso público****. A criação de cargo em comissão, em contrapartida, pressupõe o*

Acesso ao Sumário

atendimento do interesse público, e apenas se justifica para o exercício de ***funções de*** '***direção, chefia e assessoramento***'*, em que seja necessário o estabelecimento de vínculo de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado. Ação procedente, por afronta ao art. 115, I e II da Constituição do Estado de São Paulo*" *(Tribunal de Justiça de São Paulo, Órgão Especial, Ação Direta de Inconstitucionalidade de Lei nº 126.268-0/1-00, Relator Desembargador Jarbas Mazzoni, julgado em 04.10.2006).*

"*Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Municipal que cria cargos de provimento em comissão. Derrogação parcial da norma por lei superveniente no curso da ação, ensejando a prejudicialidade de parte da demanda. Na outra parte, pedido deferido, pois é vedada a criação de cargos em comissão para o* ***exercício de funções estritamente técnicas ou profissionais, próprias dos cargos de provimento efetivo, os quais só poderiam ser preenchidos por concurso público****. Inteligência do art. 37, I e II, da CF, e do art. 115, I e II, da Constituição Paulista*" *(Tribunal de Justiça de São Paulo, Órgão Especial, Ação Direta de Inconstitucionalidade de Lei nº 139.276-0/8-00, Relator Desembargador Canellas de Godoy, julgado em 03.10.2007).*

Assim, **dá-se pela procedência da ação, declarando-se inconstitucional a parte do quadro geral do anexo I e II, relativo aos cargos de "Assessor de Gabinete", "Chefe do Setor de Cozinha Piloto" e "Coordenador de Divisão de Vigilância Sanitária", da Lei Complementar Municipal nº 721, de 28 de agosto de 2014, do Município de Buri.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2146905-52.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE ARARAQUARA e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE ARARAQUARA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "AFASTARAM A PRELIMINAR E JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE, COM MODULAÇÃO. V.U. SUSTENTOU ORALMENTE A ADV. DRA. MARIANA EL BECK VON BESZEDITS.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.148)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (PRESIDENTE), LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, ARANTES THEODORO,

Acesso ao Sumário

TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, VICO MAÑAS, NUEVO CAMPOS, EROS PICELI, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS e MÁRCIO BARTOLI.

São Paulo, 26 de agosto de 2015.

JOÃO CARLOS SALETTI, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Pedido de inconstitucionalidade das expressões de "Auxiliar de Gabinete", "Assessor de Cerimonial", "Mestre de Cerimônia", "Assessor de Operações de Crédito", "Assessor Especial", "Assessor de Projetos", "Motorista de Gabinete", "Assessor de Gabinete", "Assessor de Participação Popular", "Assessor de Relações Internacionais", "Assessor de Planejamento", e "Assessor de Auditoria de Saúde", previstas no Anexo II da Lei Municipal nº 6.251, de 19 de abril de 2005, de Araraquara, que "Dispõe sobre o Plano de Carreiras, Cargos e Vencimentos da Prefeitura do Município de Araraquara e dá outras providências" – Excepcional é a dispensa de concurso público para nomeação de servidor – Provimento de cargos em comissão autorizado desde que preenchidos determinados requisitos, destinando-se "apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento", que exijam vínculo de confiança – Cargos mencionados nos dispositivos atacados não correspondem a atribuições próprias de "assessoramento, chefia e direção", mas tratam de funções técnicas, burocráticas, operacionais e profissionais a serem preenchidas por servidores públicos investidos em cargos de provimento efetivo – Irrelevância da nomenclatura utilizada se as atribuições não são próprias de direção, chefia e assessoramento, nem sugere necessidade de relação de confiança – Violação dos arts. 111, 115, I, II e V, e art. 144, da CE – Procedência da ação.

MODULAÇÃO DE EFEITOS – Lei que vigora há

Acesso ao Sumário

vários anos – Necessidade de modulação dos efeitos da declaração, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, e assim evitar solução de continuidade ou prejuízo de serviços essenciais – Efeitos da declaração a produzir-se ao cabo de cento e vinte (120) dias contados da data do julgamento.

Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente, com modulação.

VOTO

O libelo inaugural veicula pedido de inconstitucionalidade das expressões de "Auxiliar de Gabinete", "Assessor de Cerimonial", "Mestre de Cerimônia", "Assessor de Operações de Crédito", "Assessor Especial", "Assessor de Projetos", "Motorista de Gabinete", "Assessor de Gabinete", "Assessor de Participação Popular", "Assessor de Relações Internacionais", "Assessor de Planejamento", e "Assessor de Auditoria de Saúde", previstos no Anexo II da Lei nº 6.251, de 19 de abril de 2005, do Município de Araraquara, que "dispõe sobre o Plano de Carreiras, Cargos e Vencimentos da Prefeitura do Município de Araraquara e dá outras providências".

Afirma o proponente, em resumo, que os cargos mencionados "não retratam atribuições de assessoramento, chefia e direção, senão funções técnicas, burocráticas, operacionais e profissionais. Necessidade de provimento efetivo. Inexigibilidade de especial relação de confiança. Violação de dispositivos da Constituição Estadual (art. 115, I, II e V, e art. 144)".

A Procuradoria Geral do Estado deixou de se manifestar porque "os dispositivos legais atacados tratam de matéria exclusivamente local" (fls. 263/265).

A Câmara e a Prefeitura Municipal prestaram informações (fls. 274/277 e 281/289), esta última com preliminar de inépcia da petição inicial.

A douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela procedência da ação (fls. 291/294).

Às fls. 296, determinei, para julgamento em conjunto com este, o aguardo do processamento da conexa ADI "2199858-90.2014.8.26.0000 (protocolado nº 113.411/2014 da PGJ), que envolve a Lei nº 6.251/2005 (também objeto desta ADI), além da Lei nº 6.249/2005".

É o relatório.

1. O Prefeito Municipal, em sua resposta, suscita preliminar de inépcia da petição inicial (fls. 281/289), "nos moldes do artigo 295, I e parágrafo único, inciso II, do Código de Processo Civil". Afirma:

"... **da narração dos fatos não decore logicamente a conclusão**, posto que se narra que os cargos de provimento em comissão são inconstitucionais em razão das suas atribuições que seriam contrárias ao mandamento constitucional e se conclui no pedido que apenas as expressões *supra* citadas devem ser declaradas inconstitucionais.

"Deste modo, segundo a narração dos fatos, no pedido deveria constar o requerimento de reconhecimento da inconstitucionalidade dos cargos de provimento em comissão acima elencados constantes do Anexo II da Lei Municipal nº 6.251 de 19 de abril de 2005, bem como das suas respectivas descrições constantes do anexo VI da Lei Municipal nº 6.251 de 19 de abril de 2005. Saliente- se que as expressões, por si só, não são inconstitucionais".

Não merece acolhimento a preliminar.

Considera-se inepta a petição inicial, nos termos do art. 295, parágrafo único, incisos I a IV, do Código de Processo Civil, quando lhe faltar pedido ou causa de pedir, da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão, o pedido for juridicamente impossível ou contiver pedidos incompatíveis entre si.

Anotam THEOTÔNIO NEGRÃO e continuadores (*Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, Ed. Saraiva, 45ª ed./2013, nota 6 ao art. 295, pág. 430):

"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 T., REsp 193.100, Min. Ari Pargendler, j. 15.10.01, DJU 4.2.02). No mesmo sentido: RJM 181/318, JTJ 340/338 (AP 305.791-5/0-00).

Não é o caso dos autos, dado inexistir qualquer vício na peça inaugural, que preenche as formalidades legais. Ademais, não se verifica tenha o suscitante encontrado dificuldade na defesa. Basta as informações que prestou (fls. 281/289).

Não custa enfatizar ser clara a peça inicial no afirmar:

"A Lei Municipal nº 6.250 (***sic* 6.251**), de 19 de abril de 2005, estabeleceu o Plano de Carreiras, Cargos e Vencimentos da Prefeitura do Município de Araraquara.

"No anexo II do mencionado ato normativo estão descritos os cargos públicos de provimento em comissão, **dos quais somente os destacados (negrito) são impugnados na presente ação, por serem suas funções predominantemente técnicas e subalternas** ...".

Portanto, a pretensão se refere apenas aos cargos expressamente ressaltados, dentre todos os constantes do anexo II do ato normativo citado. Daí a assertiva de que "as expressões *supra* citadas devem ser declaradas

Acesso ao Sumário

inconstitucionais".

Rejeito, portanto, a preliminar.

2. Passo à análise do mérito.

Dispõem os arts. 111, 115, I, II e V (repete o art. 37, II, da CF) e 144 da Constituição Estadual:

> "**Artigo 111** – A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação, interesse público e eficiência." (com redação dada pela EC 21/2006).
>
> "**Artigo 115** – Para a organização da administração pública direta e indireta, inclusive as fundações instituídas ou mantidas por qualquer dos Poderes do Estado, é obrigatório o cumprimento das seguintes normas:"
>
> "**I** – os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preenchem os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;" (com redação dada pela EC 21/2006)
>
> "**II** – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia, em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão, declarado em lei, de livre nomeação e exoneração;"
>
> "**V** – as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento" (com redação dada pela EC 21/2006).
>
> "**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."

3. Os Municípios brasileiros são dotados de autonomia política e administrativa. Porém, tal autonomia não é de caráter absoluto, devendo ser exercida de conformidade com as normas constitucionais.

Acesso ao Sumário

A regra de ingresso de servidores nos cargos funcionais é o concurso público. Excepcional é a dispensa dele para nomeação de servidor.

A criação e o provimento de cargos em comissão é constitucionalmente autorizado desde que preenchidos determinados requisitos, devendo destinar-se "**apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento**" (citado art. 115, V, da CE), funções **que exijam vínculo de confiança**.

Os cargos mencionados nos dispositivos atacados mediante esta ação não correspondem a atribuições próprias de "direção, chefia e assessoramento". Em

realidade, "têm natureza predominantemente técnica, burocrática, operacional e profissional", a serem preenchidos por servidores públicos investidos em cargos de provimento efetivo, como ressaltado pelo requerente.

Ensina HELY LOPES MEIRELLES (Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros Editores, 35ª ed./2009):

> "*Cargo em comissão* – É o que só admite provimento em caráter provisório. São declarados em lei de livre nomeação (sem concurso público) e exoneração (art. 27, II), destinando-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento (CF, art. 37, V). Todavia, pela EC 19, o preenchimento de uma parcela dos *cargos em comissão* dar-se-á unicamente por servidores de carreira, nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei (art. 37, V). Portanto, nestas hipóteses o provimento não será totalmente livre, como ocorre com os não servidores, isto é, os sem vínculo efetivo anterior à nomeação. A lei ali referida será de cada entidade política, mas, especialmente na fixação dos percentuais mínimos, deverá observar o *princípio da razoabilidade*, sob pena de fraudar a determinação constitucional, no sentido de uma parte dos cargos em comissão ser provida de forma totalmente livre e outra, parcialmente, diante das limitações e condições previstas nessa lei. A instituição de tais cargos é permanente, mas seu desempenho é sempre precário, pois quem os exerce não adquire direito à continuidade na função, mesmo porque a exerce por confiança do superior hierárquico; daí a livre nomeação e exoneração. (p. 424).
>
> "... a exigência de prévia aprovação em concurso é para os cargos de provimento efetivo, ou seja, não temporário, não condicionado a uma relação de confiança entre o nomeado e seus superiores hierárquicos. Daí por que é dispensada para o preenchimento dos cargos declarados em lei de provimento em comissão, cuja principal característica é a confiabilidade que devem merecer seus ocupantes, por isso mesmo nomeáveis e exoneráveis livremente (CF, art. 37, II), e destinados apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento (CF, art. 37, V). Como vimos, uma parcela desses cargos em comissão será preenchida por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei (CF, art. 37, V). Nestas hipóteses, a nomeação, embora livre, fica condicionada à observância dos requisitos previstos na lei federal, estadual, distrital ou municipal.
>
> "Neste campo, o legislador deve ter presente, sempre, advertência e alerta no STF no sentido de que "a criação de cargo em comissão, em moldes artificiais e não condizentes com as praxes de nosso ordenamento jurídico e administrativo, só pode ser encarada como inaceitável esvaziamento da exigência constitucional do concurso", ou, por extensão,

Acesso ao Sumário

agora, da exigência de um percentual mínimo para os servidores de carreira, isto é concursados". (p. 443/444).

Como bem discorreu a douta Procuradoria Geral de Justiça, na peça vestibular (fls. 1/19), após transcrever as atribuições dos cargos referidos (cf. fls. 7/12), "insertos no Anexo II da Lei Municipal nº 6.251, de 19 de abril de 2005, do Município de Araraquara", atribuições essas "descritas no mencionado ato normativo e na Lei nº 8.256, de 17 de julho de 2014, de Araraquara (fls. 55/58 e 226/231)":

"As atribuições previstas para os cargos de provimento em comissão de **Auxiliar de Gabinete, Assessor de Cerimonial, Mestre de Cerimônia, Assessor de Operações de Crédito, Assessor Especial, Assessor de Projetos, Motorista de Gabinete, Assessor de Gabinete, Assessor de Participação Popular, Assessor de Relações Internacionais, Assessor de Planejamento e Assessor de Auditoria de Saúde** têm natureza predominantemente técnica, burocrática, operacional e profissional.

"Outros aspectos dos mencionados cargos também lhes conferem natureza de unidades que desempenham atividades subalternas. Uma delas é a exigência de jornada integral de trabalho, conforme previsão no art. 18, da Lei Municipal nº 6.251, de 19 de abril de 2005, Araraquara (fls. 20), aspecto que, conjugado com as demais características dos cargos impugnados, reforçam a natureza de unidades executórias de pouca complexidade, de nível subalterno, sem poder de mando e comando superior e necessidade do elemento fiduciário para seu desempenho, o que justificaria o provimento em comissão.

"As atividades desempenhadas pelas unidades ... são atribuições predominantemente técnicas, administrativas e burocráticas, distantes dos encargos de comando superior de Administração Municipal, em que se exige especial confiança e afinamento com as diretrizes políticas do governo.

"Dessa forma, os cargos comissionados anteriormente destacados são incompatíveis com a ordem constitucional vigente, em especial **com o art. 115 incisos I, II e V, e art. 144, da Constituição do Estado de São Paulo**.

(...)

"São a natureza do cargo e as funções a ele cometidas pela lei que estabelecem o imprescindível "*vínculo de confiança*" (cf. Alexandre de Moraes, *Direito Constitucional Administrativo*, São Paulo, Atlas, 2002, p. 158), que justifica a dispensa do concurso. Daí o entendimento de que tais cargos devam ser destinados "*apenas às atribuições de direção, chefia e*

Acesso ao Sumário

assessoramento" superior da Administração (cf. Odete Medauar, *Direito Administrativo Moderno*, 5ª Ed., São Paulo, RT, p. 317).

"Essa também é a posição do E. Supremo Tribunal Federal (ADI-MC 1141/GO, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, J. 10/10/1994, Pleno, DJ 04-11-1994, PP-29829, EMENT VOL-01765-01 PP-00169).

"Não é qualquer unidade de chefia, assessoramento ou direção que autoriza o provimento em comissão, a atribuição do cargo deve reclamar especial relação de confiança para desenvolvimento de funções de nível superior de condução das diretrizes políticas do governo.

"Pela análise da natureza e atribuições dos cargos impugnados não se identificam os elementos que justificam o provimento em comissão.

(...)

"No caso em exame, evidencia-se claramente que os **cargos de provimento em comissão, antes referidos**, destinam-se ao desempenho de **atividades predominantemente técnicas, que não exigem, para seu adequado desempenho, relação de especial confiança**.

"É necessário ressaltar que a posição aqui sustentada encontra esteio em inúmeros julgados desse E. Tribunal de Justiça (ADI 111.387-0/0-00, j. em 11.05.2005, rel. des. Munhoz Soares; ADI 112.403-0/1-00, j. em 12 de janeiro de 2005, rel. des. Barbosa Pereira; ADI 150.792-0/3-00, julgada em 30 de janeiro de 2008, rel. des. Elliot Akel; ADI 153.384-0/3-00, rel. des. Armando Toledo, j. 16.07.2008, v.u.).

"Por fim, cabe registrar que entendimento diverso do aqui sustentado significaria, na prática, **negativa de vigência ao art. 115, incisos I, II e V da Constituição Estadual, bem como ao art. 37 incisos I, II e V da Constituição Federal, cuja aplicabilidade à hipótese decorre do art. 144 da Carta Estadual.**"

Não custa lembrar ser irrelevante a nomenclatura utilizada se as atribuições não são próprias de direção, chefia e assessoramento, nem sugere necessidade de relação de confiança.

Acrescentou a douta Procuradoria Geral de Justiça (fls. 291/294), reiterando os fundamentos adotados na inicial:

"É absolutamente notório que não se trata de cargos de direção, chefia ou assessoramento superior, nos termos dos limites impostos pela Constituição do Estado, em conformidade com o art. 115, I, II e V, para que sejam eles, em caráter excepcional, providos independentemente de concurso.

"Não se trata – como é possível aferir das respectivas atribuições, descritas na inicial – de cargos em que seja imprescindível uma especial

Acesso ao Sumário

relação de confiança com os ocupantes dos quadros superiores da Administração Municipal, superior à confiança e dedicação normal, exigível de todos aqueles que atuam nos quadros da Administração Pública.

"Daí a afirmação no sentido de que não poderiam, tais cargos, ser providos independentemente de concurso público".

4. Essa a conclusão a prevalecer neste caso, na esteira do que decidiu recentemente este C. Órgão Especial (ADI 2122148-91.2014.8.26.0000, Relator Desembargador JOÃO NEGRINI FILHO, j. 28.01.2015), apoiado em precedentes do Supremo Tribunal Federal e deste Órgão Especial. Vale reproduzir:

"A Constituição Federal, em seus artigos 1º e 18, assegura autonomia político-administrativa aos entes federados, no que se incluem os Municípios, cabendo-lhes instituir a organização de sua estrutura funcional para efetivo exercício da atividade estatal.

"Contudo, o exercício da referida autonomia organizacional não é absoluto, devendo-se respeitar as balizas constitucionais de âmbito estadual e federal, como preveem os artigos 29 da CF e o art. 144 da Constituição Estadual:

"...

"Ao dispor sobre criação de cargos e remuneração em matéria própria de organização administrativa, não pode a Câmara Municipal afrontar normas constitucionais referentes ao regime jurídico e de acesso ao serviço público.

"A Constituição Estadual, em seu artigo 115, incisos I, II e V, reproduz o que dispõe o art. 37 da CF:

"...

"Depreende-se, do dispositivo constitucional transcrito, que a regra geral de provimento dos cargos públicos é o concurso de provas ou provas e títulos. Existe ressalva quanto ao cargo em comissão, assim declarado em lei, pois o mesmo é de livre nomeação e exoneração.

"...

"O que se vê, da norma impugnada, é que os cargos de 'Assessor Parlamentar' e 'Auxiliar Parlamentar' não possuem atribuições de confiança, mas sim de caráter técnico/executório, podendo ser exercidas por funcionários concursados, exigindo-se tão somente lealdade à Administração (obrigação de qualquer servidor), o que torna inviável o seu provimento em comissão.

O v. aresto cita v. julgado do C. Supremo Tribunal Federal (cuja ementa

Acesso ao Sumário

transcreve na íntegra), decisão essa afirmativa de que, no aqui interessante:

"*(...)*

"*3. 'É inconstitucional a criação de cargos em comissão que não possuem caráter de assessoramento, chefia ou direção e que não demandam relação de confiança entre o servidor nomeado e o seu superior hierárquico' (ADI 3.602, Pleno, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJ de 7.6.11). No mesmo sentido: AI 656.666-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 5.3.2012 e ADI 3.233, Pleno, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJe 14.9.2007.*

"*4. Para se chegar à conclusão contrária à adotada pelo Tribunal de origem quanto à natureza das atribuições relacionadas aos cargos em comissão, necessário seria o reexame da matéria fático-probatória e da legislação local que o orientou (Leis Municipais 14.375/04, 14.840/05, 14.841/05, 14.842/05, 14.843/05, 14.845/05), o que inviabiliza o extraordinário, a teor dos Enunciados das Súmulas ns. 279 e 280 do Supremo Tribunal Federal, verbis: 'Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário' e 'Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário'.*

"*5. In casu, o acórdão originalmente recorrido assentou: 'AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Expressões e dispositivos das Leis Municipais nº 14.375, de 27 de dezembro de 2007 e nºs 14.840, 14.841,14.842, 14.843, 14.845, de 18 dezembro de 2008, e seus anexos, que tratam da criação de cargos em comissão de assessoria na Prefeitura Municipal de São Carlos e em sua Administração Indireta, como fundações, PROHAB e Serviço Autônomo de Água e Esgoto – Atribuições que não exigem necessidade de vínculo especial de confiança e lealdade, a justificar a criação de cargo em comissão – Funções técnicas, burocráticas, operacionais e profissionais, típicas de cargos de provimento efetivo, a ser preenchido por servidor concursado – Violação dos arts. 111, 115, II e V, e 144 da CE – Procedência da ação.*"

"*6. Agravo regimental a que se nega provimento.*

(Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 693.714, São Paulo, Município de São Carlos x Câmara Municipal de São Carlos, Relator Ministro LUIZ FUX, j. 11 de setembro de 2012).

Prossegue o v. aresto desta Corte afirmando que:

"Em casos análogos também já se pronunciou o C. Órgão Especial:

"... (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2124992-14.2014.8.26.0000, ... Rel. Des. Paulo Dimas Mascaretti, j. 26/11/2014).

"... Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2132589-34.2014.8.26.0000, ... Rel. Des. Neves Amorim, j. 19/11/2014).

Acesso ao Sumário

"Como reforço de argumentação, tem-se a exigência de escolaridade de '*ensino médio completo ou cursando*', pois a toda evidência as tarefas a serem executadas são de pouca complexidade, de nível subalterno, sem poder de comando a justificar o provimento em comissão.

"Esse mesmo raciocínio foi desenvolvido pelo I. Des. Francisco Casconi, nos autos da ADIN nº 2124630-12.2014.8.26.0000;

"...

"Ressalte-se, a questão da quantidade de cargos em comissão serem superiores aqueles efetivos, o que foge da excepcionalidade prevista no artigo 115, V da Constituição Estadual e afronta aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, presentes no artigo 111 da mesma Constituição.

"Conclui-se, portanto, que o ato normativo impugnado é inconstitucional no tocante às expressões 'Assessor Parlamentar' e 'Auxiliar Parlamentar' como explanado acima, por afronta aos artigos 111, 115, II e V e 144 da Constituição do Estado de São Paulo."

5. Acolhido como deve ser o pedido, é preciso modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

Estabelece a Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999 (que "dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal"), em seu art. 27:

"Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado."

Neste caso, dúvida não há de que a norma declarada inconstitucional está em vigor há vários anos.

Acesso ao Sumário

Agora, para garantir segurança jurídica e de excepcional interesse social, como está na lei de regência, é preciso modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, para possibilitar à Administração municipal ajustar-se à nova realidade emanada dessa declaração.

Desse modo, e de conformidade com a orientação que tem prevalecido neste Órgão Especial, o caso é de estabelecer que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade se farão produzir ao cabo de cento e vinte (120) dias contados da data deste julgamento.

6. Ante o exposto, julgo procedente a ação direta de inconstitucionalidade,

com modulação, nos termos deste voto.

É meu voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2069043-68.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE JACAREÍ e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE JACAREÍ.

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 34.328)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (PRESIDENTE), JOÃO CARLOS SALETTI, LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, VICO MAÑAS, NUEVO CAMPOS, EROS PICELI, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES e EVARISTO DOS SANTOS.

São Paulo, 26 de agosto de 2015.

MÁRCIO BARTOLI, Relator

Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Complementar nº 68, de 17 de dezembro de 2008, do Município de Jacareí, que dispõe sobre código de normas, posturas e instalações municipais. Previsão legal que ofende o princípio constitucional da livre expressão da atividade artística e cultural, independentemente de censura ou licença, bem como o da razoabilidade. Violação do artigo 144 da Constituição Estadual, c.c. os artigos 5º, inciso IX, e 215, *caput*, ambos da Constituição Federal. Pedido julgado procedente.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador-Geral de Justiça, impugnando a expressão "*ou qualquer outra manifestação artística ou cultural*", do *caput* do artigo 75 da Lei Complementar nº 68, de 17 de dezembro de 2008, do Município de Jacareí, que "*dispõe sobre o código de normas, posturas e instalações municipais*". Afirma-se que o artigo 144 da Constituição Estadual condiciona a autonomia municipal ao atendimento dos princípios expressos na Constituição Federal – CF, dentre eles, os direitos e garantias fundamentais. Pontua-se que o inciso IX do artigo 5º e o *caput* do artigo 215, ambos da CF, asseguram a liberdade de manifestação artística e cultural. E, no que tange às manifestações artísticas, enquanto algumas gozam de ampla liberdade, outras, tidas como "espetáculos públicos", foram condicionadas pelo próprio texto constitucional à observância de regulamentação federal (artigo 220, § 3º, CF). O *caput* do artigo 75 da lei complementar municipal em tela, portanto, ao exigir licença prévia para "*qualquer outra manifestação artística ou cultural*", violou o artigo 144 da Constituição Estadual. Ante tais fundamentos, requer-se a declaração de inconstitucionalidade da expressão citada (fls. 01/17). A inicial foi instruída com documentos, juntados às fls. 18/217.

O pedido liminar foi indeferido às fls. 219/221.

A Procuradoria Geral do Estado deduziu carência de interesse na defesa do ato impugnado (fls. 233/235).

O Prefeito Municipal prestou informações às fls. 237/248.

Às fls. 250 a serventia certificou o decurso do prazo legal sem a apresentação de manifestação por parte do Presidente da Câmara Municipal de Jacareí.

Manifestou-se a Procuradoria-Geral de Justiça pela procedência da ação (fls. 252/262).

2. O dispositivo da lei complementar municipal em tela que contém a expressão ora impugnada possui o seguinte teor:

"*Art. 75. A instalação de parques de diversão, circos, rodeios ou qualquer outra manifestação artística ou cultural, bem como a realização de espetáculos ou festas de qualquer natureza, dependerá de prévia licença da autoridade competente.*

§ 1º O requerimento para instalação ou realização do evento deverá ser requerido com antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis, e, além de outras exigências que o órgão competente poderá fazer, deverá ser acompanhado dos seguintes documentos:

I – contrato social, CNPJ da empresa responsável ou CPF e RG do responsável;

II – permissão de uso da área quando se tratar de imóvel público;

Acesso ao Sumário

III – contrato de cessão de uso do local com cópia da escritura e IPTU quando se tratar de imóvel particular;

IV – ART's elétrica e estrutural com memorial descritivo, quando for o caso;

V – apólice de seguro, quando for o caso;

VI – atestado de vacinação dos animais, quando for o caso;

VII – contrato de assistência médica para o evento, quando for o caso;

§ 2º Após a instalação deverá ser apresentado o AVCB (Auto de Vistoria do Corpo de Bombeiros), quando for o caso." (grifado)

3. **O pedido da presente ação direta deve ser julgado procedente**, para que se declare a inconstitucionalidade da expressão "***ou qualquer outra manifestação artística ou cultural***", constante no *caput* do artigo 75 da Lei Complementar nº 68, de 17 de dezembro de 2008, do Município de Jacareí, em razão de sua evidente colidência com o artigo 144 da Constituição Estadual, c.c. os artigos 5º, inciso IX, e 215, *caput*, notadamente, quanto à **violação ao princípio da liberdade de expressão artística e cultural**, que deve ser observado pela Administração Pública Municipal.

O artigo 144 da Constituição do Estado estabelece que *"[o]s Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por Lei Orgânica,* ***atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal*** *e nesta Constituição*" (destacado).

Pois bem.

O inciso IX do artigo 5º da CF prevê expressamente: "*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença*" (grifado).

Por seu turno, o *caput* do artigo 215 do texto constitucional federal estipula: "*O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais*" (grifado).

José Afonso da Silva[1] salienta que todas as manifestações artísticas estão protegidas pela liberdade de expressão prevista no inciso IX do artigo 5º da CF, sendo que determinadas expressões artísticas gozam de ampla liberdade, como as das artes plásticas, a música e a literatura, enquanto outras ficam sujeitas a regulamentação especial, a ser efetivada mediante lei federal, consoante prevê o § 3º do artigo 220 da Constituição. Destaca, ainda, que o Texto Constitucional

Acesso ao Sumário

1 *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34ª ed., Malheiros, 2011, p. 253/255

"*estabelece que o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes de cultura nacional, apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais populares, indígenas, afro-brasileiras e das de outros grupos participantes do processo civilizatório brasileiro (arts. 215 e 216). Aí se manifesta a mais aberta liberdade cultural, sem censura, sem limites: uma vivência plena dos valores do espírito humano em sua projeção criativa, em sua produção de objetos que revelem o sentido dessas projeções da vida do ser humano*".

Diante disso, disposição legal municipal tão genérica e abrangente quanto a ora impugnada **não se coaduna com o princípio constitucional da liberdade de expressão artística e cultural**.

4. Ante o exposto, julga-se procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da expressão "*ou qualquer outra manifestação artística ou cultural*", constante no *caput* do artigo 75 da Lei Complementar nº 68, de 17 de dezembro de 2008, do Município de Jacareí.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2073254-50.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é requerente PREFEITO DO MUNICIPIO DE IEPÊ, é requerido PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE IEPÊ.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "POR MAIORIA DE VOTOS, JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36805)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIZ ANTONIO DE GODOY, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, VICO MAÑAS, NUEVO CAMPOS, EROS PICELI, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO e ANTONIO CARLOS VILLEN julgando a ação procedente; e JOSÉ RENATO NALINI (PRESIDENTE) e BORELLI THOMAZ julgando a ação improcedente.

São Paulo, 26 de agosto de 2015.

ADEMIR BENEDITO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 547/2015, do Município de Iepê – Legislação, de iniciativa parlamentar, que dispõe sobre proibição de utilização de quadros negros e giz à base de óxido de cálcio nas Escolas do sistema municipal de ensino do Município de Iepê 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.

VOTO

Trata-se de ação ajuizada pelo Prefeito do Município de Iepê, pela qual se pretende a declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 547, de 15 de abril de 2015, que proíbe a utilização de quadros negros e giz à base de óxido de cálcio nas salas de aula das escolas do sistema municipal de ensino e dá outras providências.

Sustenta a usurpação de atribuições pertinentes à atividade privativa do Executivo, pelo Legislativo local, no tocante à iniciativa de projeto de lei que gera despesas ao erário e disponha sobre atividades próprias de planejamento, regulamentação e gerenciamento de serviços municipais, ferindo o princípio da independência e harmonia entre os poderes (artigos 5º, *caput* e 25 da CF/88 e 47, II e XIX, 144 e 176, estes da Constituição do Estado de São Paulo).

Pede o deferimento de liminar para suspender os seus efeitos.

A liminar foi deferida a fls. 398/399, determinando-se a suspensão da vigência e eficácia da lei inquinada de inconstitucionalidade, até final julgamento da presente ação.

A Procuradoria Geral do Estado, citada nos termos do artigo 90, § 2º da Constituição Estadual, deixou de se manifestar por entender tratar-se de norma de interesse local (fls. 408/410).

O Presidente da Câmara Municipal de Iepê prestou as informações requeridas às fls. 412/414, juntando documentos às fls. 415/424.

A D. Procuradoria de Justiça, no parecer de fls. 426/438, opinou, preliminarmente, pela extinção do feito sem julgamento de mérito, por ilegitimidade ativa "ad causam" e, no mérito, pela procedência da presente ação de inconstitucionalidade.

Acesso ao Sumário

Determinada a regularização do polo ativo às fls. 445/447, foi emendada a inicial às fls. 450.

É o relatório.

A Lei nº 547, de 15 de abril de 2015, 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.

Eis o teor da Lei Municipal nº 547/2015:

"Proibida a utilização de quadros negros e giz à base de óxido de cálcio nas salas de aulas das escolas do sistema municipal de ensino e dá outras providências.

Art. 1º – Fica proibida a utilização de quadros negros e giz à base de óxido de cálcio nas salas de aulas das escolas dos sistemas municipais de ensino.

Art. 2º – As despesas com esta lei correrão à conta de dotação própria do orçamento municipal.

Art. 3º – Esta lei entrará em vigor em 12 (doze) meses a partir da data de sua publicação."

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, segundo a regra constitucional (artigos 24, § 2º, 4 e 144, da Constituição Estadual).

Acesso ao Sumário

A legislação, na forma que apresentada, denota a ingerência da Câmara Municipal de Iepê 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 n. 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.

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 101/2000.

Pelo exposto, a presente ação direta deve ser julgada procedente para se reconhecer a inconstitucionalidade da Lei nº 547, de 15 de abril de 2015, do Município de Iepê, confirmando-se a liminar anteriormente concedida em todos os seus efeitos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2081567-97.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE GUARULHOS, é requerido PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE GUARULHOS.

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 26745)**

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, JOÃO NEGRINI FILHO,

Acesso ao Sumário

SÉRGIO RUI, VICO MAÑAS, EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI e JOÃO CARLOS SALETTI.

São Paulo, 12 de agosto de 2015.

LUIZ AMBRA, Relator

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade – Lei nº 7372/15, do Município de Guarulhos, proibindo cobrança de taxa de esgoto em imóveis inabitados, sem fornecimento de água – Ilegalidade afirmada pelo Prefeito, já que haveria invasão de competência e minoração de receita – Cobrança sobre os imóveis inabitados, todavia, flagrantemente ilegal, de acordo com o entendimento desta Corte – E, em havendo simples reparação de ilegalidade, seja o serviço remunerado por preço ou por taxa, a regra da invasão de competência pode validamente deixar de ser aplicada pela Câmara Municipal – Ação improcedente.

VOTO

Ação direta de inconstitucionalidade da lei municipal nº 7372/15 (de 12.3.15), de Guarulhos, por vício de iniciativa. Proibindo a cobrança de taxa de esgoto em imóveis inabitados, sem fornecimento de água. Com pedido de liminar (fl. 1), denegado a fls. 67/69. A denegação objeto de agravo regimental (fls. 90/112), improvido pelo acórdão de fls. 118/121.

Advieram informações, a fls. 82/88. A Procuradoria Geral do Estado externando desinteresse (fls. 78/80). A douta Procuradoria de Justiça, a fls. 127/139, se manifestando pela procedência.

É o relatório.

Meu voto julga improcedente a presente ação, *data venia* da manifestação em contrário da douta Procuradoria de Justiça. Fazendo-o, reafirma as considerações inicialmente expendidas, a fls. 67/69, quando da negativa da liminar que se pleiteara.

A Procuradoria externou parecer contrário, ao fundamento de que no caso haveria cobrança de ***preço público e não de taxa*** (fl. 127, item 3, ementa). E que teria havido invasão da competência privativa do Executivo em legislar a respeito de sua criação (ou proibição) e cobrança.

Acesso ao Sumário

Ninguém discute que a competência para legislar a respeito, aqui, seria privativa do Chefe do Poder Executivo. Só que o problema é outro. Isto é, de acordo com o entendimento tranquilo da Seção de Direito Público, externado no despacho inicial, a cobrança em tais condições – imóveis desabitados, sem ligação de água – seria ilegal, não haveria causa eficiente para a cobrança. ***Quer se trate de taxa, quer de preço***, não se tributa o nada.

A lei nº 7372, como então assinalado, proíbe a cobrança da taxa (***tarifa***, na realidade, isso ficou bem claro no despacho inicial a fl. 67, *tarifa* é *sinônimo de preço público*) de esgoto pelo Serviço Autônomo de Água e Esgoto – SAEE, quando incida sobre imóveis desabitados, onde não haja o fornecimento de água. Pela razão óbvia de que, nada consumindo, nada esgotarão.

Dir-se-á que, em se tratando de taxa, nos termos do Código Tributário Nacional o não uso não inibirá o pagamento, decorrendo o gravame de serviço prestado ou meramente posto à disposição do contribuinte usuário.

Aqui, entretanto, a sistemática é outra, como em hipótese idêntica decidiu a 29ª Câmara de Direito Privado, por acórdão de 29.4.15, de que relator o Desembargador Francisco Thomaz na Apelação 0004225-66.2011.8.26.0038, de Araras. Com arrimo no STJ, onde pacificado o entendimento a respeito. Isto é:

"*Processo Civil. Recurso especial representativo de controvérsia. Artigo 543-C, do CPC. Tributário. Execução Fiscal. Crédito não tributário. Fornecimento de serviço de água e esgoto. Tarifa/Preço Público. Prazo prescricional. Código Civil. Aplicação.*

1. A natureza jurídica da remuneração dos serviços de água e esgoto, prestados por concessionárias de serviço público, é de tarifa ou preço público, consubstanciando, assim, ***contraprestação de caráter não tributário****, razão pela qual* ***não se subsume ao regime jurídico tributário estabelecido para as taxas*** *(Precedentes do Supremo Tribunal Federal: RE 447.536 ED, Rel. Ministro Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 28.05.2005, DJ 26.8.2005; AI 516402 AgR, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 30.9.2008, DJe-222 DIVULG 20.11.2008 PUBLIC 21.11.2008; e RE 544289 AgR, rel. Ministro Ricardo Lewandovski, Primeira Turma, julgado em 26.05.2009, DJe-113 DIVULG 18.6.2009 PUBLIC 19.6.2009. Precedentes do Tribunal de Justiça: EREsp 690.609/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, julgado em 26.3.2008, DJe 7.4.2008; REsp 928.267/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 12.8.2009, DJe 21.8.2009; e EREsp 1.018.060/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, julgado em 9.9.2009, DJe 18.9.2009).*"

Daí a conclusão do julgado, a partir de tais premissas:

"*Portanto, a apelante não poderia exigir o pagamento de tarifa de água e esgoto, vez que não prestou os serviços à autora. Também não se aplica o artigo 13 da Lei Municipal da Autarquia 937/71, pois a natureza jurídica da*

Acesso ao Sumário

remuneração dos serviços de água e esgoto prestados por concessionária de serviço público ou autarquia é de tarifa ou preço público, não ostentando caráter tributário, nem se sujeitando ao regime jurídico das taxas".

Se, a partir daí, o proprietário do imóvel optar por não requerer sua conexão à rede pública de água e esgoto, ainda quando esta passe defronte a seu imóvel, segundo esse entendimento não haverá razão para a cobrança em exame. Daí a negativa de liminar, que ora se procede.

Dir-se-á que se trataria de questão meramente administrativa, e administrar se constituiria em prerrogativa privativa do Chefe do Executivo. A isenção implicando em renúncia de receita, e paralelo aumento da despesa, para cobrir o *furo* resultante. Como está na petição inicial, mas o raciocínio correto não seria esse.

Para coibir ***ilegalidade*** administrativa, a rigor, o vício de iniciativa legislativa não incidiria. Idêntica a situação àquela assinalada no *Direito Municipal Brasileiro*, de Hely Lopes Meirelles, na 17ª edição revisada por Adilson Abreu Dallari para sua adequação ao direito vigente.

À página 633 tratando da "*função de controle e fiscalização*" do Poder Legislativo, sobre o Executivo, deixa claro a ele tocar a ***sustação do que eventualmente possa ser ilegal***. E o princípio há que ser levado às últimas consequências, por "*sustação*" há que entender a supressão, por imperativo de lógica, de tudo quanto afronte o direito positivo em vigor.

Quer dizer (ob. e pg. cits.):

"*A função de controle e fiscalização da Câmara Municipal mereceu do constituinte de 1988 destaque idêntico ao da função legislativa, na medida em que o art. 29, XI, da CF as coloca dentre os preceitos obrigatórios a serem observados na elaboração das leis orgânicas municipais.*

*Há de se destacar, aqui, **o poder de 'sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem** do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa', previsto expressamente na Constituição Federal como uma das competências exclusivas do Congresso Nacional (art. 49, V), ressalvando a grande ênfase que o constituinte de 1988 deu ao Poder Legislativo.*"

Aqui, guardadas as devidas proporções, a situação é a mesma. Para corrigir ilegalidades, a iniciativa do Legislativo se justifica, ainda que se trate de matéria da competência privativa do Executivo, no passado votada e objeto de aprovação.

Isso posicionado, meu voto julga improcedente a ação.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2056684-86.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SANTA BÁRBARA D'OESTE, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SANTA BÁRBARA D'OESTE.

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 19.073)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (PRESIDENTE), SÉRGIO RUI, NUEVO CAMPOS, 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, LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY e NEVES AMORIM.

São Paulo, 16 de setembro de 2015.

JOÃO NEGRINI FILHO, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ARTIGO 19, DA LEI ORGÂNICA MUNICIPAL E LEI Nº 3.647, de 24 de julho de 2014 – MUNICÍPIO DE SANTA BÁRBARA D'OESTE – NORMAS QUE GARANTEM AOS VEREADORES O LIVRE ACESSO, VERIFICAÇÃO E CONSULTA A TODOS OS DOCUMENTOS OFICIAIS OU QUALQUER ÓRGÃO DO LEGISLATIVO, DA ADMINISTRAÇÃO DIRETA, INDIRETA E FUNDAÇÕES OU EMPRESAS DE ECONOMIA MISTA COM PARTICIPAÇÃO ACIONÁRIA MAJORITÁRIA, DA MUNICIPALIDADE – INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA HARMONIA E INDEPENDÊNCIA ENTRE OS PODERES – AFRONTA AOS ARTIGOS 5º E 144 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Acesso ao Sumário

Ação direta julgada procedente.

VOTO

Trata-se de Ação Direta digital, com pedido de liminar, proposta pelo PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SANTA BÁRBARA D'OESTE, em que pretende a declaração de inconstitucionalidade do artigo 19 da Lei Orgânica Municipal, que assegura aos vereadores livre acesso, verificação e consulta a todos os documentos oficiais ou a qualquer órgão do Legislativo, da Administração Direta, Indireta, de fundações ou empresas de economia mista com participação acionária majoritária da Municipalidade, desobrigando os mesmos de testemunhar sobre informações recebidas ou prestadas em razão do exercício do mandato, nem sobre pessoas que lhes confiarem ou deles receberem informações, bem como da Lei Municipal nº 3.647, de 24 de julho de 2014, que dispõe sobre a obrigatoriedade de exibição de placa informativa do livre aceso às repartições públicas municipais aos vereadores.

Sustenta o autor que a inconstitucionalidade da lei reside em vício de iniciativa, ausência de indicação da correspondente fonte de custeio da despesa, falta de adequação com as leis orçamentárias municipais, bem como violação a princípios constitucionais, estaduais e federais afetos à Administração.

A liminar foi concedida às fls. 121/122, suspendendo-se a eficácia do artigo 19 da Lei Orgânica do Município de Santa Bárbara d'Oeste, bem como da Lei Municipal nº 3.647, de 24 de julho de 2014, até o julgamento final da presente demanda.

A Câmara Municipal, por seu presidente, prestou informações às fls. 128/130, relatando o processo legislativo das leis atacadas.

A D. Procuradoria Geral do Estado entendeu não haver interesse na defesa do ato impugnado (fls. 179/181).

Por sua vez, a D. Procuradoria de Justiça, no parecer de fls. 183/192, opinou pela procedência do feito.

É o relatório.

A ação merece acolhimento.

O artigo 19 da Lei Orgânica Municipal de Santa Bárbara d'Oeste, assim dispõe:

"***ARTIGO 19*** *– É assegurado ao Vereador livre acesso, verificação e consulta a todos os documentos oficiais ou a qualquer órgão do Legislativo, da Administração Direta, Indireta, de fundações ou empresas de economia mista com participação acionária majoritária da Municipalidade.*

Parágrafo único *– Os Vereadores não serão obrigados a testemunhar*

Acesso ao Sumário

sobre informações recebidas ou prestadas em razão do exercício do mandato, nem sobre pessoas que lhes confiarem ou deles receberem informações".

Por sua vez, a Lei Municipal nº 3.647, de 24 de julho de 2014, disciplina da seguinte forma:

"*Dispõe sobre a obrigatoriedade de exibição de placa informativa do livre acesso às Repartições Públicas municipais aos Vereadores.*

Art. 1º É obrigatória a exibição de placa informativa nas entradas das repartições públicas municipais, com os seguintes dizeres: '*Os vereadores do Município de Santa Bárbara d´Oeste terão acesso às repartições públicas municipais, seus documentos e informações, no exercício de sua função fiscalizadora*' *em conformidade com o disposto no art. 19 da Lei Orgânica do Município.*

§ 1º A placa não terá dimensão menor que 21 cm X 29,7 cm.

§ 2º A localização da placa não poderá conter qualquer obstáculo à visualização.

Art. 2º Em no máximo 60 (sessenta) dias, todos os órgãos da Administração Direta ou Indireta, de fundações ou empresas de economia mista com participação majoritária da Municipalidade deverão cumprir as determinações contidas na presente Lei, sob pena de apuração das responsabilidades administrativas.

Art. 3º Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação".

Da análise das normas atacadas, observa-se que o art. 19 da Lei Orgânica do Município de Santa Bárbara d'Oeste e, por consequência, a Lei nº 3.647, de 24 de julho de 2014, de fato, violam o princípio da harmonia e separação entre os poderes, uma vez que possibilita, de modo irrestrito, o controle dos atos do Poder Executivo pelos membros do legislativo e invade a esfera de gestão administrativa, inerente à atividade típica de gestão do Poder Executivo, em afronta ao que dispõe o art. 2º da Constituição Federal e art. 5º da Constituição Bandeirante, por força do art. 144 da mesma carta constitucional:

Art. 2º – São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Artigo 5º – São Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Artigo 144 – Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por Lei Orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição.

Deve-se, ainda, destacar, como bem pontuou a D. Procuradoria Geral de

Acesso ao Sumário

Justiça:

"*Não deve desmerecer a potencial intranquilidade institucional que a liberdade de acesso do parlamentar a organismos do Poder Executivo poderia causar à normalidade do desempenho da atividade administrativa*"

O ato normativo impugnado, de iniciativa parlamentar, é verticalmente incompatível com o ordenamento constitucional por violar o Princípio da Separação de Poderes.

O art. 150 da Constituição Estadual trata do controle parlamentar sobre o Executivo nos municípios, com fundamento no art. 31 da Constituição Federal:

***Artigo 150** – A fiscalização contábil, financeira, orçamentária operacional e patrimonial do Município e de todas as entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, finalidade, motivação, moralidade, publicidade e interesse público, aplicação de subvenções e renúncia de receitas, será exercida pela Câmara Municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno e de cada Poder, na forma da respectiva lei orgânica, em conformidade com o disposto no art. 31 da Constituição Federal.*

***Art. 31.** A fiscalização do Município será exercida pelo Poder Legislativo Municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo Municipal, na forma da lei.*

§ 1º O controle externo da Câmara Municipal será exercido com o auxílio dos Tribunais de Contas dos Estados ou do Município ou dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, onde houver.

A par de sua função normativa, que é a principal, a Câmara desempenha também função fiscalizadora de atos do Prefeito, o que deriva dos dispositivos supra transcritos, mas esta atividade deve ser exercida na forma e nos limites constitucionalmente previstos, pelo qual um poder controla o outro e cada um depende de outros dois, conhecido como sistema de "freios e contrapesos".

Ocorre que a Constituição em vigor não prevê mecanismos de controle externo de atos do Prefeito pela Câmara, semelhante ao que dispõe o art. 19 da Lei Orgânica do Município de Santa Bárbara d'Oeste, garantindo aos Vereadores livre acesso, verificação e consulta a todos os documentos oficiais ou a qualquer órgão do Legislativo, da Administração Direta, Indireta, de fundações ou empresas de economia mista com participação acionária majoritária da Municipalidade.

Como já definido por este Órgão Especial:

"*Assim, se por um lado compete ao Poder Legislativo e ao Judiciário o controle dos atos do Executivo, por outro, esta fiscalização não pode se dar de modo desmesurado, sem observância de limites, consoante*

estabelecido pela Lei Orgânica do Município de Charqueada." (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0516906-62.2010. Rel. Samuel Júnior. J. 25.5.2011).

No mesmo sentido já se decidiu nesta Corte:

Ação direta de inconstitucionalidade – Lei nº 408, de 16 de março de 2011, do Município de Iepê, de autoria parlamentar, que dispõe sobre direitos e prerrogativas do vereador no exercício de suas funções no âmbito municipal – Vício de iniciativa – Ingerência na administração local – Invasão de competência caracterizada – Usurpação, por parte do Legislativo, de atribuições pertinentes à atividade própria do Executivo – Inteligência do artigo 61, § 1º, inciso II, letra "c", da Constituição Federal, e artigos 24, § 2º, inciso "4", 47, II e XIV da Constituição do Estado aplicáveis aos municípios por força do artigo 144 da Constituição Paulista – Usurpação de funções – Violação do princípio da separação de poderes consagrado no artigo 5º da Constituição do Estado de São Paulo – Procedência da ação. (ADI Nº 0056847-42.2011.8.26.0000. Rel. JOSÉ REYNALDO. J. 14/12/2011).

DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Emenda a Lei Orgânica Municipal n.º 01/2003, que alterou o art. 19 da referida Lei, que concedeu livre acesso dos Vereadores às repartições públicas municipais, autorizando-os, ainda, a examinar documentos e requerer cópias sempre que assim considerar necessário. Vicio formal de inconstitucionalidade, por desvio do Poder Legislativo. Ofensa ao princípio da Separação dos Poderes Estatais. Cabe ao Prefeito dispor sobre a criação e extinção de cargos da administração direta. Ofensa aos artigos 5º; 47, II e XIV e 144 da Constituição Paulista. Inconstitucionalidade configurada. Ação procedente. (DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE nº 0099770-15.2013.8.26.0000. Rel. PÉRICLES PIZA. J. 13.11.2013)

Desta feita, de rigor a PROCEDÊNCIA desta ação direta, para declarar a inconstitucionalidade do art. 19 da Lei Orgânica Municipal de Santa Bárbara d'Oeste e da Lei nº 3.647, de 24 de julho de 2014, do mesmo município.

Acesso ao Sumário

Agravos Regimentais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº

2094674-14.2015.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante SINDICATO DOS SERVIDORES DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO (SINDSEMP/SP), é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36962)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (PRESIDENTE sem voto), LUIZ ANTONIO DE GODOY, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SILVEIRA PAULILO, FRANÇA CARVALHO, NUEVO CAMPOS, EROS PICELI, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI, LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO e ANTONIO CARLOS VILLEN.

São Paulo, 29 de julho de 2015.

ADEMIR BENEDITO, Relator

Ementa: Agravo regimental – Decisão que, nos termos do art. 240 do RITJSP, determinou a intimação de um Representante do Ministério Público para atuar especificamente como *custos legis* – Feito onde o Ministério Público é parte litigante – Irrelevância – Fiscal da Lei que zela pelo regular andamento do feito e pela observância da legislação e princípios constantes do ordenamento jurídico pátrio – Ademais, inexistência de prejuízo ao recorrente – Decisão mantida – Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Agravo regimental tirado contra decisão proferida nos autos de dissídio coletivo de greve que determinou, nos termos do artigo 240 do Regimento Interno, a intimação de um Representante do Ministério Público para atuar especificamente como fiscal da lei.

Aduz o Agravante que o Ministério Público é parte no processo, de forma que não pode exercer a fiscalização de si próprio. Entende que, tratando-se de fiscalização da instituição enquanto órgão administrativo, tal função compete ao Conselho Nacional do Ministério Público, nos termos do art. 130-A, § 2º da CF.

Sustenta que, nos termos dos arts. 129 da CF e 103, IX, da Lei Orgânica do MP/SP, sua atuação depende de previsão legal, não podendo, assim, o art. 240 do RITJSP trazer nova atribuição ao *Parquet*. Diz que, mesmo se aplicável fosse, a previsão desvirtua a intenção do legislador infraconstitucional em casos análogos, em que claramente se dispõe que o MP atuará como fiscal da lei quando não for parte (p. ex. Leis 7.347/85, 8.078/90 e 8.429/92). Assevera que é incompatível com os princípios constitucionais da unicidade e da indivisibilidade que um membro atue como fiscal da lei em feito onde o próprio órgão seja parte interessada no litígio, ou ainda, omissão ou ato administrativo de seu representante seja a causa de pedir, sendo certa a possibilidade de prejuízo ao agravante. Pede provimento ao recurso, para a reconsideração da decisão proferida.

Recurso tempestivo e remetido diretamente à mesa para julgamento.

É o relatório.

Estabelece o Código de Processo Civil brasileiro:

"**Art. 82. Compete ao Ministério Público intervir:**

(...)

III – nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural e nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte".

Tal disposição se aplica quando o Ministério Público não faz parte da relação processual como autor ou réu. Sua atuação, *in casu*, é no sentido de verificar, com base na legislação, se o pedido feito ao Judiciário merece ou não ser atendido.

A atividade de *custos legis* é definida a partir da identificação da existência de interesse público envolvido no litígio, a revelar a indisponibilidade do direito objeto da controvérsia. Portanto, ao oficiar como fiscal da lei, o membro do Ministério Público age com absoluta independência e imparcialidade, argumentando, sempre, pela correta aplicação da norma legal incidente na espécie.

Ora, na função de *custos legis*, o Ministério Público funciona como um olhar da sociedade sobre a relação processual, para garantia, inclusive, da imparcialidade do julgador.

Nessa seara, e porque o Dissídio Coletivo de Greve é demanda de nítido interesse público, o Regimento Interno do Tribunal de Justiça deste Estado prevê, ao longo do procedimento, a intimação do Ministério Público para participação no feito como *custos legis*.

Inobstante no presente dissídio o Ministério Público seja parte litigante, o membro do *Parquet* especificamente designado como fiscal da lei manifestar-se-á com liberdade, desvinculado dos interesses defendidos pelas partes.

Acesso ao Sumário

Outrossim, a atuação do *Parquet* é pautada pelo princípio da independência ou autonomia funcional, o que, singelamente, significa que, no exercício de suas funções, os membros do Ministério Público não estão subordinados a quem quer que seja. Não estão sujeitos a ordens de membros hierarquicamente superiores, nem às convicções dos órgãos da administração superior da instituição. São livres para atuar segundo sua consciência e suas convicções, sempre com base na lei.

Deve-se destacar que, na hipótese, não se confundem as funções do representante do Ministério Público, que responde ao pedido formulado pelos servidores da Instituição, com aquelas desempenhadas pelo outro ilustre representante do Órgão que interfere no processo para fiscalizar o cumprimento da lei em relação a todos os atores nele envolvidos. Embora representantes da mesma Instituição, são independentes e desempenham papéis absolutamente distintos.

Bem assim, tem-se como acertada a decisão proferida, haja vista que o representante do Ministério Público, interveniente como *custos legis*, visará tutelar o interesse público indisponível consistente no regular andamento do feito, na observância da legislação e dos princípios constantes do ordenamento jurídico pátrio, e zelará pela imparcialidade do julgamento da causa.

Não se olvide, ademais, que, nos exatos termos do artigo 85 do Diploma Processual Civil, "**O órgão do Ministério Público será civilmente responsável quando, no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude**".

Destarte, e inexistente qualquer prejuízo ao recorrente, de rigor a manutenção da decisão tal como proferida.

Diante do exposto, nega-se provimento ao agravo regimental.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2137241-60.2015.8.26.0000/50001, da Comarca de São Paulo, em que é agravante PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, é agravada ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE RESTAURANTES – ANR.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "AFASTARAM AS PRELIMINARES E NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21425)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (PRESIDENTE), VICO MAÑAS, EROS PICELI, ELLIOT

AKEL, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, BORELLI THOMAZ e JOÃO NEGRINI FILHO.

São Paulo, 12 de agosto de 2015.

SÉRGIO RUI, Relator

Ementa: Agravo regimental. Lei municipal nº 16.222, de 26 de junho de 2015, que "proíbe a produção e a comercialização de foie gras e artigos de vestuário feitos com pele animal no âmbito da Cidade de São Paulo, e dá outras providências". Alegação de ausência de representatividade adequada. Legitimidade de caráter nacional com derivação em todas as esferas. Inépcia da inicial. Descabimento Inocorrência. Pretensão de encampar discussão quanto ao mérito da ação direta de inconstitucionalidade. Inadmissibilidade. Alegações que não se coadunam com o escopo do recurso. Exame da legalidade da liminar concedida. Preliminares rejeitadas. Justa causa para concessão da medida liminar. Plausibilidade indiciária inconstitucional. Manutenção da decisão agravada. Recurso improvido.

VOTO

Trata-se de agravo regimental tirado pela Prefeita em Exercício do Munícipio de São Paulo da r. decisão que, nos autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade, ajuizada pela Associação Nacional de Restaurantes – ANR, concedeu liminar e determinou a suspensão imediata da vigência e eficácia da Lei Municipal nº 16.222, de 26 de junho de 2015, até o final julgamento da ação.

Sustenta – em preliminar – que a agravada carece de representatividade adequada para atuar no processo de jurisdição constitucional – bem como deixou de impugnar o artigo 3º do ato normativo censurado – no mérito – pugna pela reforma da r. decisão agravada para restituir a eficácia da Lei nº 16.222/15 – subsidiariamente – exclusão dos efeitos da tutela no que tange aos artigos 3º e 4º do aludido diploma.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

As preliminares suscitadas não colhem.

A agravada possui atuação em âmbito nacional, bem como está legitimada à propositura de ação direta de inconstitucionalidade perante o Colendo Supremo Tribunal Federal, portanto não seria plausível negar-lhe legitimidade na seara estadual.

Neste particular, mercê da relevância, colaciona-se expressiva lição professada pelo culto Desembargador João Carlos Saletti em raias do julgamento da ADIN nº 2042147-22.2014.8.26.000 – levado a efeito aos 04/02 do corrente.

"Dispondo de legitimidade ativa para propositura de ação direta de inconstitucionalidade perante o Colendo Supremo Tribunal Federal, à requerente não se pode negar a mesma legitimidade no âmbito estadual. Nada impede que a entidade de âmbito nacional atue nas três esferas, como ocorre neste caso. Quem pode o mais, pode o menos".

A corroborar, precedentes do mesmo quilate hauridos do Colendo Órgão Especial:

"... porque se o Sindicato-autor, entidade de classe de âmbito nacional das empresas distribuidoras de combustíveis e de lubrificantes, possui legitimidade para propositura de ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, instância máxima, não se mostra razoável negar-lhe a legitimidade do âmbito estadual" (ADI 0266440-77.2012.8.26.0000, Rel. Des. CAUDURO PADIN, j. 31/07/2013).

E, ainda:

"A princípio, com a devida vênia, afasta-se a preliminar de ilegitimidade ativa da FEBRABAN para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal ou estadual por ofensa à Constituição do Estado não deve ser reconhecida. Tendo em vista que dispõe de competência para propositura de ações diretas de inconstitucionalidade perante o Colendo Supremo Tribunal Federal, não seria razoável negar-lhe legitimidade no âmbito estadual. Assim sendo, afasta-se a preliminar arguida" (ADI 0318796-20.2010.8.26.0000, Rel. Desig. Des. ROBERTO MAC CRACKEN, j. 29.02.2012).

Acesso ao Sumário

Outrossim, não se revela inepta a petição inicial, pois ao impugnar a validade constitucional de lei municipal, a autora, aponta, adequadamente, a norma de parâmetro, que teria sido desrespeitada, estabelece, de maneira clara, a relação de antagonismo entre o ato normativo e a Constituição Estadual e permite o exame da questão constitucional por este Colendo Órgão Especial.

No mérito, o recurso não prospera.

Não se verifica eiva na r. decisão agravada, a qual cabe reproduzir, **in verbis**:

"*Trata-se de ação, levada a juízo pela Associação Nacional de*

Restaurantes – ANR, em que se pretende a declaração de inconstitucionalidade da Lei 16.222, de 26 de junho de 2015, que 'proíbe a produção e a comercialização de foie gras e artigos de vestuário feitos com pele animal no âmbito da cidade de São Paulo, e dá outras providências'. Alega-se – em apertada síntese – usurpação de competência, falta de razoabilidade e ausência da fonte de custeio da despesa haurida da lei.

Em que pese a presunção de constitucionalidade dos atos normativos professados pelos poderes legislativo e executivo, se evidencia plausível, em viés excepcional, a concessão liminar para sustação imediata da vigência e eficácia de norma objeto de ADIn, caso presentes, em sede de cognição sumária, a verossimilhança das alegações iniciais e o periculum in mora. Na hipótese, restaram demonstrados os requisitos autorizadores da concessão liminar da medida pleiteada, mormente pela existência de elementos que apontam que a lei em discussão estaria em dissonância com os preceitos basilares inscritos na Magna Carta e na Constituição do Estado de São Paulo e, ainda, ante o incremento de despesa pública sem previsão orçamentária.

Por tais razões, concedo a liminar inaudita altera parte para suspender os efeitos da Lei Municipal 16.222, de 26 de junho de 2015, até o julgamento final desta ADIn.

Requisitem-se informações aos Excelentíssimos Prefeito e Presidente da Câmara Municipal de São Paulo.

Cite-se o Eminente Procurador Geral do Estado para formular defesa que entender cabível, em conformidade com o artigo 90, parágrafo 2º, da CE, e, a seguir, encaminhem-se os autos à douta Procuradoria Geral de Justiça para manifestação".

Via de consequência, a argumentação deduzida pela agravante – à míngua de comprovação de desacerto – não autoriza a modificação do que restou decidido quando da análise do pleito liminar, dada aparente violação aos preceitos da Constituição Federal e Estadual.

No mais, como já consignado, deu-se a concessão da liminar para suspender a eficácia da Lei Municipal nº 16.222/15, até o julgamento da presente ação, por considerar que a questão exibia os predicados do **fumus boni iuris** e **periculum in mora** a fim de se evitar violação a dispositivos constitucionais.

Acesso ao Sumário

Na hipótese, impõe-se a manutenção da decisão agravada, pois presentes os requisitos autorizadores da medida liminar, cuja concessão se dera de forma justificada e em prestígio ao princípio da livre convicção motivada.

Nesse sentido:

"DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LIMINAR DEFERIDA – AGRAVO REGIMENTAL – ILEGITIMIDADE ATIVA DA ASSOCIAÇÃO AUTORA – ENTIDADE QUE SE AMOLDA AO ARTIGO 90, INCISO V, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL – INÉPCIA DA INICIAL, POR DESCUMPRIMENTO DO ART. 3º, INCISO I, DA LEI Nº 9.868/99, AFASTADA – PRESENÇA DOS REQUISITOS

LEGAIS (‘FUMUS BONI IURIS’ E ‘PERICULUM IN MORA’) – RECLAMO QUE NÃO OSTENTA FUNDADAS RAZÕES PARA ABALAR A CONVICÇÃO SUMARIAMENTE FORMADA, ANTE AS CIRCUNSTÂNCIAS DOS AUTOS – QUESTÕES MERITÓRIAS A SEREM ENFRENTADAS OPORTUNAMENTE – RECURSO IMPROVIDO” (Relator: Francisco Casconi; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: Órgão Especial; Data do julgamento: 21/01/2015; Data de registro: 26/01/2015).

“AGRAVO REGIMENTAL – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – CONCESSÃO DE MEDIDA LIMINAR PARA CESSAR OS EFEITOS DE LEI MUNICIPAL – INDÍCIO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR VÍCIO DE INICIATIVA – IMPOSSIBILIDADE DO EXAME DO RECURSO EM MAIOR PROFUNDIDADE SOB PENA DE PREJUÍZO AO CONHECIMENTO DO MÉRITO DA AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – DECISÃO MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO” (Relator: Ferraz de Arruda; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: Órgão Especial; Data do julgamento: 15/10/2014; Data de registro: 16/10/2014).

Lado outro, as questões ventiladas no agravo se confundem com o mérito da ação direta de inconstitucionalidade, que será valorado, no momento oportuno, após concluída a instrução.

Nessa ideação:

“a concessão de liminar em ação direta de inconstitucionalidade é ato que se situa da esfera de avaliação subjetiva do magistrado e não comporta reforma quando a pretensão exposta procura avançar sobre a questão de mérito, apreciável somente após necessária instrução”. (Agravo Regimental nº 171.688.0/4-01, rel. Aloísio de Toledo, julgado em 06 de julho de 2009).

Por fim, nada obsta que, com a vinda das informações requeridas, e, após a análise apurada da matéria ventilada, conclua-se pela constitucionalidade da lei impugnada, o que, até o presente momento, nos parece prematuro.

Por tais razões, pelo meu voto, rejeitadas as preliminares, nega-se provimento ao agravo.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2169456-89.2015.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante JOSÉ AURICCHIO JUNIOR, é agravada PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO CAETANO DO SUL.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “POR MAIORIA DE VOTOS, DERAM

PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL. ACÓRDÃO COM O EXMO. SR. DES. PAULO DIMAS MASCARETTI. FARÁ DECLARAÇÃO DE VOTO O EXMO. SR. DES. JOSÉ RENATO NALINI.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.874)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUERRIERI REZENDE, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, VICO MAÑAS e NUEVO CAMPOS dando provimento ao agravo regimental; e JOSÉ RENATO NALINI (PRESIDENTE – com declaração), EROS PICELI, XAVIER DE AQUINO e ANTONIO CARLOS MALHEIROS, negando provimento ao agravo regimental.

São Paulo, 26 de agosto de 2015.

PAULO DIMAS MASCARETTI, Relator Designado

Ementa: PEDIDO DE SUSPENSÃO DOS EFEITOS DA EXECUÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA CONCEDIDA EM PRIMEIRO GRAU – Decisão que sobrestou a eficácia de parecer do Tribunal de Contas do Estado, o qual rejeitou as contas do autor-agravante, relativas ao exercício de 2012, quando era Prefeito do Município de São Caetano do Sul – Suspensão deferida pela Presidência desta Corte que não pode subsistir, nada evidenciando violação da ordem pública com efeito multiplicador – Magistrado "a quo" que buscou, na verdade, resguardar cláusulas pétreas constitucionais do contraditório e do devido processo legal, em prestígio da segurança jurídica, o que também atende, em última análise, o postulado da ordem pública – Agravo regimental provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Irresignado com a decisão que deferiu o pedido de suspensão dos efeitos da tutela antecipada concedida nos autos da ação de rito ordinário nº 1024846-80.2015.8.26.0053, José Auricchio Junior interpôs agravo regimental sob a alegação de que a decisão agravada incursionou no mérito da demanda, é teratológica, e que não restou demonstrada a lesão à ordem pública.

É o relatório.

O reclamo recursal merece acolhida.

Adverte Hely Lopes Meirelles que:

> "**sendo a suspensão da liminar ou dos efeitos da sentença providência drástica e excepcional, só se justifica quando a decisão possa afetar de tal modo a ordem pública, a economia, a saúde, ou qualquer outro interesse da coletividade, que aconselhe sua sustação até o julgamento final do mandado.**
>
> Interpretando construtivamente e com largueza a 'ordem pública', o então Presidente do TFR (e posteriormente Ministro do STF) José Néri da Silveira explicitou que nesse conceito se compreende a ordem administrativa em geral, ou seja, a normal execução do serviço público, o regular andamento das obras públicas, o devido exercício das funções da Administração pelas autoridades constituídas" (g.n.) (v. "Mandado de Segurança e Ações Constitucionais", 35ª edição, Malheiros Editores, 2013, p. 106).

No caso vertente tais ponderações também têm aplicação, não sendo possível entrever em que medida a execução do provimento antecipatório deferido em primeiro grau pode acarretar grave lesão à ordem pública.

Com efeito, José Auricchio Junior, ex-Prefeito do Município de São Caetano do Sul, ajuizou ação anulatória em face da Fazenda do Estado de São Paulo, objetivando o reconhecimento da nulidade do parecer do Tribunal de Contas do Estado, que rejeitou as suas contas do exercício de 2012, haja vista a existência de vício processual, consistente na violação dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

E o douto magistrado da 7ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital houve por bem conceder tutela antecipada para sobrestar os efeitos desse parecer até ulterior deliberação judicial.

Todavia, o Excelentíssimo Presidente desta Corte deferiu o pedido de suspensão dos efeitos de tal provimento de urgência, formulado pelo Município de São Caetano, ao argumento de que se está diante de manifesta afronta ao interesse público.

Acesso ao Sumário

Ora, forçoso reconhecer que a tutela de urgência assim concedida no juízo *a quo* não representa interferência, sem causa legítima, no devido exercício das funções da Administração pelos seus agentes.

O magistrado de primeiro grau, calcado em súmula vinculante, limitou-se a impedir a eficácia do parecer da Corte de Contas diante dos vícios identificados, até cognição exauriente dos fatos da causa, nada evidenciando violação da ordem pública com efeito multiplicador, a ser combatida em sede de pedido de suspensão; tal decisão, na verdade, apenas pode postergar o julgamento das contas de 2012 no âmbito do Legislativo Municipal, não produzindo, à

evidência, qualquer efeito deletério na gestão administrativa; aliás, ao que se vê, o douto magistrado *a quo* buscou resguardar cláusulas pétreas constitucionais do contraditório e do devido processo legal, em prestígio da segurança jurídica, o que também atende, em última análise, o postulado da ordem pública.

Em suma, não se pode desvirtuar o instituto excepcional do pedido de suspensão, transformando-o simplesmente em substitutivo dos recursos processuais existentes; a suspensão da execução de provimento antecipatório tem lugar apenas em caso de grave e iminente impacto no legítimo exercício das funções administrativas; dar maior elastério ao conceito de ordem pública, para fins de concessão de medida anômala, pode inviabilizar a execução de qualquer decisão proferida contra o Poder Público antes do trânsito em julgado; afinal, todo pronunciamento judicial em desfavor da pessoa jurídica de direito público acaba por interferir em alguma atividade administrativa; e, no caso vertente, a efetividade da decisão de primeiro grau não traduz mesmo gravame que pode comprometer a inteireza dos valores que o pedido de suspensão se presta a resguardar.

Ante o exposto, dá-se provimento ao agravo regimental, para o fim de tornar insubsistente a decisão da Presidência que suspendeu os efeitos do provimento antecipatório deferido em primeiro grau.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 21.684)

Pelo meu voto, respeitado o entendimento da douta maioria, negava provimento ao recurso.

Sem embargo de zelo e cuidado que se reconhece na atuação dos ilustres subscritores, o recurso descomporta provimento.

Como consignado na decisão hostilizada, a suspensão dos efeitos da tutela antecipada pelo presidente do tribunal competente para conhecer do recurso constitui medida excepcional e urgente, destinada a evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, quando manifesto o interesse público, ou em caso de flagrante ilegalidade, nunca consistindo em sucedâneo do recurso de agravo.

Por não ter natureza recursal, este incidente não admite a apreciação das provas ou o reconhecimento de nulidades processuais, cabendo apenas o exame da efetiva ou possível lesão aos bens de interesse públicos tutelados.

Nesse sentido, já se decidiu que o pedido de suspensão não se presta à "modificação de decisão desfavorável ao ente público" (AgRg na SL 39/SC, Rel. Ministro EDSON VIDIGAL), pois "na suspensão de segurança não

Acesso ao Sumário

se aprecia o mérito do processo principal, mas tão-somente a ocorrência dos aspectos relacionados à potencialidade lesiva do ato decisório em face dos interesses públicos relevantes consagrados em lei, quais sejam, a ordem, a saúde, a segurança e a economia públicas" (SS 2385 AgR, Rel. Min. Ellen Gracie).

No caso em exame, a decisão cujos efeitos são impugnados determinou, em antecipação de tutela, a suspensão dos efeitos do parecer do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, que rejeitara as contas do autor (ex-prefeito do Município de São Caetano) quando ordenador de despesas no exercício de 2012 (Autos TC 1996/026/12).

Na espécie, justificou-se a suspensão.

Isto porque, conforme demonstrado na petição inicial, as contas do ex-prefeito estavam em pauta de julgamento da Câmara de Vereadores de São Caetano do Sul. Com a suspensão dos efeitos do parecer do TCESP, o que suprime a manifestação técnica, mutila-se o julgamento por parte do Legislativo Municipal.

Não fora isso, há de se mencionar ainda que o parecer do Tribunal de Contas não tem conteúdo vinculante: a Constituição Federal é expressa ao normatizar que o julgamento das contas há de ser feito pelo Legislativo. Daí se conclui que o momento de apresentação da defesa do Prefeito não se inicia no Tribunal de Contas, mas perante o Legislativo Municipal.

Em assim sendo, o prazo para a defesa do interessado não se iniciou e, por conseguinte, o argumento de restrição ao direito não se sustenta.

A contrário senso, se abrigada a tese de prejuízo à defesa, dessa premissa nenhuma garantia adicional à parte advirá, mas uma decisão tal servirá, de forma espúria, a tornar inviável o exame do interesse público. E, aqui, reside exatamente o fundamento para a suspensão: decisão liminar em clara afronta o interesse público.

Portanto, reconheceu-se a presença dos requisitos da suspensão da tutela antecipada.

Por estes fundamentos, **negava** provimento ao agravo regimental.

JOSÉ RENATO NALINI, Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2122892-52.2015.8.26.0000/50001, da Comarca de Mauá, em que é agravante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado MUNICÍPIO DE MAUÁ.

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 21.665)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (PRESIDENTE), EROS PICELI, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, VICO MAÑAS e NUEVO CAMPOS.

São Paulo, 26 de agosto de 2015.

JOSÉ RENATO NALINI, Presidente do Tribunal de Justiça e Relator

Ementa: Agravo Regimental – Decisão que reconsiderou decisão anterior para deferir o pedido de suspensão dos efeitos da liminar concedida em Ação Civil Pública – Potencial risco à vida e à integridade física dos pedestres e motoristas caso os serviços sejam interrompidos por completo – Existência de perigo de lesão à ordem e economia públicas – Agravo não provido.

VOTO

Vistos, etc.

Irresignado com a decisão que reconsiderou decisão anterior para deferir o pedido de suspensão dos efeitos da liminar concedida nos autos de ação civil pública nº 1004379-68.2015.8.26.0348, o Procurador Geral de Justiça interpôs agravo regimental sob a alegação de ausência de lesão aos interesses públicos tutelados.

A Municipalidade apresentou manifestação (fls. 18/90), sustentando a necessidade de manutenção da decisão de deferimento da suspensão.

É uma síntese do necessário.

Sem embargo de zelo e cuidado que se reconhece na atuação do ilustre subscritor, o recurso descomporta provimento.

Conforme consignado na decisão hostilizada, o agravo regimental merecia ser acolhido para reconsideração da decisão.

Acesso ao Sumário

Isto porque, diante das ponderações lançadas no agravo regimental, mormente no que se referia à proximidade da expiração dos efeitos da suspensão determinada pelo Juízo de Primeiro Grau, justificou-se o deferimento do pedido. Não fora o fato de que a liminar produziria integrais efeitos em breve, paralisando todos os trabalhos de monitoramento e sinalização do trânsito e comprometendo o tráfego na cidade, também se tornou evidente o interesse público, demonstrado o risco de dano grave à ordem e economia públicas.

Se interrompidos por completo os serviços, cria-se ou potencializa-se risco à vida e à integridade física dos pedestres e motoristas, isso sem mencionar o impacto negativo no trânsito local.

Por estes fundamentos, nega-se provimento ao agravo regimental.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2147932-36.2015.8.26.0000/50000, da Comarca de (...), em que é agravante MUNICÍPIO DE (...), é agravado MM JUIZ DE DIREITO DA (...) VARA CÍVEL DE (...).

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 21.675)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (PRESIDENTE), EROS PICELI, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, VICO MAÑAS e NUEVO CAMPOS.

São Paulo, 26 de agosto de 2015.

JOSÉ RENATO NALINI, Presidente do Tribunal de Justiça e Relator

Ementa: Agravo Regimental – Indeferimento do pedido de suspensão dos efeitos da sentença proferida em mandado de segurança, pela qual foi determinado que a autoridade impetrada forneça transporte aos

Acesso ao Sumário

menores-impetrantes para Unidade Educacional em outro Município – Inexistência de perigo de lesão à ordem e economia públicas – Agravo não provido.

VOTO

Vistos, etc.

Irresignado com a decisão que indeferiu o pedido de suspensão dos efeitos da sentença proferida nos autos de mandado de segurança nº (...), o Município de (...) interpôs agravo regimental sob a alegação de perigo de grave lesão de difícil reparação.

É uma síntese do necessário.

Pese a excelência das razões expostas pelo ilustre patrono do requerente, o recurso descomporta provimento.

Conforme constou da decisão hostilizada, a suspensão dos efeitos da sentença pelo presidente do Tribunal competente para conhecer do recurso constitui medida excepcional e urgente destinada a evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, quando manifesto o interesse público, nunca consistindo em sucedâneo do recurso de apelação.

Por não ter natureza recursal, este incidente não admite a apreciação das provas ou o reconhecimento de nulidades processuais, cabendo apenas o exame da efetiva ou possível lesão aos bens de interesse públicos tutelados.

Nesse sentido, já se decidiu que o pedido de suspensão não se presta à "modificação de decisão desfavorável ao ente público" (AgRg na SL 39/SC, Rel. Ministro EDSON VIDIGAL), pois "na suspensão de segurança não se aprecia o mérito do processo principal, mas tão-somente a ocorrência dos aspectos relacionados à potencialidade lesiva do ato decisório em face dos interesses públicos relevantes consagrados em lei, quais sejam, a ordem, a saúde, a segurança e a economia públicas" (SS 2385 AgR, Rel. Min. Ellen Gracie).

No caso em exame, a decisão concedeu a segurança para determinar que a autoridade impetrada, forneça transporte aos menores-impetrantes da sua residência até a APAE da cidade de (...), pelo período e horário escolar, sob pena de multa diária de R$ 500,00, pelo período de 30 (trinta) dias, podendo ser cumprida tal decisão por meio de fornecimento de passagens mensais aos impetrantes e um acompanhante.

Não vislumbrou-se, *in concreto*, os pressupostos legais autorizadores do manejo deste excepcional instrumento.

Ademais, a convicção firmada em primeiro grau decorreu de sentença, e não de decisão interlocutória, o que não podia ser desconsiderado na medida em que se deve pressupor uma cognição exauriente sobre o tema após o

Acesso ao Sumário

cumprimento de todas as fases possíveis que compõem o devido processo legal.

Dessarte, ausentes os requisitos legais, o caso era mesmo de indeferimento da almejada suspensão dos efeitos da sentença.

Por estes fundamentos, nega-se provimento ao agravo regimental.

Arguições de Inconstitucionalidade

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0044545-73.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 3ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "POR MAIORIA DE VOTOS, NÃO CONHECERAM DA ARGUIÇÃO, VENCIDO O RELATOR SORTEADO QUE DECLARARÁ. ACÓRDÃO COM O EXMO. SR. DES. EVARISTO DOS SANTOS. FARÁ DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR O EXMO. SR. DES. ANTONIO CARLOS VILLEN. IMPEDIDOS OS EXMOS. SRS. DES. GUERRIERI REZENDE E ANTONIO CARLOS MALHEIROS.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.396)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (PRESIDENTE), JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, ARTUR MARQUES, SIDNEY ROMANO DOS REIS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, ANTONIO CARLOS VILLEN (com declaração) e LUIZ ANTONIO DE GODOY não conhecendo da arguição; e NEVES AMORIM (com declaração), XAVIER DE AQUINO e ADEMIR BENEDITO conhecendo da arguição.

São Paulo, 10 de junho de 2015.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator Designado

Ementa: ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

Acesso ao Sumário

Convênio Interestadual nº 12/75, reproduzido pelo art. 7º, inciso V, § 1º, item 2, do Decreto nº 45.490/2000 (RICMS-SP) que prevê a não incidência do ICMS na saída de produtos industrializados para uso e consumo dentro de aeronaves – "catering" – de bandeira estrangeira. Empresa nacional pretendendo a extensão da imunidade/isenção tributária quando prestarem o mesmo serviço. Inadmissibilidade.

Ausente a indicação do parâmetro do controle no aresto onde restou suscitada a alegada inconstitucionalidade. Necessário apontar o preceito constitucional afrontado.

Equívoco da empresa autora ao pretender a declaração de inconstitucionalidade do Convênio Interestadual nº 12/75, anterior à Constituição Federal de 1988. Normas precedentes à Constituição Federal de 1998 são passíveis de revogação ou não recepção. Inviável o reconhecimento de inconstitucionalidade do preceito apontado. Precedentes.

Indevida, finalmente, a declaração de inconstitucionalidade do Convênio Interestadual nº 12/75 quando se almeja o aproveitamento da norma à empresa suscitante. Contraditória a pretensão incidental.

Por tais motivos, não é o caso de conhecer da arguição.

Arguição não conhecida.

VOTO

1. Relatório nos autos.

2. Não conheço da arguição.

Trata-se de **arguição de inconstitucionalidade**, suscitada pela **Eg. 3ª Câmara de Direito Público**, do disposto no **Convênio Interestadual nº 12/75**, reproduzido pelo **art. 7º, inciso V, § 1º, item 2, do Decreto nº 45.490/2000 (RICMS-SP)**, em ação declaratória movida por empresa prestadora de serviços de 'catering' (fornecimento de refeições para consumo a bordo de aeronaves), pretendendo a imunidade de ICMS nas vendas realizadas para empresas nacionais, quando efetuarem voos internacionais, caracterizando essas transações como exportação, a exemplo do que é concedido para as empresas de bandeira estrangeira.

Assim dispõem as normas impugnadas – **Convênio Interestadual nº**

Acesso ao Sumário

12/75, reproduzido pelo **art. 7º, inciso V, § 1º, item 2, do Decreto nº 45.490/2000 (RICMS-SP)**:

"***Cláusula primeira.*** ***Fica equiparada à exportação, para os efeitos fiscais previstos na legislação vigente, a saída de produtos industrializados de origem nacional, destinada ao consumo ou uso de embarcações ou aeronaves, de bandeira estrangeira****, aportado no País, observadas as seguintes condições:*"

"*I – a operação efetuada ao amparo de guia de exportação, na forma das normas estabelecidas pelo Conselho do Comércio Exterior – CONCEX, devendo constar do documento, como natureza da operação, a indicação: 'fornecimento para consumo ou uso de embarcações e aeronave de bandeira estrangeira';*"

"*II – adquirente sediado no exterior;*"

"*III – o pagamento em moeda estrangeira conversível, através de uma das seguintes formas:*"

"*a) pagamento direto, mediante fechamento do câmbio em banco devidamente autorizado;*"

"*b) pagamento indireto, a débito da conta de custeio mantida pelo agente ou representante do armador adquirente do produto;*"

"*IV – comprovação do embarque pela autoridade competente.*"

"***Cláusula segunda****. A disposição prevista na cláusula precedente se aplica aos fornecimentos efetuados nas condições ali indicadas, qualquer que seja a finalidade do produto a bordo, podendo este destinar-se ao consumo da tripulação ou passageiros, ao uso ou ao consumo durável da própria embarcação ou aeronave, bem como à sua conservação ou manutenção.*"

"***Cláusula terceira****. Este Convênio entrará em vigor na data da publicação da sua ratificação nacional.*" (grifei).

E, esse o teor do **art. 7º, inciso** '**2**', do Regulamento do ICMS:

"***Artigo 7º****. O imposto* ***não incide*** *sobre (Lei Complementar Federal 87/96, art. 3º, Lei 6.374/89, art. 4º, na redação da Lei nº 10.619/00, art. 1º, III; Convênios ICM-12/75, ICMS-37/90, ICMS-124/93, cláusula primeira, V, 1, e ICMS-113/96, cláusula primeira, parágrafo único):*"

(...)

"***2 – à saída de produto industrializado de origem nacional para uso ou consumo em embarcação ou aeronave de bandeira estrangeira****, aportado no país, desde que cumulativamente:*"

"***a)*** *a operação seja acobertada por comprovante de exportação, na forma estabelecida, pelo órgão competente, devendo constar na Nota*

Acesso ao Sumário

Fiscal, como natureza da operação, a indicação: 'Fornecimento para Uso ou Consumo em Embarcação ou Aeronave de Bandeira Estrangeira';"

"***b)** o adquirente esteja sediado no exterior;*"

"***c)** o pagamento seja efetuado em moeda estrangeira conversível mediante fechamento de câmbio em banco devidamente autorizado, ou mediante débito em conta de custeio mantida pelo agente ou representante do armador adquirente;*"

"***d)** o embarque seja comprovado por documento hábil.*" (grifei).

A empresa Gate Gourmet Ltda. entende que a imunidade/isenção tributária concedida na saída de produtos industrializados para uso e consumo dentro de aeronaves estrangeiras **também deve** se **estender** às empresas brasileiras que prestarem o mesmo serviço, ou seja, para aquelas que realizarem voos internacionais, razão pela qual, entende **ilegal** e **inconstitucional** a distinção feita pelo legislador no Convênio Interestadual nº 12/75, reproduzido pelo art. 7º, inciso V, § 1º, item 2, do Decreto nº 45.490/2000 (RICMS-SP).

E o I. Relator, vendo afronta ao princípio da igualdade na tributação (arts. 5º, *caput*, 150, II da CF/88), suscitou perante esse **Col. Órgão Especial** a arguição de inconstitucionalidade ora em exame (fls. 319/329 e 339/343).

Por triplo fundamento **não conheço** da arguição: **(a) ausência** de indicação do **parâmetro** no aresto onde arguida suposta inconstitucionalidade; **(b)** equivocada indicação do **objeto** da arguição e **(c) inocuidade** da pretensão.

a) Do parâmetro do controle.

Não consta expressamente dos embargos de declaração, onde suscitada a inconstitucionalidade, o **parâmetro** do controle (preceito constitucional afrontado pela legislação infraconstitucional questionada), "... requisito necessário para o conhecimento da arguição." (**DALTON SANTOS MORAIS** – "Controle de Constitucionalidade" – Ed. Podivm – 2010 – p. 57).

Esse seria fundamento suficiente para o não conhecimento do incidente.

Razoável, no entanto, considerar, para tal fim, as referências do v. acórdão embargado (apelação – fls. 319/329), uma vez lá consignada afronta aos **arts. 5º, *caput*, e 150, II, da Constituição Federal**.

O **art. 196, inciso II** mencionado a tanto **não** se presta, pois se refere à **Constituição Estadual do Rio de Janeiro**, e **não** à Bandeirante ou Federal.

Supera-se, assim, essa falha.

b) Do objeto do incidente.

Equivocou-se a empresa autora, com o beneplácito do órgão suscitante, ao pleitear a declaração de inconstitucionalidade do **Convênio Interestadual nº 12/75**, pois **anterior** à **Constituição de 1988**.

A propósito, observa **LENIO LUIZ STRECK**:

Acesso ao Sumário

"*... não se pode exigir que os tribunais (órgãos fracionários) suscitem incidente de* ***leis anteriores à Constituição****. Em outros termos, a* ***declaração de não recepção, pela Constituição, de uma norma a ela anterior não exige julgamento*** **full court**..." (grifei – "Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica" – Ed. Revista dos Tribunais – 2013 – p. 543/544).

Sendo a norma em questão **anterior** à ordem constitucional vigente, é **impossível** desconstituí-la por reconhecer inconstitucionalidade **superveniente**.

Opera-se, em tais casos, a **revogação** ou **não recepção**.

Segundo **KILDARE GONÇALVES CARVALHO**:

"*Verifica-se quando nova norma constitucional surge e dispõe em contrário de uma lei ou de outro precedente.*"

"*Para maioria dos autores,* ***não se trata de inconstitucionalidade****, mas de* ***derrogação*** *do direito anterior, incompatível com a norma constitucional posterior, devendo, pois* ***a questão ser resolvida no âmbito do direito intertemporal****. Desse modo, a ação direta de inconstitucionalidade* ***não*** *deve sequer ser conhecida, por se revelar* ***incabível*** *quando se trata de declaração de inconstitucionalidade de lei anterior à Constituição.*"

"*Nesse sentido decidiu o Supremo Tribunal Federal; '****O vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucional leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A Lei maior valeria menos que a ordinária****'.*"

"*Quando se verifica incompatibilidade formal entre a lei anterior e a norma constitucional nova, ou seja, quando a inovação constante do texto constitucional posterior à lei muda a regra de competência ou a espécie normativa idônea para tratar da matéria,* ***não se tem admitido a inconstitucionalidade superveniente****. A norma anterior, nada obstante formalmente incompatível com a nova Constituição, é aceita como válida, desde que seja materialmente compatível com o texto constitucional.* ***Não há falar****, portanto, nessa circunstância,* ***em inconstitucionalidade formal superveniente****, mas em recepção de norma anterior, que, no entanto, passa a se sujeitar, sob a incidência da nova Constituição, à sua disciplina.*"

Acesso ao Sumário

"*A inconstitucionalidade superveniente não é admitida no controle concentrado, mas no difuso tem sido reconhecida a possibilidade de sua arguição. Tratando de inconstitucionalidade material, possível que se reconheça a incompatibilidade do conteúdo da norma criada sob a vigência da Constituição anterior e a nova Constituição.*"

"*De remarcar que, em se tratando de inconstitucionalidade superveniente formal, tem-se, no controle difuso, como válida a norma que fora produzida em conformidade com o processo legislativo vigente à época de sua elaboração.*" (grifei – "Direito Constitucional – Teoria do Estado e da Constituição, Direito Constitucional Positivo" – Ed. DelRey – 17ª ed. – p. 329/330).

E como aponta **LUIZ GUILHERME MARINONI**:

"*É correto dizer que a lei é inconstitucional quando confronta com a Constituição vigente.* ***Porém, se, posteriormente à edição da lei, surge novo texto constitucional, é possível indagar se a lei foi revogada ou se a lei permanece constitucional, cogitando-se, neste último caso, de inconstitucionalidade superveniente.*** *Sustentar a existência de inconstitucionalidade superveniente pressupõe aceitar que a lei pode ter a sua validade aferida em face da Constituição posterior, com base no princípio da supremacia da Constituição. Por outro lado, falar em revogação implica admitir que a superveniência de norma constitucional derroga a lei com ela incompatível, circunscrevendo-se a questão ao âmbito do direito intertemporal.*"

"*Essa discussão tem consequências práticas relevantes. Se o caso é de mera revogação, restam de lado as formalidades peculiares ao juízo de inconstitucionalidade. Qualquer Câmara ou Turma, no âmbito de Tribunal, pode declarar a revogação da norma. Mas, se a hipótese for de inconstitucionalidade, a Câmara ou Turma terá que submeter a questão ao Plenário ou Órgão Especial do Tribunal para que este possa pronunciar a inconstitucionalidade. E isto quando se chegar a um resultado de maioria absoluta de votos, já que, para a declaração de inconstitucionalidade, exige-se a maioria absoluta de votos dos membros do Plenário ou Órgão Especial. Ademais, aceitando-se a hipótese como simples revogação, resta inviabilizada a ação direta de inconstitucionalidade.*"

(...)

"*O relator Min. Paulo Brossard, argumentou que* ***norma anterior à Constituição pode <u>não</u> ser recepcionada, mas <u>não</u> pode ser dita inconstitucional****; inconstitucional pode ser apenas a norma* ***<u>posterior</u>*** *à Constituição. O legislador* ***<u>não</u>*** *pode se submeter a uma '**Constituição futura**'; '**só por adivinhação poderia obedecê-la**'. O problema da norma*

anterior à Constituição seria de direito intertemporal; não de direito constitucional." (grifei – "Curso de Direito Constitucional" – Ed. Revista dos Tribunais – 2012 – p. 801/802).

Nesse sentido se pronunciou este **Col. Órgão Especial**:

"*2. **A ação deve ser extinta sem julgamento de mérito**, vez que, trata de pretensão de declaração de inconstitucionalidade de norma **anterior à ordem constitucional vigente**.*"

"*A jurisprudência pátria firmou entendimento acerca da **impossibilidade jurídica da chamada inconstitucionalidade superveniente**, entendendo ser inviável o controle de constitucionalidade, em caráter abstrato de normas editadas anteriormente à Constituição utilizada como parâmetro para o controle.*"

"*Entende-se que a referida questão se limitaria, em síntese, a conflito de normas no tempo, implicando, em realidade, a não recepção da norma anterior pela ordem constitucional superveniente.*"

"*Inexiste, dessa forma, relação de contemporaneidade entre as normas conflitantes a ensejar o controle abstrato de constitucionalidade almejado, devendo a presente ação ser extinta sem julgamento do mérito.*" (grifei – Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.027.724-57.2014.8.26.0000 – v.u. j. de 23.04.14 – Rel. Des. **MÁRCIO BARTOLI**).

Confira-se, no mesmo sentido: Arguição de Inconstitucionalidade nº 0.044.076-27.2014.8.26.0000 – v.u. j. de 24.09.14 – Rel. Des. **ADEMIR DE CARVALHO BENEDITO** e ADIn nº 2.088.007-46.2014.8.26.0000 – v.u. j. de 15.10.14 – de que fui Relator.

Esse o entendimento da **Eg. Suprema Corte**:

"*DIREITO TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. LEI 6.830/1980. JUIZO DE RECEPÇÃO. ARTIGO 97 DA LEI MAIOR. RESERVA DE PLENÁRIO. VIOLAÇÃO INOCORRENTE. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 10.03.2011. Esta Corte, no julgamento da ADI 2/DF, Rel. Min. Paulo Brossard, Tribunal Pleno, DJ 21.11.1997, decidiu que **o exame da compatibilidade de legislação pré-constitucional com a nova Carta não se confunde com a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, pois se traduz em juízo de recepção ou não-recepção, razão pela qual não se vislumbra a alegada ofensa ao art. 97 da CF/88 ou à Súmula Vinculante 10/STF**. As razões do agravo regimental não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada. Agravo regimental conhecido e não provido.*" (**STF** – ARE 651448 AgR – DJe 23.03.15 – Rel. Min. **ROSA WEBER**).

Assim, embora a validade do convênio em análise tenha sido sucessivas vezes **prorrogada** por outros Convênios (Conv. ICMS nº 37/90; Conv. ICMS

Acesso ao Sumário

nº 102/90 e Conv. ICMS nº 80/91), até a celebração do **Convênio nº 124/93**, quando prorrogado seu conteúdo por prazo **indeterminado**, a inovação no mundo jurídico, ou seja, o preceito disciplinador da equiparação aqui pretendida e discutida ocorreu com o Convênio nº 12/75.

Limitaram-se os demais convênios a prorrogar o contido no convênio inicial – Conv. nº 12/75. **Não** introduziram regra nova ao mundo jurídico.

Sequer o **Decreto nº 45.490/2000** na parte questionada deve ser apreciado sob o aspecto constitucional.

Ora, se **não** é o caso de apreciar a constitucionalidade do **Convênio nº 12/75**, por ser anterior à CF/88, sua eventual não recepção ou revogação, deixa de dar esteio ao **art. 7º, inciso V, § 1º, item 2, do Decreto nº 45.490/2000**, que apenas o regulamentou, caracterizando vício de **ilegalidade**, mas nunca (in) constitucionalidade.

Assim, para apreciar hipotético não recebimento do questionado diploma pela nova Constituição, ou consequente eventual exame de legalidade da norma regulamentadora, **não** há **reserva de plenário** (art. 97 da CF/88).

Portanto, a **arguição não** deve ser conhecida.

c) Quanto à inocuidade da declaração.

JOSÉ LEVI MELLO DO AMARAL JÚNIOR sustenta ser:

"*... postulado antigo do controle difuso que* 'nem irá uma corte, como regra geral, passar para uma questão constitucional, e decidir ser inválida uma lei, a menos que a decisão sobre aquele aspecto se torne **necessária para a solução da causa**'.". (grifei – "Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade" – Ed. Revista dos Tribunais – 2002 – p. 57/58).

Em tradução de **THOMAS M. COOLEY**:

"*Neither will a court, as general rule, pass upon a constitutional question, and decide a statute to be invalid, unless a decision upon that very point* ***becomes necessary to the determination of the cause***." (grifei – "*Treatise on the constitutional limitations which rest upon the legislative powers of the states of the American union*" p. 196 – ***in*** **–JOSÉ LEVI MELLO DO AMARAL JÚNIOR** – op. cit. – p. 58 – n. 6).

Nesse sentido já se manifestou o **C. Superior Tribunal de Justiça** – "*O incidente de inconstitucionalidade é cabível quando a declaração de ilegitimidade de uma norma* ***seja indispensável ao julgamento da causa****...*" (grifei – **STJ** – ED no REsp 727.716 – DJ-e de 23.05.11 – Rel. Min. **TEORI ZAVASCKI**) – dentre outros no mesmo sentido: RTJ 95/202, RTFR 148/273 (compilados por **THEOTÔNIO NEGRÃO** – "Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor" – Ed. Saraiva – 2014 – art. 97 – notas 6a e 7).

Para apreciar o pedido – imunidade/isenção do tributo na operação

apontada – **não** cabe nem é necessário suprimir do mundo jurídico os preceitos indicados.

Como ver declarada 'ilegal ou inconstitucional' situação equiparada à exportação se se pretende exatamente usufruir de igual benefício quando há fornecimento a aeronaves nacionais em voos destinados ao exterior?

O eventual reconhecimento de 'inconstitucionalidade' **não** implicaria em conceder igual benefício à suscitante, mas tão somente em viabilizar ao fisco a exigência do tributo da empresa aérea estrangeira, sem qualquer utilidade para a principal interessada.

Pretende-se, na verdade, ver aplicada por extensão situação tida como inconstitucional. Afigura-se **contraditória** a pretensão incidental.

A propósito, como bem ponderou o I. Des. **MOACIR PERES**:

"*Acrescente-se que também falta interesse à autora quando argumenta que a cobrança do imposto, no caso, violaria a regra de imunidade prevista no artigo 155, § 2º, X 'a', da Constituição Federal ('*[o ICMS] não incidirá (...) sobre operações que destinem mercadorias para o exterior (...)'*).*"

"*É que a demanda, afinal, se refere à extensão do Convênio ICMS nº 12/75 às suas atividades. Contudo, o convênio, como lhe é próprio, trata de uma isenção ao aludido imposto, categoria técnica distinta da imunidade, que é autoaplicável e prescinde de acordo entre os Estados.*"

"*Com efeito, a imunidade é limitação à competência tributária e, para tanto, deve ser prevista constitucionalmente. Assim,* 'o legislador ordinário não tem competência para imunizar; ao contrário lhe é proibido invadir o campo da imunidade porque este é reservado ao poder contribuinte; a imunidade é categoria constitucional, é precisamente limitação de competência, mais genericamente, é exclusão do próprio poder de tributar.' *(Ruy Barbosa Nogueira, Curso de Direito Tributário, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 172).*"

"*Quanto à isenção, esta sim depende de deliberação dos Estados e do Distrito Federal (art. 155, § 2º, XII, 'g', da Constituição Federal), observado o princípio da legalidade e a interpretação restritiva que deve ser dada às normas de regência (art. 111, II, do Código Tributário Nacional).*"

"*Portanto, como se pretende o reconhecimento da imunidade em razão da destinação de mercadorias ao exterior, desnecessária e inócua a discussão acerca da aplicabilidade do Convênio nº 12/75 ao caso.*"

Por mais esse motivo impõe-se **não** conhecer da arguição.

Segundo cada um desses fundamentos [**(a) ausência** de indicação do

Acesso ao Sumário

parâmetro no aresto onde arguida suposta inconstitucionalidade; **(b)** equivocada indicação do **objeto** da arguição e **(c) inocuidade** da pretensão], entendo ser o caso **não** conhecer da arguição.

Mais não é preciso acrescentar.

3. Não conheço da arguição de inconstitucionalidade.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 20046)

Trata-se de arguição de inconstitucionalidade suscitada pela colenda 3ª Câmara de Direito Público, por ocasião do julgamento da Apelação Cível nº 0119895-15.2008.8.26.0053, nos autos da ação declaratória proposta por Gate Gourmet Ltda., que objetiva o reconhecimento de ilegalidade e inconstitucionalidade das limitações e requisitos estabelecidos pelo Convênio ICM nº 12, de 15 de julho de 1975 e do artigo 7º, inciso V, § 1º, 2, do Decreto Estadual nº 45.490, de 2000, à luz do art. 150, II, da Constituição Federal.

A D. Procuradoria Geral de Justiça ofereceu parecer opinando pela rejeição da declaração de inconstitucionalidade (fls. 397/415).

É o relatório.

A arguição de inconstitucionalidade comporta acolhimento.

Colhe-se dos autos que a empresa comerciante Gate Gourmet Ltda. pretende o reconhecimento da imunidade tributária com lastro no art. 155, II, § 2º, inciso X, alínea a, da Constituição Federal e no art. 3º, II, da Lei Complementar nº 87/96, assinalando que se no fornecimento de refeições para consumo a bordo de aeronave em voos domésticos há incidência do ICMS, o imposto não é devido em relação ao suprimento de voos internacionais, pois as mercadorias e produtos entregues são destinados ao exterior.

Com efeito, a norma do art. 155, II, § 2º, inciso X, alínea a, da Constituição Federal prevê:

> "*Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:*
>
> *(...)*
>
> *II – operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;*
>
> *(...)*
>
> *§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:*

(...)

X – não incidirá:

I. sobre operações que destinem mercadorias para o exterior, nem sobre serviços prestados a destinatários no exterior, assegurada a manutenção e o aproveitamento do montante do imposto cobrado nas operações e prestações anteriores;"

O convênio ICMS nº 12, de 15 de julho de 1975, que equipara à exportação o fornecimento de produtos para uso ou consumo de embarcações ou aeronaves de bandeira estrangeira aportadas no País, assim dispõe:

Cláusula primeira. Fica equiparada à exportação, para os efeitos fiscais previstos na legislação vigente, a saída de produtos industrializados de origem nacional, destinada ao consumo ou uso de embarcações ou aeronaves, de bandeira estrangeira, aportadas no País, observadas as seguintes condições:

I – operação efetuada ao amparo de guia de exportação, na forma das normas estabelecidas pelo Conselho do Comércio Exterior – CONCEX, devendo constar do documento, como natureza da operação, a indicação: "*fornecimento para consumo ou uso de embarcações e aeronaves de bandeira estrangeira*";

II – adquirente sediado no exterior;

III – pagamento em moeda estrangeira conversível, através de uma das seguintes formas:

a) pagamento direto, mediante fechamento do câmbio em banco devidamente autorizado;

b) pagamento indireto, a débito da conta de custeio mantida pelo agente ou representante do armador adquirente do produto;

IV – comprovação do embarque pela autoridade competente.

Cláusula segunda. A disposição prevista na cláusula precedente se aplica aos fornecimentos efetuados nas condições ali indicadas, qualquer que seja a finalidade do produto a bordo, podendo este destinar-se ao consumo da tripulação ou passageiros, ao uso ou consumo durável da própria embarcação ou aeronave, bem como à sua conservação ou manutenção.

Cláusula terceira. Este Convênio entrará em vigor na data da publicação da sua ratificação nacional.

A tese defendida pela demandante, Gate Gourmet Ltda., de que na prestação de serviços de "*catering*" (fornecimento de gêneros alimentícios) para uso e consumo a bordo de aeronaves de bandeira nacional em voos internacionais deve ser aplicada a regra da imunidade do ICMS merece prevalecer, de modo a atender o princípio da igualdade tributária insculpido no artigos 150, II da

Acesso ao Sumário

Constituição Federal.

É que, nos termos dos fundamentos já externados no acórdão de fls. 320/329, da lavra do eminente Des. Ronaldo Andrade (3ª Câmara de Direito Público), relator da apelação com revisão nº 0021570-97.2011.8.26.0053:

> "*... o Convênio de ICMS, que afastou a incidência do ICMS, sobre serviços de catering – fornecimento de gêneros alimentícios – a bordo de aeronaves, restringiu aquela, para aeronaves de bandeira estrangeira, excluídas as de bandeira nacional.*
>
> *Diante do verificado, se conclui que tal "discrímen" não se justifica, porquanto, como já mencionado, dispensa tratamento desigual a contribuintes em situações jurídicas idênticas, a malferir o princípio da igualdade na tributação, consagrado nos artigos 150, II e 196, II, da Constituição.*
>
> *Portanto, de se concluir que o fornecimento das refeições para voos destinados ao exterior, equipara-se a operação de exportação, uma vez que existe a saída de produtos industrializados de origem nacional, destinada ao consumo em voos internacionais, isenta da tributação a teor do Convênio 12/75, cláusula primeira e incisos e cláusulas segunda e terceira.*".

O Colendo Supremo Tribunal Federal, apreciando a matéria aqui debatida, no julgamento da ADI 1600/UF (União Federal), ocorrido em 26.11.2001, sob a relatoria do Exmo. Ministro SIDNEY SANCHES, e relatoria para Acórdão o Exmo. Ministro NELSON JOBIM, julgou inconstitucional a exigência do ICMS sobre a prestação de serviços de transporte aéreo internacional de cargas, conforme assim ementado:

> "*EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. LEI COMPLEMENTAR 87/96. ICMS E SUA INSTITUIÇÃO. ARTS. 150, II; 155, § 2º, VII 'A', E INCISO VIII, CF. CONCEITOS DE PASSAGEIRO E DE DESTINATÁRIO DO SERVIÇO. FATO GERADOR. OCORRÊNCIA. ALÍQUOTAS PARA OPERAÇÕES INTERESTADUAIS E PARA AS OPERAÇÕES INTERNAS. INAPLICABILIDADE DA FÓRMULA CONSTITUCIONAL DE PARTIÇÃO DA RECEITA DO ICMS ENTRE OS ESTADOS. OMISSÃO QUANTO A ELEMENTOS NECESSÁRIOS À INSTITUIÇÃO DO ICMS SOBRE NAVEGAÇÃO AÉREA. OPERAÇÕES DE TRÁFEGO AÉREO INTERNACIONAL. TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL DE CARGAS. TRIBUTAÇÃO DAS EMPRESAS NACIONAIS. QUANTO ÀS EMPRESAS ESTRANGEIRAS, VALEM OS ACORDOS INTERNACIONAIS – RECIPROCIDADE. VIAGENS NACIONAL OU INTERNACIONAL – DIFERENÇA DE TRATAMENTO. AUSÊNCIA DE NORMAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS DE*

Acesso ao Sumário

COMPETÊNCIA ENTRE AS UNIDADES FEDERADAS. ÂMBITO DE APLICAÇÃO DO ART. 151, CF É O DAS RELAÇÕES DAS ENTIDADES FEDERADAS ENTRE SI. NÃO TEM POR OBJETO A UNIÃO QUANDO ESTA SE APRESENTA NA ORDEM EXTERNA. NÃO INCIDÊNCIA SOBRE A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE AÉREO, DE PASSAGEIROS – INTERMUNICIPAL, INTERESTADUAL E INTERNACIONAL. INCONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA DO ICMS NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL DE CARGAS PELAS EMPRESAS AÉREAS NACIONAIS, ENQUANTO PERSISTIREM OS CONVÊNIOS DE ISENÇÃO DE EMPRESAS ESTRANGEIRAS. AÇÃO JULGADA, PARCIALMENTE PROCEDENTE." (ADI 1600/UF – UNIÃO FEDERAL).

A propósito do tema, o Colendo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, nos autos da Arguição de Inconstitucionalidade nº 13/2007, sob a relatoria do Des. Antonio José Azevedo Pinto, também já decidiu pela inconstitucionalidade do Convênio 12/75, conforme ementa a seguir transcrita:

"*Arguição de Inconstitucionalidade.*

Arguição efetivada pela Egrégia 2ª Câmara Cível no julgamento de embargos à execução fiscal, no que toca ao fornecimento de serviços de '*catering*'*, determinando a suspensão do julgamento para que, após manifestação deste Colendo Colegiado sobre a constitucionalidade do Convênio nº 12/75, possa dar continuidade ao julgamento do recurso de apelação.*

Inconstitucionalidade do Convênio que se verifica.

Estabelecendo o referido Convênio regras desiguais de incidência do imposto a contribuintes em situação idêntica, restam feridos os artigos 150, II, da CRFB/88, e 196, II, da Constituição do estado de Rio de Janeiro.

No caso, a prestação de serviço de '*catering*' *(fornecimento de gêneros alimentícios) a bordo de aeronaves, não pode ter tratamento diferenciado entre aeronaves de bandeira estrangeira, que gozam de isenção do tributo, e aeronaves de bandeira nacional, que não possuem tal benefício.*

Assim sendo, acolhimento do incidente para declarar a inconstitucionalidade do Convênio nº 12/75." (Arguição de Inconstitucionalidade nº 13/2007, rel. Des. Antonio José Azevedo Pinto, J. 29/10/2007).

Em resumo, deve ser declarada inconstitucional a exigência da tributação do ICMS na prestação de serviço de "catering" pelas empresas aéreas nacionais, enquanto persistirem os convênios de isenção favoráveis às empresas

Acesso ao Sumário

estrangeiras.

Pelo exposto, julgo procedente a arguição, nos moldes acima explicitados. NEVES AMORIM, Desembargador, Relator sorteado vencido

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR

(Voto nº 607/15)

Trata-se de incidente de inconstitucionalidade que tem por objeto o Convênio ICM nº 12/75 e o art. 7º, V, § 1º, 2, do Decreto Estadual 45.490/2000 (RICMS/SP), cujas redações, pela ordem, são as seguintes:

"***CONVÊNIO***

Cláusula primeira

Fica equiparada à exportação, para os efeitos fiscais previstos na legislação vigente, a saída de produtos industrializados de origem nacional, destinada ao consumo ou uso de embarcações ou aeronaves, de bandeira estrangeira, aportadas no País, observadas as seguintes condições:

I – operação efetuada ao amparo de guia de exportação, na forma das normas estabelecidas pelo Conselho do Comércio Exterior – CONCEX, devendo constar do documento, como natureza da operação, a indicação: 'fornecimento para consumo ou uso de embarcações e aeronaves de bandeira estrangeira';

II – adquirente sediado no exterior;

III – pagamento em moeda estrangeira conversível, através de uma das seguintes formas:

a) pagamento direto, mediante fechamento do câmbio em banco devidamente autorizado;

b) pagamento indireto, a débito da conta de custeio mantida pelo agente ou representante do armador adquirente do produto;

IV – comprovação do embarque pela autoridade competente.

Cláusula segunda

A disposição prevista na cláusula precedente se aplica aos fornecimentos efetuados nas condições ali indicadas, qualquer que seja a finalidade do produto a bordo, podendo este destinar-se ao consumo da tripulação ou passageiros, ao uso ou consumo durável da própria embarcação ou aeronave, bem como à sua conservação ou manutenção.

Cláusula terceira

Este Convênio entrará em vigor na data da publicação da sua

Acesso ao Sumário

ratificação nacional.

Brasília, DF, 15 de julho de 1975.";

"***RICMS 2000*** *– Atualizado até o Decreto 61.220, de 16-04-2015.*

SEÇÃO II – DA NÃO-INCIDÊNCIA

Artigo 7º – O imposto não incide sobre *(Lei Complementar federal 87/96, art. 3º, Lei 6.374/89, art. 4º, na redação da Lei 10.619/00, art. 1º, III; Convênios ICM-12/75, ICMS-37/90, ICMS-124/93, cláusula primeira, V, 1, e ICMS-113/96, cláusula primeira, parágrafo único):*

I – a saída de mercadoria com destino a [...];

[...]

V – a saída de mercadoria com destino ao exterior e a prestação que destine serviço ao exterior;

[...]

XVIII – operações [...]

§ 1º – O disposto no inciso V, observadas, no que couber, as disposições dos artigos 439 a 450, aplica-se, também:

1 – à saída de mercadorias, com o fim específico de exportação, com destino a:

a) empresa comercial exportadora, inclusive 'trading';

b) armazém alfandegado ou entreposto aduaneiro;

c) outro estabelecimento da mesma empresa;

2 – à saída de produto industrializado de origem nacional para uso ou consumo em embarcação ou aeronave de bandeira estrangeira, aportada no país, desde que cumulativamente:

a) a operação seja acobertada por comprovante de exportação, na forma estabelecida pelo órgão competente, devendo constar na Nota Fiscal, como natureza da operação, a indicação: 'Fornecimento para Uso ou Consumo em Embarcação ou Aeronave de Bandeira Estrangeira';

b) o adquirente esteja sediado no exterior;

c) o pagamento seja efetuado em moeda estrangeira conversível, mediante fechamento de câmbio em banco devidamente autorizado, ou mediante débito em conta de custeio mantida pelo agente ou representante do armador adquirente;

d) o embarque seja comprovado por documento hábil.

3 – à transferência de titularidade [...]" **(g.n.)**

A Câmara suscitante vislumbrou inconstitucionalidade material nessas normas, na parte em que limitam a isenção (ou não-incidência,

Acesso ao Sumário

conforme a corrente doutrinária que se adote) às saídas de mercadorias com destino a embarcações/aeronaves de bandeira estrangeira, excluindo desse benefício as saídas destinadas a embarcações/aeronaves de bandeira nacional que farão rota internacional. Invocou, como parâmetros para o controle de constitucionalidade, "*os artigos 150, II e 196, II, da Constituição*".

Quanto ao último dispositivo, tem razão a d. Procuradoria Geral de Justiça quando afirma o seguinte:

"*11. No ponto, observo que a referência ao art. 196, II, da Constituição, contida no venerando acórdão (fl. 328), se liga à Constituição do Estado do Rio de Janeiro pela incorporação de precedente do egrégio Tribunal de Justiça daquela unidade federativa (fls. 326/328).*

12. O fundamento nuclear do venerando acórdão do colendo órgão fracionário consiste na violação do princípio da isonomia tributária (art. 150, II, Constituição da República), como exposto no respectivo decisório:" (fl. 407).

Em verdade, portanto, o parâmetro invocado pela Câmara suscitante foi, única e exclusivamente, o art. 150, II, da CF.

Isso não significa, todavia, que este Órgão Especial esteja adstrito à analise dessa norma constitucional. Conforme esclarece José Carlos Barbosa Moreira, "*Dentro dos limites em que lhe caiba apreciar a prejudicial, contudo, é plena a cognição do tribunal, quer no exame da admissibilidade da arguição, que não fica precluso, quer, de* ***meritis****, no exame da constitucionalidade. Não está o plenário (ou o órgão especial) adstrito aos fundamentos indicados na arguição, isto é, a verificar a compatibilidade entre a lei ou o outro ato e a determinada regra (ou as determinadas regras) da Constituição, com que o arguente afirma existir conflito. A arguição pode ter-se fundado na alegada incompatibilidade entre a lei ou ato e a regra* ***x****, e o tribunal declarar inconstitucional uma ou outro por incompatível com a regra* ***y****. Não há que cogitar de vinculação do tribunal a uma suposta* ***causa petendi****, até porque a arguição não constitui '*pedido*' em sentido técnico, e as questões de direito são livremente suscitáveis,* ***ex officio****, pelos órgãos judiciais, na área em que lhes toque exercer atividade cognitiva*" ("*Comentários ao CPC*", Forense, 11ª ed., vol. V, págs. 46/47).

Por tal motivo, convém levar em consideração, também, os demais parâmetros de controle de constitucionalidade apontados pelo autor da demanda, quais sejam: o art. 146, II, da CF, que, segundo ele, exige lei complementar para regulação dos limites de imunidade tributária e, por isso, impõe o reconhecimento de inconstitucionalidade formal das normas sob exame; art. 155, § 2º, X, "a", da CF, que, de acordo com demandante, alcança as operações intermediárias da cadeia de exportação e, via de consequência, é incompatível com norma

Acesso ao Sumário

infraconstitucional que restrinja esse alcance, caso das sob análise; e, por fim, o art. 170 da CF, que, diz o autor, impede a concorrência desleal propiciada pela discriminação supramencionada.

Dito isso, passo a analisar a admissibilidade do incidente.

O caso é de não conhecimento.

Só é possível fazer controle de constitucionalidade de norma posterior à CF que se toma como referência. Para as anteriores, o juízo que se faz é de recepção ou não pela Carta Magna, e não de constitucionalidade. Por tal motivo, eventual declaração de não-recepção da norma anterior pode ser feita por órgão fracionário do Tribunal, dispensando a intervenção do Órgão Especial, pois o art. 97 da CF só exige a reserva de plenário para "*declarar a inconstitucionalidade*". Nesse sentido:

> "*EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO. LEI 4.156/62. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DA CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO (ARTIGO 97 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). INOCORRÊNCIA. NORMA ERIGIDA SOB A ÉGIDE DA CONSTITUIÇÃO ANTERIOR. RECEPÇÃO DA LEI POR ÓRGÃO FRACIONÁRIO. POSSIBILIDADE.*
>
> *1. A cláusula de reserva de plenário (full bench) é aplicável somente aos textos normativos erigidos sob a égide da atual Constituição.*
>
> *2. As normas editadas quando da vigência das Constituições anteriores se submetem somente ao juízo de recepção ou não pela atual ordem constitucional, o que pode ser realizado por órgão fracionário dos Tribunais sem que se tenha por violado o art. 97 da CF. Precedentes: AIAgR 582.280, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 6.11.2006 e AI 831.166-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, Dje de 29.4.2011.*
>
> *3. Agravo regimental desprovido.*"
>
> **(AgR no AI 669.872 – STF – 1ª T. – Rel. Min. Luiz Fux – J. em 11.12.2012, m.v.)**

Na mesma trilha: AI 582.280 e RE 495.370, ambos do STF.

Como o Convênio ICM 12/75 é ato normativo anterior à CF/88, o incidente, nessa parte, não pode ser conhecido. Convém sublinhar que não afasta essa conclusão o fato de a vigência desse convênio ter sido prorrogada, até os dias de hoje, pelos Convênios 37/90, 102/90, 80/91 e 124/93, pois eventual não-recepção daquele ocorreu já em outubro de 1988, antes, portanto, da edição destes últimos.

Por outro lado, a CF estabelece um regime especial para a concessão de

Acesso ao Sumário

benefícios fiscais quando se trata de ICMS, qual seja, "*cabe à lei complementar regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados*" (art. 155, § 2º, XII, "g"). Corolário disso é que o art. 7º, V, § 1º, 2, do Decreto Estadual 45.490/2000 (RICMS/SP), concessor de benefício fiscal (cria hipótese de isenção ou não-incidência, conforme a corrente doutrinária que se adote), não extrai seu fundamento de validade diretamente da CF, e sim da lei complementar que supriu a exigência constitucional acima referida.

Ora, a lei complementar que cumpriu esse papel, mesmo depois da CF/88, é a de nº 24/75, conforme já reconheceu o STF (ADI 1.179)[1], a qual, por sua vez, dispõe que "*As isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias serão concedidas ou revogadas nos termos de convênios celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal, segundo esta Lei*" (art. 1º). Em outras palavras, o fundamento de validade do art. 7º, V, § 1º, 2, do Decreto Estadual 45.490/2000 (RICMS/SP) é, última análise, o Convênio ICM 12/75, que, como se viu, não é suscetível de juízo de constitucionalidade.

Consequentemente, a parte do incidente que questiona a constitucionalidade do art. 7º, V, § 1º, 2, do Decreto Estadual 45.490/2000 (RICMS/SP) também não supera o juízo de admissibilidade, pelas razões já expostas quando da análise do Convênio ICM 12/75.

Há, ainda, uma outra razão para não se conhecer do incidente de inconstitucionalidade, ao menos no que diz respeito aos arts. 150, II, e 170 da CF.

Com efeito, prevalece no STF o entendimento segundo o qual "*Não é possível ao Poder Judiciário estender isenção a contribuintes não contemplados pela lei, a título de isonomia (RE 159.026)*" (RE 344.331), pois isso o converteria em legislador positivo, o que é inadmissível em tema de controle de constitucionalidade (AgRg no RE 475.954, AgRg no RE 449.233, AgRg no RE 485.290, AgRg no AI 142.348 e AgRg no AI 142.344). Ora, se a extensão do benefício não é possível mesmo na hipótese de se reconhecer violação da isonomia tributária, então a análise do mérito deste incidente é medida inútil, porquanto o objetivo do autor não é outro senão aquela extensão. Nesse sentido:

> "*INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARGÜIÇÃO QUE, SENDO ACOLHIDA, NÃO APROVEITARIA ÀS PARTES. NÃO CONHECIMENTO.*
>
> *1 – O controle difuso da constitucionalidade das leis é exercido no julgamento do caso concreto e só é cabível se esse julgamento o exigir (art.*

Acesso ao Sumário

1 A doutrina acompanha: Miguel, Luciano Garcia. "*A Lei complementar nº 24/1975 e os benefícios fiscais e financeiro-fiscais relacionados ao ICMS*" *in* RDDT nº 216/96, set/2013 *apud* Paulsen, Leandro – "*Direito Tributário – Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*", Livraria do Advogado Ed., 16ª ed., págs. 435/436.

460 do CPC). O Judiciário não julga a lei, julga o caso e, para decidi-lo, deixa de aplicar a lei, se lhe reconhecer a inconstitucionalidade, mas só se esse reconhecimento for útil ao julgamento do caso.

2 – Pretendendo a parte autora, a título de isonomia, lhe seja estendido benefício fiscal, outorgado por lei apenas a empresas de um setor restrito da economia (Lei nº 10.182/2001, art. 5º), não tem ela qualquer interesse (art. 267, VI, CPC) em que o Tribunal, agindo como legislador negativo, declare inconstitucional o próprio benefício, porque disso não resultaria o acolhimento de sua pretensão. Desvinculado o julgamento do resultado útil da causa, resultaria ele em declaração de inconstitucionalidade em abstrato, para a qual tem competência exclusiva o Egrégio Supremo Tribunal Federal.

3 – Argüição de inconstitucionalidade não conhecida."

(Incidente de Inconstitucionalidade na AMS 2001.70.08.002028-3 – TRF-4 – Corte Especial – Rel. Des. Federal Antônio Albino Ramos de Oliveira – J. em 26.7.2007, v.u.).

Inútil a análise do incidente à luz do art. 150, II, da CF, desaparece o pressuposto da alegação de afronta ao art. 170 da Carta, qual seja, discriminação ilegítima propiciadora de concorrência desleal.

Essas as razões pelas quais, respeitado entendimento em sentido contrário, o voto é pelo não conhecimento do incidente de inconstitucionalidade.

ANTONIO CARLOS VILLEN, Desembargador

Conflitos de Competência

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0020061-57.2015.8.26.0000, da Comarca de Diadema, em que é suscitante 1ª CÂMARA RESERVADA AO MEIO AMBIENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 1ª 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 1ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE

JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. JOSÉ RENATO NALINI. JULGAMENTO PRESIDIDO PELO EXMO. SR. DES. EROS PICELI.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.081)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (PRESIDENTE), PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI, LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SILVEIRA PAULILO, FRANÇA CARVALHO, NUEVO CAMPOS, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS e MOACIR PERES.

São Paulo, 29 de julho de 2015.

FERREIRA RODRIGUES, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Ação de indenização por danos morais e materiais. Contaminação do solo na área de residência dos autores. Defesa de interesse meramente individual. Pretensão que envolve – como objeto principal e preponderante – o exame sobre responsabilidade civil extracontratual. Questão ambiental que foi invocada apenas de forma reflexa. Inexistência de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos diretamente ligados ao meio ambiente. Precedentes do C. Órgão Especial. Resolução nº 681/2015. Conflito procedente. Competência da 1ª Câmara de Direito Privado.

VOTO

Trata-se de conflito de competência suscitado pela 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente em razão de a 1ª Câmara de Direito Privado ter-se dado por incompetente para conhecer da Apelação Cível nº 0012941-09.2008.8.26.0161, **interposto nos autos da ação de indenização nº 1.029/2008, da Segunda Vara Cível da Comarca de Diadema**, que versa sobre danos que o Posto de combustível do estabelecimento Carrefour teria causado aos autores em razão de vazamento de gasolina para o subsolo.

A 1ª Câmara de Direito Privado (suscitada) sustenta que em se tratando "*ação fundada na responsabilidade civil pela contaminação de lençol freático e*

Acesso ao Sumário

de rede de esgoto, motivada por vazamento nos tanques reservatórios de posto de combustível de propriedade do réu" (fl. 4.849), a competência recursal deve ser atribuída às Câmaras Reservadas ao Meio Ambiente com base no art. 4º, inciso I, da Resolução TJSP nº 623/2013.

A 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente (suscitante), por sua vez, argumento que "*a lide discute a possibilidade de indenização, sem entrar no mérito da legislação ambiental*" (fl. 4.860), daí porque defende o posicionamento de que o conhecimento do recurso compete à Câmara suscitada.

A douta Procuradoria de Justiça, com as considerações de fls. 4.877/4.882, opinou pela procedência do conflito, reconhecendo-se a competência da 1ª Câmara de Direito Privado para processar e julgar o recurso.

É o relatório.

Nos termos do art. 103 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça, "*a competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do pedido inicial, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la*".

No caso destes autos, a ação versa sobre danos que o Posto de combustível do estabelecimento Carrefour teria causado aos autores em razão de vazamento de gasolina para o subsolo.

Embora os autores mencionem a ocorrência de danos ao meio ambiente, referindo-se, por exemplo, à contaminação do lençol freático, **o que se percebe, na verdade**, é que a pretensão indenizatória, aqui, envolve – **como objeto principal e preponderante** – a defesa de interesses individuais, mediante exame de responsabilidade civil extracontratual da empresa CARREFOUR.

Não se trata, portanto, de ação que envolva discussão sobre interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos diretamente ligados ao meio ambiente. A questão ambiental foi invocada apenas de forma reflexa, o que afasta a hipótese de enquadramento na competência definida pelo art. 4º da Resolução TJSP nº 623/2013.

Nesse sentido tem decidido este C. Órgão Especial em casos semelhantes:

"*Conflito de competência. Agravo de instrumento. Ação de nunciação de obra nova. A questão ambiental foi tratada somente de forma reflexa. A lide instalada não envolve direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos diretamente relacionados ao meio ambiente, mas sim direito de vizinhança. Conflito julgado procedente para estabelecer a competência da C. 35ª Câmara de Direito Privado*" (Conflito de Competência nº 0269183-60.2012.8.26.0000, Rel. Des. Guerrieri Rezende, j. 06/03/2013).

"*CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Recurso de apelação interposto em ação condenatória proposta contra concessionária de serviço público de*

Acesso ao Sumário

fornecimento de energia elétrica em razão de exigência de apresentação de prova de regularidade do imóvel como condição à implantação da rede – Competência para exame e julgamento do recurso que se firma segundo o pedido inicial, consoante o disposto no artigo 100 do RITJSP – Demanda que versa questão essencialmente obrigacional, excluindo do âmbito da lide matéria relativa ao direito ambiental, suscitada na lide de forma meramente reflexa – Pretensão, portanto, que deve ser examinada tão somente à luz do vínculo contratual, existente ou não entre autor e ré, arredando a competência da Câmara Reservada ao Meio Ambiente – Inteligência do artigo 1º, caput, da Resolução nº 512/2010 desta Corte – Atribuição que, nesse passo, insere-se dentre aquelas conferidas às 11ª a 36ª Câmaras de Direito Privado deste Tribunal de Justiça de São Paulo, na forma do que dispõe o artigo 2º, inciso III, alínea 'c', da Resolução nº 194/2004, preceito que foi integralmente mantido na Instrução de Trabalho SEJ0001, anexa ao Provimento nº 71/2007 deste Tribunal. Conflito conhecido e provido para fixar a competência da suscitada 11ª Câmara de Direito Privado para processar e julgar o presente recurso" (Conflito de Competência nº 0258848-79.2012.8.26.0000, Rel. Des. Paulo Dimas, j. 27/03/2013).

Aliás, diante dos diversos conflitos estabelecidos em questões dessa natureza, este C. Órgão Especial, acolhendo proposta do Desembargador Grava Brazil, editou a Resolução nº 681/2015, alterando a competência das Câmaras Reservadas ao Meio Ambiente, mediante a supressão do texto referente a "*ações de indenização por danos pessoais, propostas individualmente, na forma dos arts. 81 e 104 do Código de Defesa do Consumidor*" que constava do inciso II, do artigo 4º, da Resolução nº 623/2013, de forma que a controvérsia, desde então, restou definitivamente solucionada.

Pelo exposto e em suma, julga-se procedente este conflito, declarando-se competente para conhecer e julgar a Apelação nº 0012941-09.2008.8.26.0161 a Primeira Câmara de Direito Privado.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0036260-57.2015.8.26.0000, da Comarca de Mairinque, em que é suscitante 11ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 20ª 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 20ª 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 29.910)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (PRESIDENTE sem voto), PAULO DIMAS MASCARETTI, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SILVEIRA PAULILO, FRANÇA CARVALHO, NUEVO CAMPOS, EROS PICELI, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI e LUIZ AMBRA.

São Paulo, 29 de julho de 2015.

FRANCISCO CASCONI, Relator

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – AÇÃO INDENIZATÓRIA – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS – DEBATE QUE ENVOLVE NÃO ENTREGA DE CERTIFICADO DE CONCLUSÃO DE CURSO, RECLAMADA INDENIZAÇÃO PELOS DANOS SOFRIDOS – MATÉRIA AFETA A UMA DAS CÂMARAS DAS SEGUNDA E TERCEIRA SUBSEÇÕES DE DIREITO PRIVADO – ART. 5º, § 1º, DA RESOLUÇÃO Nº 623/2013 DESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA – COMPETÊNCIA DA C. 20ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, SUSCITADA – CONFLITO PROCEDENTE.

Acesso ao Sumário

VOTO

Conflito de competência estabelecido entre as C. 11ª Câmara de Direito Público e 20ª Câmara de Direito Privado, deste E. Tribunal, para enfrentamento da apelação interposta nos autos desta ação de indenização por danos materiais e morais ajuizada por Vanessa Souza dos Santos em face de Núcleo Educacional Liceu Roberto Simonsen, contra r. sentença lançada a fls. 192/198, declarada a fls. 214, que julgou procedente em parte o pleito inicial.

Distribuído originalmente o apelo à C. 20ª Câmara de Direito Privado, o v. acórdão encartado a fls. 240/243, relatado pelo eminente Des. Correia Lima, não conheceu do recurso ao argumento de que se trata de litígio envolvendo ensino em geral, a justificar competência da Seção de Direito Público, nos termos do

artigo 3º, inciso I, subitem I.6, da Resolução nº 623/2013 desta Corte.

Redistribuídos os autos, a C. 11ª Câmara de Direito Público, nos termos do v. acórdão de fls. 253/257, de relatoria do eminente Des. Aroldo Viotti, entendeu não ostentar competência para enfrentamento do interessante, pois se funda o debate em contrato de prestação de serviços educacionais, ratificando a competência da C. Câmara suscitada.

Parecer da D. Procuradoria Geral de Justiça opinando pela competência da C. 20ª Câmara de Direito Privado (fls. 265/270).

É o breve relatório.

Nos termos do art. 115, inciso II, do Código de Processo Civil, constatado conflito negativo de competência, ambas as Câmaras consideram-se incompetentes para solver apelação interposta na corrente lide.

In casu, ciente da premissa de que a competência recursal é delineada pelos termos do pedido inicial, à luz do art. 103 do RITJ/SP, questão de fundo refere-se a pleito de reparação por danos materiais e morais envolvendo curso de ensino médio e de profissionalização em processamento de dados frequentado pela autora e ministrado pela ré, em que se alega a não entrega do certificado de conclusão (fls. 02/06).

Sopesadas ponderações insertas no v. acórdão de fls. 240/243, efetivamente, envolvendo a demanda principal pretensão indenizatória fundada em contrato de prestação de serviços educacionais, nos termos do artigo 5º, § 1º, da Resolução nº 623/2013 desta Colenda Corte, evidente a competência da C. Câmara Suscitada para julgamento do apelo:

"*§ 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.*"

Não se pretendeu estabelecer qualquer controvérsia acerca de grade ou diretriz curricular, a critério científico do ensino ministrado, ou a qualquer outro tema envolvendo o "ensino em geral" a justificar competência da Seção de Direito Público. A relação debatida é meramente entre particulares, abordado tema de caráter privado.

Sem discrepar, vale destacar precedentes deste C. Órgão Especial fixando a competência para as Câmaras da Subseção de Direito Privado II e III, inclusive na vigência de Resoluções anteriores (nºs 194/04 e 281/06), quando distribuído o apelo (fls. 232):

"*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*

Acesso ao Sumário

da 38ª Câmara de Direito Privado desta Corte. Conflito julgado procedente, determinando-se a redistribuição dos autos." (Conflito de Competência nº 0089361-43.2014.8.26.0000, rel. Des. Márcio Bartoli, j. em 13.05.2015).

Colhe-se do bojo do voto do eminente Relator:

"*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 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].

Julgo procedente o conflito para firmar a competência da C. 20ª Câmara de Direito Privado desta Corte, suscitada.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0045467-80.2015.8.26.0000, da Comarca de Caraguatatuba, em que é suscitante 2ª CÂMARA RESERVADA AO MEIO AMBIENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é suscitada 1ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

1 TJSP Órgão Especial CC 0018795-40.2012.8.26.0000 Rel. Luiz Pantaleão j. 03.10.2012.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 1ª 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 40.413)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (PRESIDENTE sem voto), XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, VICO MAÑAS, EROS PICELI e ELLIOT AKEL.

São Paulo, 12 de agosto de 2015.

GUERRIERI REZENDE, Relator

Ementa: "Conflito de competência. Agravo de instrumento. Ação de indenização por danos materiais e morais decorrentes de vazamento de óleo oriundo de duto de responsabilidade da ré. A questão ambiental foi tratada somente de forma reflexa. A lide instalada não envolve direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos diretamente relacionados ao meio ambiente, mas sim direito indenizatório. Conflito julgado procedente para estabelecer a competência da C. 1ª Câmara de Direito Privado."

VOTO

1. Distribuído recurso de agravo de instrumento à C. 1ª Câmara de Direito Privado, seus integrantes não conheceram do recurso e determinaram a remessa dos autos a uma das C. Câmaras Reservadas ao Meio Ambiente, porque a matéria em discussão – Ação Ordinária de Indenização por Danos Materiais e Morais – envolve área de proteção permanente, protegida pela legislação ambiental (fls. 552/555). Redistribuídos os autos à C. 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, também não conheceram do agravo e suscitaram conflito negativo de competência, por entenderem que "a causa de pedir e o pedido têm natureza privada indenizatória, ficando a questão ambiental em plano secundário, sem fazer parte do objeto direto da ação" (fls. 899/902).

A douta Procuradoria Geral de Justiça ofertou parecer no sentido de

Acesso ao Sumário

se julgar procedente este Conflito de Competência, reconhecendo a colenda 1ª Câmara de Direito Privado competente para conhecer, processar e julgar o recurso (fls. 926/933).

2. Cuidam os autos de agravo de instrumento tirado de Ação Ordinária de Indenização por Danos Materiais e Morais, movida por Guilherme Soares de Matos contra Petrobrás Transporte S.A. – Transpetro, a qual tramita pelo douto Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Caraguatatuba (SP).

Alega o autor ser maricultor, tendo sido atingido por vazamento de óleo oriundo de duto sob responsabilidade da ré. Diante da exposição aos materiais tóxicos, sustenta ter sofrido diversos prejuízos, a título de danos materiais, morais e lucros cessantes, que não seriam inteiramente cobertos pelas reparações fixadas em ação civil pública anteriormente ajuizada pelo Município de Caraguatatuba.

3. Em que pese o entendimento perfilado pelos Julgadores integrantes da 1ª Câmara de Direito Privado, inexiste, na espécie, discussão direta ligada ao meio ambiente. O pedido inicial é de indenização por danos materiais e morais decorrentes de vazamento de óleo oriundo de duto de responsabilidade da ré. A questão ambiental foi tratada somente de forma reflexa. A lide instalada não envolve direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos diretamente relacionados ao meio ambiente. Versa, sim, sobre direito indenizatório.

E, a teor do disposto nos incisos I e II do artigo 4º da Resolução n. 623/2013, as Câmaras Reservadas ao Meio Ambiente têm competência para o julgamento das "*ações de natureza civil e medidas cautelares que envolvam interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos diretamente ligados ao meio ambiente, independentemente de a pretensão ser meramente declaratória, constitutiva ou de condenação a pagamento de quantia certa ou a cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer*" (grifou-se), além das "*Ações de indenização por danos pessoais, propostas individualmente, na forma dos arts. 81 e 104 do Código de Defesa do Consumidor, bem como as causas em que houver imposição de penalidades administrativas pelo Poder Público e aquelas relativas a cumprimento de medidas tidas como necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos provocados pela degradação da qualidade ambiental (Lei nº 6.938/1981, art. 14, 'caput' e parágrafos 1º a 3º).*"

No mesmo sentido já decidiu esta Corte de Justiça:

"*Conflito de competência entre a 8ª Câmara de Direito Privado e a 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente – Ação em que se busca a condenação das empresas no custeio de tratamento médico e na indenização por danos morais – Doenças supostamente causadas por contaminação do solo – Ausência de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos diretamente ligados ao meio ambiente – Matéria afeta à Primeira Subseção de Direito Privado, nos termos do art. 2º, III, a, da Res. n. 194/2004 – Precedente deste C. Órgão*

Acesso ao Sumário

Especial – Conflito dirimido e julgado procedente, para fixar a competência da Câmara Suscitante, a 8ª Câmara de Direito Privado." (TJSP, Órgão Especial, Conflito de Competência n. 0173397-52.2013.8.26.0000, rel. Des. Grava Brazil, j. 30.10.2013).

"*Conflito de competência. Ação de reparação de danos morais e materiais, cumulada com pleito de obrigação de fazer. Dúvida suscitada pela 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça, em face da rejeição de competência manifestada pela 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente.*

1. Questão ambiental que, a despeito de retratar comportamento potencialmente lesivo ao meio ambiente, foi invocada apenas de forma reflexa, não envolvendo interesses difusos; o objeto da causa de pedir tem por móvel a indenização por ofensa ao patrimônio material e moral dos autores da ação, inserindo-se no rol do artigo 5º, da Resolução nº 623/2013, especificamente item I.29: responsabilidade civil extracontratual.

2. Conheceram do conflito, julgando-o procedente e reconhecendo a competência da câmara suscitante para apreciar e julgar o recurso." (TJSP, Órgão Especial, Conflito de Competência n. 0018866-71.2014.8.26.0000, rel. Des. Vanderci Álvares, j. 30.07.2014)

"*DÚVIDA DE COMPETÊNCIA – Agravo de Instrumento – Ação de Indenização por ato ilícito, movida em face de Petróleo Brasileiro S/A – Tema relativo à competência afeta às Câmaras de Direito Privado do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, consoante se infere da Resolução nº 194/2004 Regimento Interno, desta Corte – Dúvida acolhida, reconhecida a competência da Egrégia Câmara suscitada.*" (TJSP, Órgão Especial, Conflito de Competência n. 0201323-08.2013.8.26.0000, rel. Des. Antônio Carlos Malheiros, j. 29.01.2014)

4. Com base em tais fundamentos, **julga-se procedente o conflito para estabelecer a competência da C. 1ª Câmara de Direito Privado deste E. Tribunal.**

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0009565-66.2015.8.26.0000, da Comarca de Bauru, em que é suscitante 36ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 6ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo,

proferir a seguinte decisão: "POR MAIORIA DE VOTOS, JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 6ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. ACÓRDÃO COM O EXMO. SR. DES. LUIZ ANTONIO DE GODOY. FARÁ DECLARAÇÃO DE VOTO O EXMO. SR. DES. FERRAZ DE ARRUDA. IMPEDIDOS OS EXMOS. SRS. DES. EVARISTO DOS SANTOS E ARANTES THEODORO.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33520)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (PRESIDENTE sem voto), EROS PICELI, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, TRISTÃO RIBEIRO, VICO MAÑAS e NUEVO CAMPOS julgando o conflito procedente e competente a 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo; e FERRAZ DE ARRUDA (com declaração), LUIZ AMBRA, PAULO DIMAS MASCARETTI, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI e SALLES ROSSI julgando o conflito improcedente e competente a 36ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

São Paulo, 26 de agosto de 2015.

LUIZ ANTÔNIO DE GODOY, Relator Designado

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Indenização – Danos moral e material – Queda de abacate que teria supostamente causado dano a veículo – Causa de pedir remota que consiste em suposta omissão do ente público relativamente à política de arborização no município, da qual teria decorrido dano ao veículo da autora – Nem todo dano causado a veículo pode ser considerado "acidente de veículo", ao menos para o fim de atribuição de competências no âmbito interno desta Corte – Do contrário, em qualquer circunstância, qualquer sorte de dano a qualquer espécie de veículo seria considerado acidente de trânsito, não sendo esta a interpretação mais razoável a ser adotada – Art. 2º, II, da Res. 194/2004, do Órgão Especial, e no Prov. 63/2004, da Presidência desta Corte, vigentes ao tempo da distribuição do recurso – Competência da Seção de Direito Público – Conflito procedente, reconhecida a competência da 6ª

Acesso ao Sumário

Câmara de Direito Público.

VOTO

Trata-se de conflito de competência suscitado pela 36ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo nos autos da Apelação nº 0031998-50.2012.8.26.0071, da qual não conhecera a 6ª Câmara de Direito Público, sob o fundamento de que, "*na hipótese de ação de reparação de danos decorrentes de acidente de veículo, ainda que se discuta responsabilidade civil do Estado, a competência para analisar o recurso é da Subseção de Direito Privado 3*" (fls. 101). Por sua vez, entende a Câmara suscitante que "*A petição inicial indica como fundamento jurídico de seu pedido a responsabilidade extracontratual do Estado no exercício dessa política pública de arborização urbana*" (fls. 115), pelo que seria matéria de competência da Seção de Direito Público desta Corte. A Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo reconhecimento da competência da Câmara suscitante (fls. 130/134).

É o relatório.

Segundo se observa a partir da análise dos autos, ajuizou Carmem Maria Freitas Pinheiro França "ação de indenização por danos morais e materiais" contra o Município de Bauru, alegando que, em 28 de junho de 2012, "ao conduzir seu veículo pela Rua treze de maio, ao adentrar a alça de acesso a Avenida Nuno de Assis sentido único, a Autora foi abruptamente surpreendida com a queda de um abacate sobre o seu veículo, sendo que o choque de dito fruto deixou em estilhaço o para-brisa do veículo da Requerente" (fls. 3). Diante da alegada negligência da Administração em relação à manutenção de canteiros e árvores próximas a avenidas, postulou a reparação dos supostos danos material e moral sofridos.

A ação foi julgada procedente (fls. 68/72), tendo sido interposta apelação pela municipalidade de Bauru, distribuída originalmente em 2 de setembro de 2013. À época, vigorava a Resolução 194/2004, já com a redação alterada pela Resolução 605/2013, prevendo que seriam de competência da Subseção de Direito Privado III o julgamento de 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*".

Acesso ao Sumário

Todavia, na hipótese, a causa de pedir remota consiste em suposta omissão do ente público relativamente à política de arborização no município, da qual teria decorrido dano ao veículo da autora.

Deve-se ter mente que nem todo dano causado a veículo pode ser considerado "acidente de veículo", ao menos para o fim de atribuição de competências no âmbito interno desta Corte. Do contrário, em qualquer

circunstância, qualquer sorte de dano a qualquer espécie de veículo seria considerado acidente de trânsito, não sendo esta a interpretação mais razoável a ser adotada. Os casos a serem examinados pela Subseção de Direito Privado III devem dizer respeito fatos estritamente relacionados à circulação em vias públicas, e não a outros fortuitos que não guardam relação imediata com trânsito propriamente dito (artigo 1º, § 1º, do Código Brasileiro de Trânsito).

Assim sendo, nos termos do disposto no artigo 2º, II, da Resolução 194/2004, do Órgão Especial, e no Provimento 63/2004, da Presidência desta Corte, compete à Seção de Direito Público o julgamento do recurso, incluindo-se a presente meramente dentre "ações de responsabilidade civil do Estado".

Nestas circunstâncias, reconhecida a competência da 6ª Câmara de Direito Público (suscitada), julga-se procedente o conflito.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 32.968)

Primeiramente, a competência recursal firma-se pelos termos do pedido inicial deduzido em juízo, consoante artigo 103 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça, "in verbis": "*A competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do pedido inicial, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la*".

Versa a lide sobre pedido de indenização por danos morais e materiais derivados de acidente de veículo.

Afirma a autora que em 28/06/2012, ao conduzir seu veículo pela Rua Treze de Maio e adentrar na alça de acesso à Avenida Nuno de Assis, foi abruptamente surpreendida com a queda de um abacate sobre o seu veículo.

Alega negligência do Município, consistente no não cumprimento do seu dever de fiscalizar, além de imperícia *quanto a sua responsabilidade em manter as vias de tráfego de veículos em perfeitas condições de manutenção* (fl. 03/04).

Com efeito, a matéria deduzida refoge da competência estabelecida para a Seção de Direito Público, consoante termos da r. decisão monocrática da C. 6ª Câmara de Direito Público (fls. 99/102), ora suscitada.

Com efeito, a Resolução nº 623/2013, com a redação dada pela Resolução nº 648/2014 deste Egrégio Tribunal de Justiça, prevê no artigo 3º, I.7, que são da competência da Seção de Direito Público as: "*Ações de responsabilidade civil do Estado, inclusive as decorrentes de ilícitos extracontratuais de concessionárias e permissionárias de serviço público, que digam respeito à prestação de serviço público, ressalvado o disposto no item III.15 do art. 5º desta Resolução.*" (g.n.).

Acesso ao Sumário

Referido item III.15, do artigo 5º, acima mencionado, dispõe que **compete à Seção de Direito Privado**, mais especificamente à Terceira Subseção (composta pelas 25ª a 36ª Câmaras) as "***Ações de reparação de dano causado em acidente de veículo, ainda que envolvam a responsabilidade civil do Estado, concessionárias e permissionárias de serviços de transporte****, bem como as que digam respeito ao respectivo seguro, obrigatório ou facultativo, além da que cuida o parágrafo primeiro.*" (**g.n.**).

Com efeito, acidente de trânsito diz respeito a um *evento não intencional, envolvendo pelo menos* ***um veículo****, motorizado ou não, que circula por uma via para trânsito de veículos* (conceito adotado pelo Denatran, disponível em: [endereço eletrônico constante do texto original]) (**g.n.**).

Por conseguinte, evidente que demandas como a presente são da competência da Seção de Direito Privado (25ª a 36ª Câmaras), sendo certo, ademais, que o C. Órgão Especial já decidiu, em caso análogo, no mesmo sentido, conforme ementa abaixo transcrita:

> CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO INDENIZATÓRIA DECORRENTE **DE ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO CAUSADO POR ÁRVORE** CUJA MANUTENÇÃO SERIA RESPONSABILIDADE DE PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO. APLICAÇÃO DO ART. 5º, INCISO III.15, DA RESOLUÇÃO 623/2013 REUNIU E SISTEMATIZOU OS ATOS ADMINISTRATIVOS NORMATIVOS QUE DISCIPLINAM A COMPETÊNCIA ENTRE AS SEÇÕES DESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA, QUE DISPÕE SER DA TERCEIRA SUBSEÇÃO DE DIREITO PRIVADO O JULGAMENTO DESTE CASO. CONFLITO JULGADO IMPROCEDENTE. FIXADA A COMPETÊNCIA DA 29ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO. PRECEDENTES DESTE ÓRGÃO ESPECIAL. (Conflito de Competência nº 0076522-83.2014.8.26.0000, rel. Des. MÁRCIO BARTOLI, j. 28/01/2015, v.u.) (**g.n.**)

Isto posto, pelo meu voto, julgo improcedente o conflito para declarar competente a C. 36ª Câmara de Direito Privado deste Egrégio Tribunal, ora suscitante.

FERRAZ DE ARRUDA, Desembargador, Relator sorteado vencido

Acesso ao Sumário

CÂMARA ESPECIAL

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2016784-96.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante K.N.A.G.C. (MENOR), é agravado PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DO FORO REGIONAL DO JABAQUARA.

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 6590)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e RICARDO ANAFE (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 3 de agosto de 2015.

CARLOS DIAS MOTTA, Relator

Ementa: Agravo de Instrumento. Estatuto da Criança e do Adolescente. Ação de destituição do poder familiar com requerimento de liminar.

Suspensão do poder familiar e proibição de visitas. Medida acertada. Genitora adolescente toxicômana, em avançado estágio de dependência. Indícios de inaptidão para o exercício do poder familiar. Genitor que renunciou expressamente ao poder familiar em relação à filha. Família extensa desinteressada em assumir os cuidados da infante. Acolhimento institucional da menor para salvaguarda de seus direitos.

Pretensão de concessão de guarda à avó materna e restabelecimento do direito de visitas à avó e à genitora. Discussão acerca dos direitos da avó incabíveis nesta via recursal. Recurso que se limita a examinar a suspensão do poder familiar da genitora da criança e o direito de visitas. Questões relacionadas

Acesso ao Sumário

à progenitora que deverão ser levadas a exame nas vias próprias perante o r. Juízo de Primeira Instância.

Contexto fático que recomenda manutenção da atual situação de acolhimento, com suspensão das visitas, a fim de salvaguardar os direitos fundamentais da menor, até final julgamento da ação de destituição do poder familiar.

Recurso desprovido.

VOTO

Vistos.

Trata-se, em síntese, de Agravo de Instrumento interposto por K.N.A.G.C., em razão da r. decisão (fls. 39), que suspendeu o poder familiar da agravante e de R.R.S. em relação à menor H.R.R.C., até o julgamento definitivo da causa, na ação de destituição do poder familiar que lhes move o Promotor de Justiça da Vara da Infância e Juventude, na defesa dos interesses da menor.

Alega, em suma, que: não há elementos suficientes a embasar a r. decisão; a avó materna nunca consumiu entorpecentes; abandonou o vício assim que soube da gravidez; há parecer técnico favorável à manutenção do vínculo parental; não consta histórico de negligência, tampouco de violência na dinâmica familiar; os comandos do ECA foram invertidos no caso em exame; a destituição do poder familiar é medida excepcional; não incide qualquer das hipóteses no caso em exame; a avó materna reúne condições de cuidar da neta; é dever do Estado proporcionar condições para manutenção da família; a decisão deve ser reformada em prol dos interesses da menor. Pugna pela atribuição de efeito suspensivo ao recurso, para manter o poder familiar da agravante e autorizar as visitas à genitora e à avó materna e, após, pelo imediato desacolhimento da criança e entrega à genitora, para retomada do convívio familiar.

O recurso foi recebido, com indeferimento da liminar (fls. 103/107).

A Magistrada "a quo" prestou informações (fls. 112/113) e encaminhou documentos (fls. 114/122).

O Promotor de Justiça apresentou contraminuta, pugnando pelo desprovimento do recurso (fls. 125/129).

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 133/135).

É o relatório.

Decido:

Observo inicialmente que a r. decisão agravada limitou-se a "suspender o exercício do poder familiar da genitora da menor, ora agravante, até o julgamento

Acesso ao Sumário

definitivo da causa" (fls. 39). Trata-se de recurso interposto em razão de decisão proferida nos autos de ação de destituição de poder familiar (fls. 2/15), cujo pedido é restrito.

Entretanto, consta, dos pedidos deste agravo, a concessão de tutela antecipada recursal "**para se reformar a decisão agravada, mantendo-se o poder familiar da agravante em relação à filha H.**, permitindo-se que a agravante e a avó materna mantenham contato com a criança, autorizando-se **imediatamente as visitas das mesmas** e ainda determinando-se que a menina seja retirada do abrigo e levada para a convivência familiar, confirmando-se, posteriormente, a decisão proferida em sede liminar". (Grifos no original).

A decisão agravada diz respeito apenas à destituição do poder familiar dos genitores em relação à menor H., e não faz qualquer menção ao direito de guarda ou de visitas da avó em relação à neta.

Desse modo, os pedidos do recurso não podem ampliar o objeto da ação e da decisão agravada, que se restringiram ao poder familiar dos genitores (fls. 12/15).

Os direitos da avó materna em relação à neta não serão analisados na ação de destituição e neste recurso de agravo. Poderão ser objeto de ação própria a ser proposta pela avó ou eventualmente já em andamento.

Passo à análise das razões recursais, nos limites postos.

O Promotor de Justiça da Vara da Infância e Juventude propôs ação de destituição do poder familiar de K.N.A.G.C. em relação à menor H.R.R.C.

Consta que a menor convivia com a agravante e a avó materna. A genitora é dependente química, usuária de cocaína em estágio de dependência crônica.

A agravante teria abandonado os estudos aos onze anos de idade, segundo consta, por "rebeldia", a qual a progenitora não conseguiu debelar (fls. 20).

Há notícias de que a avó materna também se encontra envolvida com o uso de entorpecentes e de que ambas utilizam o benefício social que recebem para a compra de entorpecentes (fls. 127).

Acesso ao Sumário

Consta que a agravante ausenta-se frequentemente de casa e passa as noites fora, consumindo entorpecentes (fls. 21).

A agravante não fez acompanhamento pré-natal durante a gravidez e não levava a filha a acompanhamento pediátrico (fls. 21).

K.N. encontra-se novamente grávida e não sabe que é o genitor da criança.

O genitor da menor também é usuário de entorpecentes e, segundo consta da inicial, em entrevista técnica, verificou-se que o pai da criança apresenta dificuldades no raciocínio, possivelmente em razão do consumo de entorpecentes.

A família extensa do genitor não reúne condições de cuidar sequer do

filho. Consta que planejam mudar-se; contudo, têm enfrentado dificuldades com o pai da menor em razão de seu vício.

Em entrevista com as técnicas do juízo, o genitor da menor considerou não reunir condições de assumir os cuidados da criança (fls. 36/38).

Após, apresentou expressa manifestação, declinando do poder familiar e anuindo com os pedidos ministeriais, com o apoio de seus familiares (fls. 79/80).

Com efeito, a situação é grave e recomenda providências imediatas a fim de preservar os direitos da menor.

Sob essa perspectiva a r. decisão deve ser mantida.

A reversão da atual situação, neste momento, não se mostra recomendável. A menor encontra-se acolhida institucionalmente e seus direitos fundamentais estão salvaguardados.

Nesse sentido, melhor que seja mantida a r. decisão agravada, proferida pela Magistrada "a quo", que está em contato direto com as partes envolvidas e que deliberou pela suspensão do poder familiar, com vistas ao superior interesse da infante.

Ademais, trata-se de decisão liminar, que poderá, inclusive, ser revista pela própria MMª Juíza "a quo".

Tudo em atenção ao melhor interesse da infante.

Não se olvide que são da criança os interesses a serem protegidos acima de quaisquer outros.

Desse modo, ao menos por ora, não vislumbro ilegalidade na r. decisão, que deve ser mantida.

Ante o exposto, **NEGO** provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2074565-76.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes T.S.S. e R.M., 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 32156)**

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

Acesso ao Sumário

(PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 14 de setembro de 2015.

ARTUR MARQUES, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – MEDIDA DE PROTEÇÃO – SITUAÇÃO DE RISCO VIVENCIADA POR CRIANÇA – ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA – NATUREZA FACULTATIVA E NÃO OBRIGATÓRIA QUANDO ATUA A DEFENSORIA PÚBLICA NA FUNÇÃO DE CURADOR ESPECIAL EM PROCEDIMENTO INICIADO E CONTINUADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO – DECISÃO QUE DETERMINA NOS AUTOS A CESSAÇÃO DA ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA COMO CURADOR ESPECIAL – INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE – RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

VOTO

1. Trata-se de agravo de instrumento interposto em medida de proteção de abrigamento decorrente de abandono de menor, no hospital, pela genitora.

Requerido o acolhimento institucional da criança e tomadas as demais providências, alega a Defensoria Pública que assumiu a curadoria especial nos autos de destituição do poder familiar, apresentando contestação e passou a requerer nos autos do procedimento de abrigamento e a favor de membros da família extensa, tendo o d. juízo *a quo* indeferido os pleitos e, mesmo diante da atuação da Defensoria Pública, enquanto curadora especial da genitora, decidiu excluir a Defensoria Pública dos autos de abrigamento, ausente capacidade postulatória, sendo esta, aliás, a r. decisão contra a qual se insurge a agravante.

A liminar foi concedida e, ausentes contrarrazões, a Procuradoria Geral de Justiça, em seu respeitável parecer, opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

2. Malgrado o quanto decidido quando da concessão da liminar, não merece provimento o recurso interposto.

Com efeito, basicamente a questão controvertida consiste em saber se a Defensoria Pública tem interesse processual para atuar na função de Curador Especial nos autos de abrigamento, havendo intervenção do Ministério Público e, a esse respeito, cumpre asseverar que a Defensoria Pública, instituição essencial à função jurisdicional do Estado, tem a função de orientação jurídica

Acesso ao Sumário

e defesa, em todos os graus, dos necessitados, aí incluída a defesa de crianças e adolescentes e não há previsão legal, por outro lado, para intervenção obrigatória da Defensoria Pública como curadora especial, sob a invocação do disposto nos arts. 9º, I, do CPC, e 148, parágrafo único, letra "f", do Estatuto da Criança e do Adolescente, como ocorreu no caso dos autos de abrigamento.

Assim, reformulando o quanto anteriormente decidido quando da concessão da liminar, que salvaguardou os interesses da Defensoria Pública, afirma-se que a atuação da Defensoria Pública como curadora especial no que se refere ao ECA deve se dar somente quando chamada ao feito pelo Juiz da Vara da Infância e Juventude em processos em que a criança ou adolescente seja parte na relação processual, e desde que vislumbrada tal necessidade.

Em outras palavras: em não havendo mais necessidade e despicienda será a atuação da Defensoria Pública, mormente quando já há nos autos atuação firme do Ministério Público oficiante.

Neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. DEFENSORIA PÚBLICA. ATUAÇÃO COMO CURADOR ESPECIAL. HIPÓTESES EM QUE INCAPAZ NÃO É PARTE. INTERVENÇÃO OBRIGATÓRIA NÃO CONFIGURADA. SOBREPOSIÇÃO DAS FUNÇÕES DO PARQUET E DO CURADOR. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. – Não há obrigatoriedade de intervenção geral da Defensoria Pública em prol de incapazes nos processos em estes que não sejam partes, ainda que haja alegação de ameaça ou violação de algum direito da criança ou do adolescente. 2. – Já atuando o Ministério Público no processo como "custos legis" não ocorre necessidade da intervenção obrigatória do Defensor Público para a mesma função. 3. – O art. 9º, I, do CPC, dirige-se especificamente à capacidade processual das partes e dos procuradores. Dessa forma, a nomeação de Curador Especial ao incapaz só ocorre, de forma obrigatória, quando este figurar como parte, não na generalidade de casos que lidem com crianças ou adolescentes, sem ser na posição processual de partes, ainda que se aleguem fatos graves relativamente a eles. 4. – Recurso Especial provido. (REsp 1177636/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/10/2011, DJe 27/09/2012).

Nesse mencionado precedente, o Ministro Sidnei Beneti dispôs: [...] Suficiente a rede protetiva dos interesses da criança e do adolescente em Juízo, não há razão para que se acrescente a obrigatória atuação da Defensoria Pública, atuação que, por mais elevados que notoriamente sejam os propósitos da Instituição, viria apenas a complexizar o desenvolvimento do processo, com o acréscimo de mais uma intervenção, e, ainda, de titular de vários privilégios processuais – como já se frisou, quanto a intimações pessoais, por forma ainda

Acesso ao Sumário

não estabilizada em cada unidade, prazos privilegiados e desoneração em diligências, tudo a somar-se a esses mesmos privilégios processuais assegurados ao Ministério Público.

Não se nega, evidentemente, a possibilidade de a Defensoria Pública vir a usar dos instrumentos processuais disponíveis para atuação, podendo promover ações e, mesmo, intervir como assistente de algumas das partes em casos específicos em que se legitime concretamente a atuação.

O que a Lei não autoriza é a proclamação de regra de intervenção obrigatória, pois se proclamada a tese de obrigatoriedade de intervenção da Defensoria toda vez em que haja alegação de ameaça ou violação de algum direito de criança ou adolescente e haveria a necessidade de aludida intervenção, pena de nulidade, em qualquer espécie de processo.

No mesmo sentido foi o voto da Ministra Isabel Galotti no Resp 1176512/RJ, cuja ementa é a que segue:

RENOVAÇÃO DO JULGAMENTO. DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR PROMOVIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. NOMEAÇÃO DE CURADOR ESPECIAL DA DEFENSORIA PÚBLICA AOS MENORES. DESNECESSIDADE. ECA. ART. 201, INCISOS III E VIII. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Deve ser renovado o julgamento se da publicação da pauta não foi intimada a recorrente, Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. 2. Compete ao Ministério Público, a teor do art. 201, III e VIII da Lei nº 8.069/90 (ECA), promover e acompanhar o processo de destituição do poder familiar, zelando pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e adolescentes. 3. Resguardados os interesses da criança e do adolescente, não se justifica a nomeação de curador especial na ação de destituição do poder familiar. 4. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp 1176512/RJ, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 28/08/2012, DJe 05/09/2012)

3. Diante do exposto, **nega-se provimento** ao recurso, cassando-se a liminar.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2229758-21.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e SÃO PAULO PREVIDÊNCIA – SPPREV, é agravado PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE CENTRAL DA CAPITAL.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, para anular a decisão proferida pelo Juízo da Infância e Juventude e determinar a remessa dos autos a uma das Varas da Fazenda Pública da Capital, determinando-se o reexame do pedido liminar, agora pelo Juízo competente. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.176)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e RICARDO ANAFE (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 14 de setembro de 2015.

PINHEIRO FRANCO, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: Agravo de Instrumento. Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público contra Fazenda do Estado de São Paulo e São Paulo Previdência – SPPREV. Pleito de restabelecimento de pagamento de benefícios previdenciários a crianças e adolescentes dependentes de beneficiários diversos. Agravo tirado contra tutela de urgência concedida para afastar a eficácia do ato administrativo que determinou a suspensão do benefício, com pagamento imediato dos valores em atraso. Preliminar de incompetência da Vara da Infância e Juventude acolhida. Inteligência dos artigos 98, 148, IV e 209, todos do Estatuto da Criança e do Adolescente. Ausência de situação de risco configurada. Competência das Varas da Fazenda Pública, por se tratar de matéria de natureza previdenciária. Agravo provido. Remessa dos autos ao distribuidor das Varas da Fazenda Pública da Capital, com determinação.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento tirado pela Fazenda do Estado de São Paulo e pela São Paulo Previdência – SPPREV, contra decisão proferida pela Juíza da Vara da Infância e Juventude Central que, em ação civil pública movida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, concedeu antecipação de tutela para, no prazo de 48 horas, sob pena de multa diária de R$ 500,00: a) proibir que as demandadas invalidem atos administrativos pelos quais foram concedidos benefícios previdenciários a crianças e adolescentes instituídos como beneficiários, nos termos da legislação previdenciária do Estado de São Paulo,

Acesso ao Sumário

há cinco anos ou mais, com fundamento no artigo 5º da Lei Federal nº 9.717/98; b) restabelecer, imediatamente, o pagamento dos benefícios previdenciários a crianças e adolescentes instituídos como beneficiários, que tiveram o pagamento de seus benefícios suspensos após cinco anos ou mais da data da concessão; c) proceder ao pagamento das diferenças devidas dos benefícios que deixaram de ser pagos desde a data da suspensão dos pagamentos, com correção monetária (folhas 155/158).

Argumentou a D. Magistrada, ao conceder a tutela, que os benefícios foram suspensos ou extintos com base não apenas na Lei Federal nº 9.717/98, que prevê a simetria quanto aos benefícios previdenciários e não quanto ao rol de beneficiários, como também na Lei Estadual nº 10.177/98, que concedeu à Administração Pública o prazo de dez anos para anular seus atos inválidos, ao passo que os beneficiários possuem o prazo de cinco anos para propor ações dirigidas contra o Poder Público.

Questionam as agravantes a competência da Vara da Infância e da Juventude, entendendo inexistir a condição especial de proteção ao menor de dezoito anos, tratando-se de matéria de cunho previdenciário, a ser conhecida por uma das Varas da Fazenda Pública, defendendo a inaplicabilidade da Súmula nº 68 do TJSP na hipótese dos autos; ponderam que o artigo 2º da Lei nº 8.437/92 deixou de atentar à prerrogativa da Fazenda Pública de se manifestar previamente nas ações civis públicas; invocam o artigo 1º da Lei nº 8.437/92 c.c. o artigo 7º, parágrafo 2º, da Lei nº 12.016/09, sustentando que vedam a concessão de tutela antecipada em hipóteses como a tratada nestes autos; aduzem que os benefícios cancelados foram concedidos com base em dispositivo de lei estadual com eficácia suspensa, sendo portanto ilegais, ponderando que apenas os benefícios concedidos a beneficiários instituídos foram cancelados (netos, bisnetos, sobrinhos e primos), hipóteses em que não havia nenhuma relação direta de dependência econômica entre o menor e o servidor estadual, acrescentando que filhos de servidores não foram atingidos por tais decisões, o que afasta o risco de dano na medida em que a obrigação de subsistência é imposta aos genitores, exigindo-se prova de que o instituidor do benefício, por não ser o responsável legal, efetivamente garantia a subsistência do menor; citam o risco do pagamento imediato dos valores anteriores à citação (item 03 da decisão atacada), o que violaria o regime dos precatórios; atacam, por fim, a multa diária fixada.

Acesso ao Sumário

Foi concedido efeito suspensivo para afastar a tutela de urgência deferida em Primeiro Grau (fls. 162/166).

A Magistrada apresentou suas informações, sustentando ter concedido a tutela de urgência em razão do receio de dano irreparável ou de difícil reparação, argumentando, ainda, que as alterações promovidas pela Lei nº 9.717/98 não retiram o direito dos menores de 21 anos ao recebimento da pensão por morte

(fls. 170/171).

Embora intimado, o agravado não ofertou contraminuta (fl. 185).

A d. Procuradoria Geral de Justiça manifestou pelo parcial provimento do agravo, pugnando pelo afastamento da tese de incompetência do Juízo, pedindo para que se acolha o pleito subsidiário do agravante, de cassação da determinação do pagamento imediato das diferenças devidas aos beneficiários que deixaram de ser pagas desde a suspensão dos benefícios (fls. 187/197).

É o relatório.

Cuida-se de agravo de instrumento interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo e pela São Paulo Previdência – SPPREV, voltado contra decisão proferida pela Juíza da Vara da Infância e Juventude Central que, em ação civil pública movida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, concedeu antecipação de tutela para, no prazo de 48 horas, sob pena de multa diária de R$ 500,00, serem restabelecidos os pagamentos dos benefícios previdenciários às crianças e adolescentes instituídos como beneficiários, os quais tiveram o pagamento de seus benefícios suspensos, bem como o pagamento imediato dos valores em atraso.

As agravantes questionam, preliminarmente, a competência da Vara da Infância e Juventude para conhecer da matéria.

Com razão.

Com efeito, dispõe o art. 148, IV, do ECA, que a Justiça da Infância e Juventude é competente para conhecer de ações civis fundadas em interesses individuais, difusos ou coletivos afetos à criança e adolescente, observado o disposto no art. 209.

O art. 209, do ECA, por sua vez, reza que as ações previstas no capítulo serão processadas no foro do local onde ocorreu ou deva ocorrer a ação ou omissão, cujo juízo terá competência absoluta para processar a causa, ressalvadas a competência da Justiça Federal e a competência originária dos tribunais superiores.

Tais regras, entretanto, devem ser interpretadas em conjunto com o disposto no art. 98 do mesmo diploma, que prevê:

> "As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:
>
> I – por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;
>
> II – por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável;
>
> III – em razão de sua conduta".

A situação irregular ou de risco se apresenta como requisito necessário para a determinação da competência da Vara da Infância e Juventude. Não ocorrendo

Acesso ao Sumário

tais circunstâncias, não há falar em competência da Vara Especializada.

A competência da Vara Especializada, insisto, somente prevalecerá quando a situação do menor se enquadrar em uma das hipóteses descritas no art. 98, do ECA, ou seja, no caso de a criança ou adolescente encontrar-se em situação irregular, carente ou abandonado, o que não se verifica no caso.

Sustenta o autor que, em "havendo interesses/direitos de crianças e adolescentes autorizadores da tutela coletiva, esse fator, por si só, atrai a competência para a Justiça Especializada da Infância e Juventude, sem a necessidade de qualquer outra consideração adicional".

Ora, o que define a competência da Infância e Juventude não é a legitimidade *ad causam* do menor, menos ainda a possibilidade de ser concedida tutela coletiva.

A legislação especial deixa claro que a competência absoluta da Vara da Infância e Juventude é definida em função da matéria, observada a situação de risco vivenciada pelo menor, não sendo possível atribuir ao juízo especializado o julgamento de feito exclusivamente com fundamento na alegada proteção integral à criança e ao adolescente. Embora amplo o princípio, não permita sua invocação a atração de toda ação de interesse de menor. Do contrário, todas as demandas tramitariam na Vara Especializada, vez que, de certa forma, sempre haverá alegação de descumprimento de preceito legal de proteção às crianças e adolescentes.

E não se aplica, aqui, o disposto na Súmula 68 do Tribunal de Justiça de São Paulo, que, à evidência, trata de causas em que se discutem direitos fundamentais de crianças ou adolescentes em situação de risco, risco este provocado pelos responsáveis ou pelo Poder Público, ainda que pessoa jurídica de direito público figure no polo passivo da demanda.

In casu, a peça vestibular não descreve qualquer situação de risco ou de abandono vivenciada por qualquer das crianças ou adolescentes elencados. Diz, apenas, que não estão os menores recebendo os benefícios previdenciários nos quais figuram como beneficiários.

Acesso ao Sumário

Ora, o fato de as agravantes terem deixado de pagar benefícios previdenciários para diversos menores não significa que todos passaram a se mostrar em situação de risco, nos termos conceituais exigidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

A matéria versada nos autos, em verdade, guarda natureza tão somente previdenciária, não se vislumbrando a presença da situação de risco ou de irregularidade necessária para que o feito tramite na Vara Especializada.

Assim já se pronunciou este Tribunal, a saber:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2034957-42.2013.8.26.0000 – AGRAVANTES: M.M.E., R.Z.J. – e Y.B.O. (**menor representada por seu**

pai). AGRAVADA: São Paulo Previdência (SPPrev). Ação judicial para restabelecimento de pagamento de benefício previdenciário – Competência – Criança entre os litisconsortes ativos – **Competência das Varas da Fazenda Pública, por se tratar de ação previdenciária em face de autarquia estadual, com inexistência de situação de risco para a criança, que vive em família natural, a justificar a tutela jurisdicional protetiva** – Tutela antecipada – Indeferimento – Configuração dos requisitos necessários para concessão da medida – Art. 5º da Lei nº 9.717/98 não suspendeu os efeitos dos arts. 152, 153 e 147, § 2º, da Lei Complementar Estadual nº 180/78. RECURSO PROVIDO. 1. Ação previdenciária ajuizada em face de autarquia estadual para restabelecimento de pagamento de pensão a criança que não vive em situação de risco não justifica tutela protetiva jurisdicional e é da competência de uma das Varas da Fazenda Pública. 2. Antecipação dos efeitos de tutela jurisdicional, para restabelecimento de pagamento de benefício previdenciário, é viável ante a comprovação dos pressupostos legais (art. 273 do CPC), especialmente em razão de os arts. 152, 153 e 147, § 2º, não terem seus efeitos suspensos pelo art. 5º da Lei Federal nº 9.717/98. Relator Desembargador VICENTE DE ABREU AMADEI";

Ademais, as Câmaras de Direito Público enfrentam, com certa frequência, a questão sobre benefícios previdenciários à criança e adolescente:

"Apelação Cível nº 0900490-17.2012.8.26.0506 – Apelante: P.B.P.N.B. – Apelado: SPPREV – Comarca: Ribeirão Preto – MM. Juiz *a quo*: Eduardo Calvert – Apelação Cível – Pensão por morte de servidor público estadual aposentado – SPPREV – **Pretensão de receber benefício previdenciário em razão do falecimento do avô paterno – Menor sob guarda judicial compartilhada entre o avô e os pais** – Sentença de improcedência – Recurso do autor – Provimento de rigor. Direito à pensão por morte a neto que vivia sob a guarda judicial do avô, servidor público estadual aposentado – Interpretação extensiva do art. 147, § 1º, da Lei Complementar nº 180/78, com a redação conferida pela Lei Complementar nº 1.012/07 – Inteligência do art. 227, § 3º, inc. II, da Constituição Federal e do art. 33, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei Federal nº 8.069/90) – Interpretação compatível com os princípios da dignidade da pessoa humana e de proteção integral do menor – Cabalmente comprovada a dependência econômica do neto para com o avô paterno – Precedentes deste E. Tribunal e do C. STJ. R. Sentença reformada. Recurso provido. 6ª Câmara de Direito Público – Relator Sidney Romano dos Reis. J. 03/08/15";

"Apelação nº 1038127-40.2014.8.26.0053 – COMARCA: SÃO PAULO – APELANTES: SÃO PAULO PREVIDÊNCIA – SPPREV e JUÍZO 'EX OFFICIO' – APELADA: A.G.M. (menor representada por T.H.A.M.C., Guardiã legal) – Ementa: Mandado de segurança – Pensão Beneficiária –

Acesso ao Sumário

Menor impúbere – Morte de ex-servidor estadual que detinha sua guarda – Dependência econômica comprovada nos autos – Aplicabilidade do disposto no art. 33, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que prevalece em relação às Leis ns. 9.717, de 1998 e 8.213, de 1991 – Precedentes – Sentença que concedeu parcialmente a segurança – Desprovimento dos recursos, para manter a r. sentença recorrida, também por seus próprios e jurídicos fundamentos, nos termos do artigo 252 do Regimento Interno desta Corte. Relator OSVALDO MAGALHÃES. 4ª Câmara de Direito Público – J. 15/06/15".

Inviável, portanto, a permanência do feito na Vara da Infância e Juventude, pois o Juízo é absolutamente incompetente para conhecer da matéria.

Mantenho a decisão que suspendeu a ordem judicial, seja porque proferida por Juízo incompetente para o exame do tema, seja porque, nesta fase, não se vislumbra presente o requisito da irreparabilidade, notadamente quando a ação tem por destinatário o Estado, em sentido amplo. O tema, contudo, será expressamente reexaminado em primeiro grau, quando da redistribuição a uma das Varas da Fazenda Pública.

Isto posto, pelo meu voto, **dou provimento ao recurso**, para anular a decisão proferida pelo Juízo da Infância e Juventude e determinar a remessa dos autos a uma das Varas da Fazenda Pública da Capital, determinando-se o reexame do pedido liminar, agora pelo Juízo competente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2045486-52.2015.8.26.0000, da Comarca de (...), em que é agravante P.A.C. (MENOR), é agravado PREFEITO DO MUNICÍPIO DE (...).

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 9831-D)**

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, 14 de setembro de 2015.

ROBERTO MAIA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Agravo de Instrumento em Mandado de Segurança. Decisão agravada que indeferiu a antecipação dos efeitos da tutela visando garantir a matrícula da menor em creche municipal, em período integral. Presentes os requisitos do artigo 273, I do CPC. Liminar concedida antecipando a tutela recursal. Criança que no curso da ação atingiu a idade para ser matriculada em escola de educação infantil. Vaga no ensino infantil, em período parcial, disponibilizada pelo agravado tão logo concedida a tutela recursal. Obrigação indeclinável do Município que encontra amparo legal nos artigos 203 e 205 da CF e Súmula nº 63 desta Corte. Direito da criança à educação infantil. Decisão reformada. Agravo provido.

VOTO

RELATÓRIO:

Trata-se de agravo de instrumento deduzido em razão de decisão interlocutória (fls. 21 dos autos originais, aqui digitalizada a p. 19) que, em mandado de segurança, buscando vaga em creche da rede pública, indeferiu liminar sob o fundamento de haver necessidade de respeito ao contraditório e esclarecimentos do Município quanto ao atendimento atual de vagas para creches; bem como existir Termo de Ajustamento de Conduta firmado entre o Ministério Público local e a municipalidade acerca das vagas em creches municipais. Além do que não haveria qualquer documento comprovando a alegação de negativa do pedido administrativamente.

Sustenta, inicialmente, que houve comprovação do requerimento administrativo, tanto que a menor se encontra em uma lista de espera, na posição de número 260, aguardando uma vaga em creche municipal. Ademais, aduz que a genitora da agravante necessita trabalhar para prover, inclusive, as necessidades da menor e, por não ter local e nem com quem deixar a filha, encontra-se impossibilitada, mormente porque seu ambiente de trabalho não é local condizente para uma criança.

Assevera que é dever do Município assegurar o direito fundamental e constitucional dos menores à educação, o qual restou violado pela negativa de atendimento em creche municipal, em período integral, condicionando sua obtenção a uma lista de espera. Não se pode olvidar que este direito encontra guarida no Estatuto da Criança e do Adolescente, em especial em seus artigos 4º e 54. Como direito fundamental, sua aplicação deve ser imediata e de eficácia

Acesso ao Sumário

plena, a fim de garantir a todo ser humano a concretização da dignidade da pessoa humana. Aduz, por fim, ter direito líquido e certo à obtenção da vaga, não podendo aguardar as providências definidas em Termo de Ajustamento de Conduta.

Pugnou, assim, pela concessão de liminar, determinando-se a imediata matrícula da menor em uma creche municipal, em período integral, com fixação de multa diária em caso de descumprimento. No mérito, pugnou pelo provimento do recurso.

Deferido o efeito ativo (fls. 22/24). Contraminuta da parte agravada (fls. 31/35). Em parecer de fls. 44/51 o douto procurador Leandro Conte de Benedicto opinou pelo parcial provimento.

Recurso regularmente processado.

FUNDAMENTAÇÃO:

Com efeito, a Carta Magna atribui ao Estado, de maneira indeclinável, a incumbência de oferecer educação à população, consoante se infere da redação dada ao seu art. 205 e seguintes, cuidando os Municípios, preferencialmente, das etapas de ensino infantil e fundamental. O entendimento, inclusive, foi cristalizado pela Súmula de nº 63 desta Corte, que reza:

> "*É indeclinável a obrigação do Município de providenciar imediata vaga em unidade educacional à criança ou adolescente que resida em seu território*".

E embora despiciendo divagar-se acerca da obrigatoriedade do Município quanto ao oferecimento de vaga em período integral, cumpre ressaltar que a concessão de vaga em ensino infantil deve se pautar pela efetividade da prestação, suprindo, tanto o viés do direito à educação, constitucionalmente garantido, quanto a sua inerente finalidade assistencial, para assegurar total proteção dos menores (artigo 203 da CF), inclusive durante o período em que seus responsáveis ocupam-se da subsistência familiar.

A este propósito, insta consignar que ao instituir a garantia de atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade, reconhecendo o ensino infantil como instituição educativa, e não apenas associada à finalidade assistencial, a Constituição Federal (art. 208, inciso IV) em absoluto pretendeu desvincular esse serviço público da referida finalidade, malgrado ora posta em plano secundário.

Tanto assim o é que a assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até os cinco anos de idade em creches e pré-escolas vem expressamente assegurada pelo próprio legislador constituinte, também sob o enfoque dos direitos dos trabalhadores urbanos e rurais (art. 7º, XXV da CF). Acresce-se a tanto a assistência social necessária assegurada às crianças carentes, a teor do disposto no art. 203 da Carta Maior.

Acesso ao Sumário

Nessa quadra, seja sob o enfoque estritamente pedagógico educacional do ensino infantil, à consideração de suas peculiaridades, seja sob a ótica assistencial que lhe é inerente e indissociável, a teor da interpretação sistemática das normas constitucionais, a postulação da prestação do serviço em período integral traduz direito líquido e certo digno de tutela.

DISPOSITIVO:

Termos em que, **voto pelo provimento do agravo de instrumento**, confirmando a liminar deferida nesta sede recursal, devendo a municipalidade agravada promover a matrícula da agravante em unidade municipal de ensino compatível com sua idade, em período integral, no prazo de 15 dias úteis, sob pena de multa diária de R$ 100,00 (limitada a sua somatória a um teto máximo de R$ 10.000,00).

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0019659-62.2014.8.26.0015, da Comarca de São Paulo, em que é apelante R.Y.N. (MENOR), é apelado PROMOTOR DE JUSTIÇA DA 1ª VARA ESPECIAL DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DA CAPITAL.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.234)**

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, 3 de agosto de 2015.

GUERRIERI REZENDE, Decano e Relator

Ementa: MENOR – Ato infracional – Representação acolhida pela prática de ato infracional equiparado ao tráfico de drogas – Aplicação de medida

Acesso ao Sumário

socioeducativa de internação – Apelo pretendendo a improcedência e, alternativamente, a desclassificação da infração para aquela equivalente à posse de entorpecente para consumo pessoal ou, se o caso, o abrandamento da medida imposta – Descabimento – Provas da autoria e materialidade no sentido de que a substância apreendida em poder do adolescente seria comercializada, a caracterizar a infração – Medida de internação que guarda relação de proporcionalidade com a gravidade do ato praticado – Sentença mantida – Recurso não provido.

VOTO

O adolescente R.Y.N. foi representado pelo Ministério Público e, regularmente processado, foi-lhe aplicada a medida socioeducativa de internação por tempo indeterminado, com relatórios trimestrais (fls. 47/49).

Descontente com tal desfecho, apela o menor pretendendo a improcedência da representação ante a insuficiência probatória ou desclassificação da infração para aquela equivalente à posse de entorpecente para consumo pessoal e, alternativamente, o abrandamento da medida imposta (fls. 56/68).

O recurso foi recebido (fl. 69), respondido (fls. 73/80), a sentença mantida (fl. 132) e, nesta instância, manifestou a douta Procuradoria-Geral de Justiça pelo não provimento (fls. 87/92).

É o relatório.

Esta Câmara Especial vem reiteradamente decidindo que "o pedido de duplo efeito à apelação, ou tutela recursal, tem, na primeira instância, seu momento de análise. Na segunda instância, perfaz conteúdo de eventual agravo de instrumento ou *habeas corpus* tirado à decisão monocrática que, ao seu exame, deu curso à apelação apenas no seu efeito devolutivo" (Apelação nº: 0009951-38.2014.8.26.0451, j. em 26.1.2015, v.u., Rel. Issa Ahmed).

Acesso ao Sumário

E, em matéria recursal, *ad argumentandum tantum*, o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA – adotou o sistema do Código de Processo Civil – CPC, com as adaptações necessárias, dentre as quais não é previsto o efeito suspensivo para as decisões proferidas em representação, por ato infracional. Além disso, o efeito suspensivo deixou de ser a regra geral, e passou a ser admitido em hipóteses taxativas.

Ao permitir os recursos disponíveis no CPC, dentre eles a apelação, não resta dúvida de que as congruências desse sistema ao ECA levam à conclusão de que só é recebida no efeito devolutivo, quando se refere à medida socioeducativa.

No mérito, o reclamo do apelante não reúne condição de ser acolhido,

como bem demonstram os cultos representantes do Ministério Público em ambas as instâncias.

O douto Magistrado decidiu a espécie com acerto, após análise das provas produzidas e dos dispositivos legais incidentes no caso concreto. Daí porque a respeitável sentença deve ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos, nos termos do artigo 252 do Regimento Interno deste Tribunal.

Com efeito, os depoimentos dos policiais civis indicam que, em patrulhamento em local conhecido como ponto de venda de drogas, o menor foi visualizado em atitude suspeita, ensejando, via de consequência, a sua abordagem e a apreensão da droga e de outros objetos descritos na inicial.

Ainda na fase inquisitorial o apelante confessou que trazia consigo seis invólucros plásticos de "cocaína" e que "há um mês" praticava tráfico no local recebendo pelo trabalho que executava a quantia de duzentos reais por dia. Esclareceu ainda que "um indivíduo de bicicleta" era quem lhe entregava o entorpecente (fl. 7).

Em juízo, contudo, negou o cometimento do delito.

Ora, consabido é que a confissão extrajudicial, ainda que retratada em juízo, desde que roborada por outros elementos de prova colhidos sobre o crivo do contraditório, serve de indício de autoria, possibilitando a responsabilização, desde que não refutada por outras provas ou contraindícios, cujo ônus de produção incumbe à defesa. É que tal prova vale não em função do local em que venha a ser lançada, mas do grau de credibilidade que naturalmente lhe seja inerente. Além do mais, a confissão pode ser retratada, mas "*sem prejuízo do livre convencimento do juiz, que deve fundá-lo no exame das provas em conjunto*" (Cód. Proc. Pen., art. 200).

E, no caso, versão apresentada pelo menor, negando a traficância (fl. 26) é desacreditada pela prova oral colhida. Por outro lado, observa-se que a confissão policial foi confirmada por testemunhas ouvidas em juízo. Neste caso não se trata de mero indício produzido na fase policial, onde não existe o contraditório, mas sim de indício produzido na fase policial e confirmado por testemunha em juízo, sob o crivo do contraditório, que relatou os fatos.

Os relatos dos policiais civis (fls. 42/43), obtidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, são congruentes, na essência, e apontam a participação do adolescente, ora apelante, na infração atribuída a ele, eis que foi apreendido em flagrante, em razão de seu envolvimento com o tráfico de drogas. Quando as testemunhas encontraram o adolescente no local descrito na representação (local conhecido como ponto de tráfico), conseguiram detê-lo portando seis porções de "cocaína".

Não se infere dos autos qualquer prova de abuso de autoridade pelos policiais, ou de que teriam qualquer interesse em deturpar a verdade, apontando

Acesso ao Sumário

situação inexistente e incriminando um inocente.

No caso em análise, por mais que a Defesa tenha tentado desacreditar os depoimentos das testemunhas, nenhuma prova foi produzida nesse sentido, valendo lembrar que os relatos de policiais ou de guardas municipais podem ser utilizados como meio de prova seguro, mormente quando não existem nos autos elementos que possam desacreditá-los e tampouco indícios de que eles quisessem prejudicar o representado, atribuindo-lhe falsamente a prática de ato infracional tão grave.

As declarações das testemunhas em Juízo, convém ressaltar, vão ao encontro do que ficou consignado nas peças informativas, revelando sua veracidade. Depois, os depoimentos das testemunhas são colhidos sob o compromisso de dizerem a verdade como qualquer testemunha e seus relatos são sopesados em confronto com as demais provas.

Seria muito estranho o Estado selecionar pessoas para integrar o quadro da Polícia e depois suspeitar delas quando agem no cumprimento de seu dever. Assim já decidiu o Colendo Supremo Tribunal Federal, em acórdão da lavra do Min. Celso de Mello, no julgamento do HC 74.608-0 DJU 11.04.97, p. 12.189).

Portanto, dar crédito àquele que é apreendido em plena e objetiva infração, em detrimento das palavras dos agentes da lei, que cumpriam seu papel de proteger a sociedade, seria inverter de tal forma os valores que se deixaria em descrédito a própria Justiça.

Cabe destacar, também, que o artigo 33 da Lei de drogas compreende um tipo misto alternativo que contêm dezoito condutas proibidas, entre elas a de trazer consigo, guardar ou ter em depósito drogas, sem permissão ou em desacordo com a legislação, ou seja, o simples fato de trazer consigo o entorpecente, constitui crime e por isso ato infracional.

Assim, a forma de acondicionamento da droga apreendida, o local conhecido como "ponto de tráfico" e as circunstâncias em que se deram a diligência, reforçam a convicção de que a substância entorpecente seria destinada à mercancia. Em outras palavras, diante do contexto probatório, não há como se duvidar da guarda e da destinação que se daria aos estupefacientes.

Então, com materialidade bem definida pelo auto de exibição e apreensão (fl. 8), auto de constatação provisória (fls. 9/10), laudo de exame químico toxicológico (fls. 39/40) e autoria incontroversa, a representação de R.Y.N. era mesmo procedente.

Dessa forma, inviável o pedido absolutório, sendo descabida, também, a pretendida desclassificação para a infração análoga à conduta tipificada no artigo 28 da Lei de Drogas.

No presente caso, a perpetração do grave ato imputado, por si só revela o severo desvio comportamental do jovem a merecer especial atenção do Estado e

o tráfico de drogas, como é sabido, deve ser considerado um dos atos infracionais mais graves, pois é prática que vem disseminando o vício entre a população mais vulnerável, ou seja, mais jovem e mais desprotegida da sociedade, e que revela, da parte de seus autores, total ausência de preocupação com a própria vida e com a do próximo, além de demonstrar também vivência infracional, na medida em que tem íntima relação com toda a sorte de ilícitos.

É, na verdade, a infração que pressupõe emprego de violência contra toda a sociedade. Tanto é assim que o legislador, posteriormente à edição do Estatuto da Criança e do Adolescente, passou a classificar tal prática como crime hediondo.

Assim sendo, não pode ser considerado correto o entendimento de que o tráfico não é prática violenta e de que a internação só estaria autorizada quando ocorre violência direta à pessoa.

Esse entendimento, aliás, levaria à absurda conclusão de que o legislador considerou o tráfico de drogas menos grave que uma lesão corporal leve ou uma ameaça, e que a internação estaria então autorizada no caso da prática de uma lesão leve e não do tráfico de drogas.

Na verdade, o legislador quis restringir a internação às infrações de gravidade evidente, situação na qual se enquadra perfeitamente o desenvolvimento do tráfico de drogas, que, indica, outrossim, envolvimento do adolescente em meio infracional extremamente perigoso.

Como observado pelo douto sentenciante, o adolescente é reincidente (fl. 16), já tendo recebido a medida socioeducativa de liberdade assistida pela prática de ato infracional equivalente a roubo majorado e, consoante "Relatório de Diagnóstico Polidimensional" da Fundação Casa, o jovem não estuda, faz uso de "maconha", não possui respaldo familiar e está envolvido com pessoas de má índole (fl. 49).

Diante desse quadro, não há dúvida de que, em meio aberto, o recorrente continuará vulnerável ao envolvimento no mundo das drogas e às práticas ilícitas e, dessa maneira, a internação, além de cabível, mostra-se como intervenção necessária a sua ressocialização.

É certo que a Constituição Federal previu a excepcionalidade da internação. No entanto, é exatamente nesse sentido o Estatuto da Criança e do Adolescente ao reservar a internação para os atos infracionais praticados nas condições previstas pelo seu artigo 122, onde se incluem os atos mais graves, e para as hipóteses nas quais se mostra necessária para impedir a identificação total dos jovens com o meio infracional. A excepcionalidade da medida não impede sua aplicação em casos necessários como este.

De qualquer modo, será ele periodicamente avaliado, poderá obter a reversão da medida quando vier a demonstrar inequívoca aptidão para retornar

Acesso ao Sumário

ao meio aberto respeitado os limites do artigo 121, §§ 3º e 5º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0011522-57.2013.8.26.0361, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que é apelante PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DE MOGI DAS CRUZES, são apelados M.B.S. (MENOR) e A.G.D.L. (MENOR).

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso ministerial. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.894)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e RICARDO ANAFE (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 3 de agosto de 2015.

PINHEIRO FRANCO, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: Infância e Juventude. Ato infracional equiparado ao crime de tráfico de entorpecente. Adolescentes surpreendidos por policiais militares na posse de 2 porções prensadas de "maconha". Palavras dos policiais coerentes e harmônicas, confirmando a prática do ato infracional. Confissão dos menores em duas oportunidades em que foram ouvidos. Prova oral hábil. Autoria e materialidade do ato infracional devidamente comprovadas. Procedência da representação bem decretada. Recurso ministerial postulando a aplicação de internação. Inviabilidade. Fato ocorrido há quase dois anos. Intervenção que deve atender ao princípio da atualidade e necessidade. Inteligência do artigo 100, parágrafo único, inciso VIII, do ECA. Apelo improvido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Apelação interposta contra sentença que submeteu os menores **A.G.D.L.**

e **M.B.S.** às medidas socioeducativas de liberdade assistida e de prestação de serviços à comunidade, cada uma pelo prazo de 6 meses, pela prática do ato infracional equiparado ao crime do artigo 33, "caput", da Lei nº 11.343/06.

Sustenta o Ministério Público que as medidas socioeducativas impostas (liberdade assistida e prestação de serviços à comunidade) não atendem, suficientemente, às necessidades de ressocialização dos menores e de resposta estatal às condutas praticadas. Aduz que o Estatuto da Criança e do Adolescente não busca a punição do menor infrator, mas a sua reinserção na sociedade, objetivo que se concretizará por meio da assistência de profissionais especializados durante o período de internação. Pondera que a prática de ato infracional equiparado ao tráfico de entorpecentes é muito grave, especialmente se levadas em conta todas as implicações sociais que gera, como o aumento do número de viciados e a alta incidência de armas de fogo em circulação que, por sua vez, propicia delitos patrimoniais de furto, roubo e receptação. Alega que, a despeito do teor da súmula nº 492, do C. Superior Tribunal de Justiça, deve-se analisar o contexto fático e a profundidade que a infração assume no caso concreto. Pondera que a probabilidade de reincidência é enorme, fato que representa risco aos menores e a terceiros. Aduz que os representados não contam com respaldo familiar adequado. Busca a aplicação de medida socioeducativa de internação (folhas 150/156).

Processado o recurso, com resposta, e mantida a decisão (folha 169), subiram os autos. Parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça pelo provimento parcial do apelo, para fixar a medida de liberdade assistida pelo prazo mínimo de seis meses, reavaliando-se nos termos da lei (folhas 174/176).

É o relatório.

Os adolescentes foram representados pela prática de ato infracional equiparado a tráfico de substâncias entorpecentes. Isso porque no dia (...), por volta das (...), no Parque (...), na Cidade de (...), os representados, de modo voluntário, traziam consigo e guardavam, para fins de tráfico, **maconha, em quantidade de 2 porções prensadas (perfazendo o peso de 97g)**, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Narra a representação que a Polícia Militar realizava monitoramento de rotina no local dos fatos, quando foi informada por um miliciano acerca da mercancia espúria. Nesse contexto, policiais militares para lá se dirigiram e encontraram os representados em atitude suspeita. Consta na inicial que o menor A. era quem arrecadava o dinheiro que, por sua vez, era repassado ao adolescente M., que fazia a entrega da droga. Ao perceber a aproximação dos agentes da lei, o representado M. jogou algo ao chão, o que foi facilmente localizado pelos agentes e comprovado tratar-se de entorpecente, já anteriormente mencionado. Indagados, os adolescentes negaram a traficância, acrescentado que a droga

Acesso ao Sumário

encontrada não lhes pertencia.

A materialidade do ato infracional encontra-se comprovada pelo boletim de ocorrência (folhas 2/5), pelo auto de exibição e apreensão (folhas 6/7), pelo laudo de constatação prévia (folhas 18/19) e pelo laudo de exame químico-toxicológico, positivo para *maconha* (folhas 37/39).

A autoria, por sua vez, é incontroversa.

Na delegacia, A. negou os fatos narrados na inicial. Declarou que estava de passagem pelo parque e que não tinha conhecimento da droga encontrada pelos policiais militares (folha 11). M. também negou os fatos narrados na representação. Disse que estava passeando pelo parque e que o entorpecente encontrado não lhe pertencia (folha 12). Em oitiva informal, os dois adolescentes confirmaram os fatos narrados na exordial. A. confessou que mentiu na delegacia, esclarecendo que metade da droga era sua e a outra metade era de seu colega M. Disse que não trabalhava e frequentava o 1º ano do ensino médio (folha 43/44). M. declarou que era dele a droga encontrada. Disse que não tinha passagem pela Vara da Infância e que trabalhava como ajudante de pintor. Afirmou ter parado de estudar no 1º ano do ensino médio e que mora com seu pai (folhas 47/48). Em juízo, A. novamente confessou os fatos. Declarou que estava vendendo drogas no parque e, também, iria consumi-la. Confirmou que os policiais encontraram as drogas que eles jogaram no chão. Disse estar arrependido e pretendia voltar a estudar (folha 84). M. igualmente admitiu a traficância. Disse que metade da droga que fora jogada ao chão lhe pertencia, e a outra metade era de A. Narrou que ele e seu colega estavam apenas fumando no local, e no momento em que iam iniciar a mercancia ilícita, foram abordados pelos policiais (folha 85).

O policial militar M.C.M. narrou que, na época dos fatos, trabalhava no serviço de monitoramento de câmeras do município, quando recebeu notícias de guarda municipal que menores estavam vendendo e consumindo drogas no parque (...). Disse que passou a observar os menores pela câmera, confirmando a veracidade das informações do agente. Relatou que passou a ocorrência para uma viatura, que rumou até o parque e realizou a abordagem dos dois adolescentes (folha 114).

O policial militar R.F.R. confirmou o relato de seu colega de farda, acrescentando que, ao aproximar-se do local com a viatura, visualizou os dois adolescentes que correspondiam com a descrição dada. Declarou que, durante a abordagem dos menores, encontrou *maconha* com eles (folha 115).

De início, não se pode perder de vista que, sem razão extraordinária, não é comum alguém mentir contra si próprio. E na espécie, não se vislumbram fatos que pudessem implicar no reconhecimento de falsas confissões nas oportunidades em que os jovens foram ouvidos, seja por coação, seja para beneficiar terceiros. As minudentes confissões dos menores, de resto, encontram

amparo na prova produzida.

A prova colhida, portanto, é clara e direta e autorizava a procedência da representação formulada contra os adolescentes. Eles, notadamente confessos, foram surpreendidos por policiais na posse de 2 (duas) porções prensadas de "maconha", destinadas mesmo ao tráfico.

O relato dos policiais militares, de outro lado, são coerentes e estão em perfeita sintonia com a prova colhida, com a nota de que não há um único indício – nem houve prova a respeito – de que tenha agido de forma abusiva ou para consciente e injusto prejuízo do adolescente. Frise-se que a presunção, "data venia", é de idoneidade dos testemunhos, competindo à defesa a prova, ainda que indiciária, do abuso ou vício na conduta dos agentes da lei, que não foi produzida. É verdade que a prova nem sempre é fácil.

Não há dúvida, pois, de que as drogas pertenciam aos adolescentes e se destinavam ao consumo de terceiros, mormente pela quantidade e pela forma de acondicionamento, e ainda, pela conduta dos menores.

Nunca é demais lembrar, ainda, que é desnecessária a prova de ato de comércio, bastando que o agente traga consigo ou mantenha em depósito a droga para essa destinação, ainda que futura, na medida em que a consumação não exige qualquer resultado.

A procedência da ação, assim, pela prática de ato infracional equiparado ao crime do artigo 33, "caput", da Lei nº 11.343/06, foi bem decretada.

A sentença, porém, entendendo que o ato infracional equiparado ao delito de tráfico de entorpecentes é praticado sem violência e grave ameaça, e observando, ainda, os preceitos da súmula nº 492, do C. Superior Tribunal de Justiça, aplicou aos adolescentes as medidas de liberdade assistida e de prestação de serviços à comunidade. Daí o inconformismo do Ministério Público, que persegue a fixação da medida socioeducativa de internação.

Pois bem.

Em consonância com o inconformismo ministerial, penso que a hipótese dos autos autorizaria a imposição da medida extrema (internação), a mais adequada e necessária ao processo de reeducação de A. e de M., pois tenho entendido que o ato infracional análogo ao crime de tráfico de drogas (este equiparado a crime hediondo por força do artigo 2º, da Lei nº 8.072/90) é gravíssimo, e embora muitos dos casos que chegam ao conhecimento do Poder Judiciário não revelem atos de violência ou grave ameaça física, demonstram acentuada lesividade social, enquadrando-se, portanto, na hipótese permissiva do artigo 122, inciso I, do ECA. E em especial no caso dos autos, eis que os adolescentes não estudam e nem possuem atividade laborativa.

Ocorre, porém, que, pelo disposto nos artigos 113 e 100, parágrafo único, inciso VIII, do ECA, as medidas socioeducativas devem ser regidas pelos

Acesso ao Sumário

princípios da proporcionalidade e atualidade, devendo a intervenção ser a necessária e adequada à situação de perigo em que o adolescente se encontra no momento em que a decisão é tomada. E como deixei acima consignado, a despeito de a sentença ter estipulado as medidas de liberdade assistida e de prestação de serviços à comunidade aos adolescentes, a hipótese comportaria a aplicação da internação. **No entanto, passado tanto tempo, não vislumbro em que ponto a internação atenderia ao princípio da atualidade e da necessidade**. Os fatos ocorreram em (...), há cerca de 2 anos, com a nota de que não há nos autos qualquer indicação de que os adolescentes tenham voltado a se envolver na prática de atos infracionais. Desta forma, a medida aplicada é adequada ao caso concreto.

Pelo meu voto, pois, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso ministerial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000073-06.2014.8.26.0608, da Comarca de Franca, em que é apelante E.A.C.S. (MENOR), é apelado PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DE FRANCA.

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 6759)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e RICARDO ANAFE (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 10 de agosto de 2015.

CARLOS DIAS MOTTA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Apelação. Ato infracional análogo ao crime de tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei nº. 11.343/06). Sentença que julgou procedente a representação, aplicando ao adolescente a medida socioeducativa de internação, por prazo indeterminado. Análise da prova oral. Autoria e materialidade comprovadas. Pretendida desclassificação para o artigo 28 da Lei nº 11.343/06. Impossibilidade. Admissibilidade da aplicação da medida extrema. Condições pessoais do menor que recomendam a imposição da medida

drástica. Internação que não vem como pena, senão como programa de reabilitação. Manutenção da medida imposta, que se mostra necessária para a ressocialização do jovem. Recurso não provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação interposto por E.A.C.S. contra a r. sentença de fls. 77/83, que julgou procedente a representação, reconhecendo a prática do ato infracional de tráfico de drogas para, ao final, aplicar ao adolescente a medida socioeducativa de internação, por prazo indeterminado.

Apela o adolescente (fls. 117/124) sustentando que: inexistem provas de autoria infracional, que sempre foi negada; a procedência da representação embasou-se apenas nos depoimentos dos policiais em Juízo; nada de ilícito foi apreendido em sua posse; o laudo técnico não atestou a porcentagem de substâncias ilícitas contidas em cada invólucro; deve haver desclassificação para o ato infracional de uso de drogas, tipificado no artigo 28 da Lei nº 11.343/06; a internação aplicada seria incompatível com as circunstâncias do caso, face à ausência de quaisquer das hipóteses de cabimento, cujo rol é taxativo, previsto no art. 122, do ECA; não incide em reiteração infracional; o fato não foi cometido com violência ou grave ameaça à pessoa; foi levada em consideração apenas a gravidade abstrata do ato infracional para fins de aplicação da custódia; houve afronta à súmula 492 do C. Superior Tribunal de Justiça; a internação seria de caráter excepcional, sendo suficiente a aplicação de medida socioeducativa em meio aberto.

O recurso foi respondido (fls. 128/133), mantida a r. sentença (fls. 134).

A D. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 138/143).

É o relatório.

Decido:

Não assiste razão ao apelante, pois, conforme se verá, a alegação de fragilidade do conjunto probatório realmente não se sustenta.

Compulsando os autos, verifica-se que a materialidade do ato praticado ficou demonstrada pelo auto de exibição e apreensão (fls. 36/37) e pelos laudos periciais que comprovaram que as substâncias apreendidas eram de uso proscrito (fls. 12/17, 58/60 e 67/69).

Cabe ressaltar que foram apreendidos cento e um pinos de cocaína, pesando 46,571 gramas, e uma porção grande de maconha, pesando 11,882 gramas, além da quantia de R$ 270,00 em dinheiro.

Acesso ao Sumário

Nem se alegue, com vistas a desaboná-lo, que o laudo técnico não atestou a porcentagem de substâncias ilícitas contidas em cada invólucro. Com efeito, o número de porções examinadas pelo perito coincide com a quantidade apreendida e descrita no auto de exibição policial, sendo suficiente à prova da materialidade infracional a constatação da quantidade total de entorpecente.

No que se refere à autoria, tanto na Delegacia de Polícia (fls. 04), quanto na oitiva informal perante a Promotoria (fls. 02-R) e em Juízo (fls. 40 e vº), o adolescente negou a prática infracional imputada, admitindo, contudo, possuir prévia passagem pela Vara da Infância e da Juventude.

Ocorre que as declarações prestadas em Juízo, como testemunhas, pelos policiais responsáveis pela apreensão do adolescente são coerentes e verossímeis, confirmando integralmente o fato descrito na representação ministerial e imputado ao jovem (fls. 52/53).

Salienta-se que os servidores públicos supracitados, quando no exercício de suas respectivas funções, praticam atos que se presumem legais e legítimos. Logo, não havendo qualquer elemento que refute a sua confiabilidade, o depoimento dos policiais é considerado prova relevante para elucidação da autoria e materialidade da infração.

Tanto é assim que o C. Supremo Tribunal Federal entende que: "*o valor do depoimento testemunhal de servidores policiais – especialmente quando prestados em juízo, sob garantia do contraditório reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal. O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor, quando se evidenciar que este servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar tal como ocorre com as demais testemunhas que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos*" (HC 74.608-0/SP, Rel. Min. Celso de Mello).

Idêntica orientação é adotada pelo E. Superior Tribunal de Justiça, *verbis*: "*Os policiais não se encontram legalmente impedidos de depor sobre atos de ofício nos processos de cuja fase investigatória tenham participado, no exercício de suas funções, revestindo-se tais depoimentos de inquestionável eficácia probatória, sobretudo quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal*" (HC 149.540/SP – 5ª T – rel. Min. Laurita Vaz – J. 12.4.2011).

Sem prejuízo, "*(...) os depoimentos dos policiais que efetuaram a prisão em flagrante constituem prova idônea, como a de qualquer outra testemunha que não esteja impedida ou suspeita, notadamente quando prestados em juízo sob o crivo do contraditório, aliado ao fato de estarem em consonância com*

Acesso ao Sumário

o conjunto probatório dos autos" (STJ – HC 98.766/SP – 6ª T – rel. Min. Og Fernandes – J. 5.11.2009).

Do mesmo modo nesta Corte, confira-se: TJSP – Apel. 0051802-09.2008.8.26.0050 – rel. Des. Amado de Faria – J. 20.10.2011; TJSP – Apel. 0074532-43.2010.8.26.0050 – rel. Des. Penteado Navarro – J. 20.10.2011; TJSP – Apel. 0005366-29.2010.8.26.0597 – rel. Des. Francisco Bruno – J. 20.10.2011; TJSP – Apel. 0009748-57.2010.8.26.0050 – rel. Des. Almeida Sampaio – J. 3.10.2011; TJSP – Apel. 0052267-18.2008.8.26.0050 – rel. Des. Newton Neves – J. 29.11.2011.

Destarte, verifica-se que os policiais militares realizavam patrulhamento de rotina, quando avistaram o apelante, figura já conhecida, em atitude suspeita, porquanto, com a aproximação da viatura, dispensou algo que trazia consigo, fato que motivou a realização da abordagem.

Em revista pessoal, nada de ilícito foi apreendido com o jovem, mas apenas a quantia de R$ 270,00 em dinheiro. Contudo, em diligência de busca nas proximidades, os policiais lograram apreender os objetos dispensados pelo apelante, consubstanciados em cento e um pinos de cocaína e uma porção grande de maconha.

Assim sendo, a despeito da versão apresentada pelo menor, suas alegações não conferem com o acervo probatório coligido aos autos, o qual é sólido e convincente, deixando clara a autoria e a materialidade da traficância, mormente face à quantidade e variedade de droga apreendida, além da forma de acondicionamento.

Em outras palavras, não há prova da versão apresentada pelo apelante e, no sentido contrário, há. Corolário lógico, considerando que o jovem, de qualquer modo, concorreu para a prática do tráfico ilícito de drogas, atrai-se a incidência do artigo 29 do Código Penal, possibilitando sua responsabilização pelo resultado.

Por conseguinte, inviável o acolhimento da pretendida desclassificação infracional para o artigo 28 da Lei nº 11.343/06.

Superadas, pois, as questões atinentes à autoria e à materialidade do ato infracional, remanesce o exame da medida de ressocialização imposta na origem.

Com efeito, a leitura do art. 122, inciso I, do ECA não pode ignorar os preceitos da proteção integral e da prioridade de atendimento.

A Súmula 492 do C. Superior Tribunal de Justiça, ao utilizar a expressão "*por si só*", abre espaço para que outros dados relevantes sejam analisados e incluídos para fins de programa de ressocialização.

Como bem exposto pelo Des. Costabilè e Solimene, no julgamento da Apelação nº 0000089-34.2013.8.26.0142:

Acesso ao Sumário

"*A circunstância elementar legal da violência ou grave ameaça, posta no inc. I do art. 122 do ECA, por ex., seria objeto de grave perplexidade: autorizaria internação por atos infracionais menos graves, como na hipótese das lesões corporais, mas daria solução diversa para a traficância, infração que, quando cometida por maiores imputáveis, é qualificada de crime hediondo (art. 2º da Lei 8.072, de 25.7.1990).*

Com todo o respeito, esta não parece ser a interpretação almejada pelo Legislador, relevante anotar, a propósito, que, do ponto de vista temporal, o ECA precedeu o tratamento mais rigoroso dispensado a determinados delitos, por ex. o tráfico de entorpecentes, obviamente com igual repercussão na órbita dos menores infratores.

Quando editada a Lei 8.069/90, o Legislador ainda não distinguia certas categorias de infrações. Só doze dias mais tarde é que veio à luz a lei dos crimes hediondos, o que nos faz suscitar eventual descompasso entre o disposto no art. 122, I e o querer distinguir com maior rigor, posto no art. 2º da Lei 8.072/90, a propósito, anseio incontroverso de toda a sociedade, quanto mais do próprio Parlamento.

Hoje, seja do ponto de vista estatístico, seja do aspecto periculosidade, a atividade própria da traficância é a mais nefasta e, por isso, deve ser combatida com o rigor máximo".

Na hipótese destes autos, cuidar da questão sob a perspectiva restrita da tipicidade, importaria negar vigência à proteção integral.

E a reforçar o caráter protetivo da medida de internação, destaco trecho do voto da lavra do Des. Camargo Aranha Filho, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 0016815-58.2012.8.26.0000, desta E. Câm. Especial:

"*(...) Reafirmando o caráter protetivo, ressocializador e reeducador da medida socioeducativa de internação, não é por outro motivo que 60% (sessenta por cento) de todos os adolescentes inseridos no Programa de Proteção a Crianças e Adolescentes Ameaçados de Morte – PPCAM – estão envolvidos com o tráfico ilícito de entorpecentes (fonte: Comunicação Social do TJ/SP, publicado em 20/10/2011) (...)*".

E, no que tange à aplicação da medida de internação, há precedentes indicando a possibilidade de cabimento da medida mais restritiva para aquela modalidade de ato infracional. Nesse mesmo sentido, há nesta Câm. Especial, inúmeros julgados: Apel. 174.278.0/3-00 – rel. Des. Paulo Alcides; Apel. 0005939-67.2010.8.26.0306 – rel. Des. Encinas Manfré; Apel. 990.10.050471-1 – rel. Des. Reis Kuntz; Apel. 0203406-02.2010.8.26.0000 – rel. Des. Eduardo Gouvêa – J. 18.10.2010; Apel. 080697-0/5-00 – rel. Des. Mohamed Amaro.

Sem prejuízo, o C. Supremo Tribunal Federal já reconheceu ser desnecessária, para fins de reconhecimento da reiteração de atos infracionais, a prática de 3 atos infracionais: "*Observa-se que o inciso II do artigo 122 do ECA não prevê número mínimo de delitos anteriormente cometidos para fins de*

caracterização da reiteração na prática criminosa (...)" (HC 94.447/SP, 1ª T., rel. Min. Luiz Fux, J. 12.4.2011).

Sobre o tema, não se vislumbra a possibilidade de acolhimento da pretensão de abrandamento da medida socioeducativa de internação imposta.

Isso porque, inobstante o fato de o apelante ser tecnicamente primário (fls. 91/104), a primariedade é um dado, mas não é o mais relevante. Importante saber a capacidade do núcleo familiar do jovem e a possibilidade deste em submetê-lo a tratamento ressocializador mais brando.

Compulsando os autos, verifica-se que o apelante está inserido em contexto de risco social, pois, apesar de primário, já ostenta diversas passagens pela Vara da Infância e da Juventude. Já foi, inclusive, beneficiado com a concessão de remissão e submetido a outra medida socioeducativa em meio aberto, de liberdade assistida, a qual não se mostrou suficiente para emendar, definitivamente, o seu comportamento e afastá-lo do meio infracional.

O cotidiano do jovem apresenta quadro de rotina ociosa, com proximidade de convivência, afinidade e envolvimento com grupos de pessoas voltadas a propósitos escusos, o que se mostra prejudicial haja vista a imaturidade e suscetibilidade a influências externas próprias da idade, bem assim o fato de se tratar de pessoa usuária de drogas e que não estuda.

O núcleo familiar mostra-se igualmente desestruturado e disfuncional, inexistindo figura de autoridade ou comando que possa, isoladamente, impor ao adolescente limites e regras a serem obedecidas, razão pela qual se faz necessário o respaldo da equipe técnica da Fundação Casa.

Nesse sentido, confira-se o disposto no relatório de diagnóstico polidimensional elaborado pela equipe multiprofissional da Fundação Casa (fls. 86/90).

Em suma, considerando tratar-se de adolescente em nítida situação de vulnerabilidade social, as circunstâncias supracitadas nos levam a concluir pela impossibilidade de reforma da r. sentença que impôs a medida socioeducativa de internação, por prazo indeterminado, a qual se revela mais adequada para proporcionar a integral reabilitação do menor.

Ressalte-se, por oportuno, que a aplicação da medida de internação poderá ser benéfica ao apelante, vez que este terá a oportunidade de continuar o seu processo de ressocialização, ser inserido no âmbito escolar, adquirir habilidades profissionais, aprender valores educacionais, e desse modo, reunir as condições necessárias para retornar à vida em comunidade.

Ante o exposto, **nego provimento** ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0007772-97.2014.8.26.0624, da Comarca de Tatuí, em que são apelantes (...) (MENOR), (...) (MENOR), (...) (MENOR) e (...) (MENOR), é apelado PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DE TATUÍ.

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 33.724)**

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, 10 de agosto de 2015.

EROS PICELI, RELATOR

Ementa: Atos infracionais – artigo 157, § 2º, II, do Código Penal – materialidade e autoria demonstradas – valor dos depoimentos das vítimas e testemunhas na fase policial – infração cometida mediante grave ameaça contra a pessoa – imposição de medida socioeducativa de internação por prazo indeterminado – admissibilidade – apelações não providas.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelações interpostas por (...), (...), (...) e (...), contra a sentença proferida pelo M. Juiz Walmir Idalêncio dos Santos Cruz, fls. 163/170, que julgou procedente representação oferecida em razão da prática de ato infracional equiparado ao delito previsto no artigo 157, § 2º, II, do Código Penal, aplicando-lhes a medida socioeducativa de internação por prazo indeterminado.

A defesa de (...) pede a absolvição por insuficiência de provas ou o abrandamento da medida, fls. 221/222.

A defesa de (...) pleiteia a absolvição, pois ausentes provas de que o menor praticou o ato infracional equiparado ao delito de roubo, fls. 227/228.

A defesa de (...) requer a absolvição do adolescente ou, subsidiariamente, a aplicação da medida de prestação de serviços à comunidade, fls. 234/236.

A defesa de (...) pede a aplicação de medida socioeducativa mais branda ao menor, fls. 238.

Acesso ao Sumário

Apresentadas as contrarrazões, fls. 243/246, e mantida a decisão recorrida, fls. 247, a Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento dos recursos, para absolver os menores ou alterar a medida aplicada para a de semiliberdade, fls. 251/264.

É o relatório.

Segundo consta na representação, em (...), (...), de 15 anos, (...), de 16 anos, (...), de 15 anos, e (...), de 16 anos, agindo em unidade de desígnios entre si, mediante grave ameaça pela simulação do uso de arma de fogo contra as vítimas (...) e (...), subtraíram para proveito comum o valor de R$ 500,00, pertencente ao estabelecimento comercial Supermercado (...).

Apurou-se, ainda, que os menores entraram em referido estabelecimento, ameaçando a vítima (...) que estava no caixa. O valor subtraído foi colocado em uma mochila que era levada por uma criança, aparentando ter no máximo 9 anos de idade, que os acompanhava durante a ação delitiva.

A materialidade e a autoria dos atos infracionais imputados aos apelantes estão comprovadas pelo boletim de ocorrência, fls. 3/6, auto de exibição e apreensão, fls. 11/12, auto de apreensão de adolescente, fls. 13/18, e prova oral produzida sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

Os apelantes, em oitiva informal, fls. 34/37, e em juízo, fls. 138, 140, 142, 144 e mídia digital, negaram a prática do ato infracional equiparado ao delito de roubo. Alegaram que os menores (...) e (...) passavam por uma praça, em direção a um centro de reciclagem, quando encontraram os outros dois adolescentes. Contaram que (...) e (...) resolveram acompanhá-los e, sem qualquer razão, foram abordados e apreendidos pelos policiais.

Por sua vez, os policiais militares (...) e (...) apresentaram relatos coerentes assegurando a participação dos menores no ato infracional, fls. 147/148 e mídia digital.

Afirmaram que receberam informações sobre a ocorrência de um roubo em um estabelecimento comercial. Em patrulhamento, avistaram os adolescentes em atitude suspeita, pois pareciam estar em situação de fuga. Dessa forma, abordaram os menores, sendo que, posteriormente, as vítimas e as testemunhas reconheceram com segurança os quatro adolescentes como autores do delito. Relataram que por meio da descrição de uma das testemunhas, tiveram conhecimento acerca da participação de uma criança, que teria carregado a mochila com a quantia subtraída. Disseram, ainda, que na ocasião, os menores negaram os fatos e externaram versões duvidosas e divergentes entre si.

E nada autoriza supor que os servidores mentiram ao depor em Juízo. Os policiais foram ouvidos sob formal compromisso, produzindo relatos verossímeis e coerentes.

A propósito do valor dos depoimentos policiais, restou assinalado na

Acesso ao Sumário

apelação cível nº 3006028-05.2013.8.26.0348, Comarca de Mauá, relator Des. Pinheiro Franco, Presidente da Seção de Direito Criminal, julgada em 26.5.2014, que:

> "**A presunção é de idoneidade dos testemunhos, competindo à defesa a prova, ainda que indiciária, do abuso ou vício na conduta dos agentes da lei**".

Nada predispunha os policiais à distorção dos fatos; não vem delineada nos autos circunstância que os levasse a cometer fraude, abuso de autoridade ou falso testemunho.

Relevante, também, o depoimento da testemunha (...), durante a fase de investigações policiais, fls. 15. Esclareceu ser cliente do estabelecimento subtraído e que, no dia dos fatos, estava ao lado da vítima (...), quando os menores a ameaçaram, reconhecendo-os quando apresentados na delegacia de polícia.

Além disso, importante ressaltar que, em entrevista realizada na Fundação Casa, os jovens (...) e (...) assumiram a prática do ato infracional em questão, fls. 120 e 126.

Assim, diante das provas produzidas, agiu bem o juiz ao julgar procedente a representação oferecida.

No mais, as medidas socioeducativas aplicadas na origem merecem ser mantidas, sobretudo porque os atos infracionais foram praticados mediante grave ameaça, o que autoriza a imposição da medida extrema, ainda que os menores (...) e (...) sejam primários, consoante disposto no artigo 122, I, da Lei nº 8.069/90.

Não se pode esquecer que o autor de roubo executado em concurso de pessoas, demonstra ousadia e periculosidade, características que reclamam acompanhamento mais eficiente e severo, que apenas a internação é capaz de proporcionar.

Esse o pensamento dominante nesta Câmara Especial, conforme restou decidido na apelação cível nº 0011967-46.2013.8.26.0015, relator Desembargador Ricardo Anafe, Presidente da Seção de Direito Público, julgada em 28.4.2014:

> "**Nenhum reparo comporta também a sentença no que tange à medida socioeducativa aplicada.**
>
> **Com efeito, o envolvimento do apelante 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**

Acesso ao Sumário

ousadia e periculosidade inequívoca. Exige, bem por isso, pronta e eficaz resposta estatal".

Depois, os adolescentes (...) e (...) possuem outras passagens pela Vara da Infância e Juventude, fls. 22/29.

Note-se que os menores serão periodicamente avaliados, podendo obter reversão da medida se vierem a demonstrar inequívoca aptidão para retornarem ao meio aberto, respeitados os limites do artigo 121, §§ 3º e 5º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Do exposto, nega-se provimento às apelações, mantida a sentença por seus fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0022661-40.2014.8.26.0015, da Comarca de São Paulo, em que é apelante H.B.M.S. (MENOR), é apelado PROMOTOR DE JUSTIÇA DA 1ª VARA ESPECIAL DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DA CAPITAL.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.275)**

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, 24 de agosto de 2015.

GUERRIERI REZENDE, Decano e Relator

Ementa: Representação julgada procedente, aplicando ao adolescente medida socioeducativa de internação, sem prazo determinado, pela prática da infração equiparada à conduta tipificada no artigo 157, § 2º, I e II do Código Penal – Apelo do menor visando, preliminarmente, ao recebimento do recurso no duplo efeito e, quanto ao mérito, à improcedência da representação diante da fragilidade do acervo probatório acerca da autoria ou, subsidiariamente, ao abrandamento da medida, sendo de rigor o afastamento da majorante relativa ao emprego de

Acesso ao Sumário

arma de fogo – Descabimento – Materialidade e autoria induvidosas – Negativa da autoria isolada nos autos – Reconhecimento do jovem feito por uma das vítimas – Incidência da Súmula nº 86 desta Egrégia Corte de Justiça – Ato infracional grave e condições pessoais desfavoráveis do apelante que recomendam a manutenção da medida extrema – Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação (fls. 61/70) interposto pelo jovem H.B.M.S. (DN (...)) contra a respeitável sentença de fls. 51 e Vº, que julgou procedente a representação oferecida pelo Ministério Público em seu desfavor, aplicando-lhe a medida socioeducativa de internação, sem prazo determinado, pela prática da infração equiparada ao crime previsto no artigo 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal.

Apelo do menor visando, preliminarmente, ao recebimento do recurso no duplo efeito e, quanto ao mérito, à improcedência da representação dada a fragilidade do acervo probatório ou, subsidiariamente, ao abrandamento da medida adotada, sendo de rigor o afastamento da majorante relativa ao emprego de arma de fogo (fls. 61/70).

Bem processado e recebido o recurso apenas no efeito devolutivo (fls. 72/74), foram apresentadas contrarrazões (fls. 76/80), mantida a respeitável decisão por seus próprios fundamentos (fl.83) e, nesta instância, manifestou-se a douta Procuradoria Geral de Justiça pelo não provimento do recurso (fls. 95/100).

É o relatório.

Preliminarmente, não há que se falar na concessão do efeito suspensivo ao presente recurso, não só em face de ele restar prejudicado diante do julgamento da matéria, como também, em razão do decidido no Enunciado nº 6, do Fórum Permanente de Estudos dos Juízes da Infância e da Juventude do Estado de São Paulo – FOPEJISP –, publicado em outubro de 2011: "*A despeito da mudança legislativa do art. 198, inc. VI do Estatuto da Criança e do Adolescente, persiste o efeito meramente devolutivo dos recursos interpostos contra sentença de procedência em processo de apuração de atos infracionais, devendo ser definido pelo magistrado na própria sentença a aplicabilidade imediata da medida socioeducativa para efeito de expedição da guia de execução, fundando a decisão nos princípios da imediatidade e da celeridade*".

No que tange ao mérito, as provas colhidas autorizam a procedência da representação.

Consta dos autos que no dia (...), por volta das (...) horas, na Avenida (...), na cidade de (...), o jovem H.B.M.S. e outro indivíduo não identificado, agindo com unidade de desígnios e identidade de propósitos, subtraíram, para proveito comum, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo contra G.X.V. e W.J.S.J., um aparelho de telefone celular pertencente a este último.

Respeitadas as alegações da Defesa, tem-se que o acervo probatório autoriza a procedência da representação, tal como formulada.

A materialidade da infração ficou demonstrada do que se infere a partir do Boletim de Ocorrência de nº 9979/2014 (fls. 3/6) e das demais provas produzidas.

A propósito, com relação à ausência de laudo pericial da arma de fogo, a Súmula nº 86 deste Tribunal estabelece: "*Em se tratando de ato infracional equiparado a crime contra o patrimônio, a ausência de exames e laudos técnicos sobre armas não prejudica o reconhecimento da materialidade do ilícito se outros elementos de prova puderem atestá-la*".

Frise-se, ademais, que as vítimas foram incisivas no sentido de que se sentiram intimidadas com a abordagem do ora recorrente e de outro indivíduo não identificado, a ponto de levantarem as mãos durante o "assalto" (fls. 8/9 e 53/54).

De igual modo não remanescem dúvidas acerca da autoria, em que pese a negativa do jovem na Delegacia de Polícia e em Juízo, ora dizendo que havia "*parado para pedir informação*" (fl. 9), ora, que "*se aproximou do casal e pediu um isqueiro*" (fl. 42).

Cumpre consignar, primeiramente, que de acordo com a coleta de informações na Fundação Casa, o jovem H.B.M.S., "*no que se refere ao ato infracional, assumiu a prática delituosa conforme consta nos autos*" (fl. 19).

Nada obstante, a vítima W.J.S.J., em juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, além de relatar com detalhes o ocorrido, reconheceu o ora apelante como um dos autores da infração (fl. 53).

A propósito, é cediço que nas infrações contra o patrimônio, geralmente praticadas na clandestinidade, a palavra da vítima assume crucial importância para a elucidação da autoria, principalmente quando corroborada pelo conjunto probatório amealhado aos autos, como se faz no presente caso.

Seja como for, como bem anotado pela ilustre Promotora de Justiça, *in verbis*:

"*O depoimento foi corroborado pela palavra da outra vítima, G.X.V. (fls. 54).*

As narrativas das vítimas acerca da ocorrência dos fatos são coerentes e seguras, não havendo que se falar em falta de provas.

O adolescente foi apreendido enquanto subtraía o celular da vítima,

Acesso ao Sumário

tendo sido reconhecido em juízo" (fl. 77).

Com relação à medida socioeducativa aplicada, a respeitável sentença mostra-se também incensurável.

É bem verdade que na escolha da medida socioeducativa deve-se levar em consideração além da gravidade da infração perpetrada, sua finalidade de ressocialização e o contexto subjetivo particular do infrator, como pessoa em desenvolvimento, nos termos do § 1º do artigo 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Com efeito, o ato infracional praticado é de natureza grave e pressupõe violência ou grave ameaça e denota desvio de conduta do infrator, tudo a indicar a necessidade do acompanhamento mais severo através da internação.

Além da gravidade da conduta infracional perpetrada, as condições pessoais do menor também militam em seu desfavor, pois, segundo noticiado nos autos, ele abandonou os estudos; não exerce atividade laborativa; é usuário de droga e de bebida alcóolica; ostenta passagem pela Fundação Casa também por infração análoga ao crime de roubo; foi apreendido em flagrante quando cumpria medida socioeducativa de liberdade assistida e "*não apresenta planos e empreende poucos esforços para mudar e redirecionar a sua vida. Se mostra acomodado e espera que tudo venha de forma fácil em suas mãos*", tudo a corroborar a manutenção da medida extrema (fls. 19/20 e 32/41).

Em tais circunstâncias, não se vislumbram motivos suficientes que possam justificar a aplicação de medida menos gravosa, mostrando-se mais adequada a manutenção da internação, que permitirá ao recorrente o recebimento da orientação da qual necessita para que possa dar continuidade aos estudos, além de poder se capacitar profissionalmente.

Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000200-95.2014.8.26.0590, da Comarca de São Vicente, em que é apelante/apelado W.S.R., é apelado/apelante PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DE SÃO VICENTE.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso de apelação do adolescente, e deram provimento ao recurso do Ministério Público, determinando a expedição de mandado de busca e apreensão do adolescente para o imediato cumprimento da medida de internação imposta na sentença.

V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.004)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e RICARDO ANAFE (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 24 de agosto de 2015.

PINHEIRO FRANCO, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: Infância e Juventude. Ato infracional equiparado ao crime de tráfico de substância entorpecente. Adolescente que, na companhia de mais três indivíduos, foi apreendido pelos policiais militares em um campo de futebol do bairro, trazendo consigo entorpecente destinado à venda, bem como a quantia de R$ 71,00 em dinheiro. Palavras dos policiais coerentes e harmônicas. Prova indicando que a droga se destinava a mercancia. Procedência da representação bem decretada. Medida socioeducativa de internação necessária e proporcional à gravidade do fato, às condições pessoais do adolescente e, ainda, à evidente e acentuada situação de risco e de vulnerabilidade em que se encontra. Nega-se provimento ao apelo do adolescente. Apelo ministerial visando à expedição de mandado de busca e apreensão para o imediato cumprimento da medida imposta. Adolescente que teve contra si decretada internação provisória, sobrevindo sua liberação apenas em decorrência do excesso de prazo para conclusão do procedimento e não em razão de sua condição pessoal favorável. Direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da ação que, no caso, não tem razão de ser e afronta, em última análise, aos objetivos primordiais da legislação de menores, que tem por norte o princípio da proteção integral, até mesmo porque a hipótese, não se olvide, é de adolescente em evidente e acentuada situação de risco e de vulnerabilidade social. Advento da maioridade que, ademais e por si só, não impede o imediato cumprimento da medida. Dá-se provimento ao recurso do Ministério Público, a fim de que seja cumprida de imediato a medida de

Acesso ao Sumário

internação.

VOTO

Apelação interposta contra r. sentença que submeteu o menor W.S.R. à medida de internação, por prazo indeterminado, pela prática de ato infracional equiparado ao crime do artigo 33, "caput", da Lei n.º 11.343/06.

Sustenta o recorrente, preliminarmente, a necessidade de recebimento do recurso também em seu efeito suspensivo. No mérito, afirma que a prova colhida não autorizava a procedência da representação, destacando a existência de testemunha presencial que confirmou que a droga não estava com o adolescente, mas sim em um campo de futebol. Argumenta ter o menor negado os fatos em Juízo, bem como não ter sido apreendida qualquer droga em seu poder. Sustenta, ainda, que a medida de internação somente é cabível nas hipóteses do artigo 122, do ECA, aduzindo ser o ato infracional equiparado ao tráfico de entorpecentes desprovido de violência ou grave ameaça à pessoa. Diz que não restou configurada a reiteração infracional, o que afasta a possibilidade de aplicação da medida restritiva de liberdade e que o apelante completou 18 anos no dia 07 de abril de 2015. Pede a substituição da medida socioeducativa de internação por outra em meio aberto (folhas 156/164).

O Ministério Público, por sua vez, interpôs recurso adesivo, insurgindo-se contra a concessão ao menor do direito de recorrer em liberdade. Sustenta que o adolescente permaneceu internado provisoriamente durante todo o procedimento socioeducativo e só foi liberado em razão do excesso de prazo de 45 dias na conclusão do feito. Aduz não se mostrar razoável conferir ao menor o direito de recorrer em liberdade, por certamente prejudicar o caráter pedagógico da medida a ele aplicada, uma vez que a internação somente seria cumprida após razoável período de tempo. Pleiteia a expedição de mandado de busca e apreensão para o imediato cumprimento da medida de internação imposta na sentença (folhas 169/177).

Processados os recursos (folhas 167 e 185), com contrarrazões (folhas 178/184 e 187/189), e mantida a decisão (folhas 190), subiram os autos, tendo a d. Procuradoria Geral de Justiça opinado pelo desprovimento do recurso de apelação e provimento do recurso adesivo (folhas 198/203).

É o relatório.

O menor foi representado pela prática de ato infracional equiparado a tráfico de substâncias entorpecentes, porque, no dia (...), por volta das (...), na Rua (...), em frente ao n.º (...), Bairro (...), no município de (...), trazia consigo, sem autorização legal, para entrega ao consumo de terceiros, 35 (trinta e cinco) porções de cocaína, pesando aproximadamente 27,02 gramas (vinte e sete gramas e duzentos miligramas), substância entorpecente e que determina

Acesso ao Sumário

dependência física e psíquica.

Narra a inicial que, em um campo de futebol do bairro, o adolescente, na companhia de mais três indivíduos, trazia consigo o entorpecente para entrega ao consumo de terceiros e, ao avistar a chegada da viatura policial, tentou empreender fuga, mas todos acabaram detidos. Em poder do menor foi localizado o entorpecente, destinado à venda, e a quantia de R$ 71,00 (setenta e um reais), produto do tráfico por ele praticado, bem como três telefones celulares.

A r. sentença julgou procedente a representação, aplicando ao adolescente a medida socioeducativa de internação, por prazo indeterminado, facultando-lhe o direito de recorrer em liberdade.

A materialidade do ato infracional encontra-se comprovada pelo boletim de ocorrência (folhas 3/6), auto de exibição e apreensão (folhas 07) e pelo laudo de exame químico-toxicológico, positivo para cocaína (folhas 12).

O adolescente, na delegacia, manteve-se silente (folhas 5). Em juízo, narrou que, na data dos fatos, ao sair de uma padaria onde havia tomado café, ficou em uma esquina e logo em seguida foi abordado pelos policiais. Disse que estava com o dinheiro, contudo o entorpecente foi encontrado no campinho.

O policial militar J.I.S. disse, na delegacia e em Juízo, que estava em operação no bairro, conhecido como ponto de comércio de drogas e, ao avistar o representado fugindo juntamente com mais três indivíduos, realizaram a abordagem e encontraram, em poder do adolescente, no interior de seu bolso, o material entorpecente, dinheiro e celulares. Mencionou ainda conhecer o adolescente de outras abordagens no local e que ele confessou que estava praticando a traficância.

O miliciano R.V.G.S. afirmou em Juízo que estava em operação pelo bairro com duas viaturas, quando avistou quatro indivíduos que saíram correndo de um campo próximo a uma padaria. Após a abordagem, foi encontrado no bolso da bermuda do adolescente a droga, dinheiro e aparelhos celulares. Disse que o menor confessou que estava traficando e que o local é conhecido como ponto de tráfico de drogas.

A testemunha de defesa J.B.B. narrou que trabalhava na padaria e que não conhece o representado, mas presenciou a ocorrência. Contou que o adolescente, ao sair da padaria, foi abordado pelos militares que passavam pelo local, momento em que um policial entrou no campo de futebol e encontrou o material entorpecente.

A testemunha de defesa A.A.F. disse não ter visualizado a abordagem policial, não sabendo informar o motivo pelo qual foi arrolada como testemunha.

A prova colhida é clara e autoriza a procedência da representação instaurada contra o adolescente. Os policiais confirmaram a apreensão da droga, do dinheiro e dos celulares, que estavam em poder do adolescente.

Acesso ao Sumário

E estes relatos são coerentes, não havendo um único indício nos autos – nem houve prova a respeito – de que tenham agido de forma abusiva ou injustamente, em prejuízo do menor.

Frise-se que a presunção, no que concerne aos depoimentos dos policiais é de idoneidade do testemunho.

Destaque-se, ademais, que o representado não comprovou a origem lícita da quantia em dinheiro com ele localizada.

Não há dúvida, pois, de que a droga pertencia ao recorrente e se destinava ao consumo de terceiros, mormente pelas circunstâncias fáticas da ocorrência, considerável quantidade, forma de acondicionamento em porções individualizadas prontas para a venda, pela apreensão de dinheiro sem comprovação lícita de origem e ainda pela postura do adolescente, que tentou fugir ao avistar a aproximação dos policiais.

Nunca é demais lembrar, de outro lado, ser desnecessária a prova de ato de comércio, bastando que o agente traga consigo ou mantenha em depósito a droga para essa destinação, ainda que futura, na medida em que a consumação não exige resultado.

E nem se argumente com a inexistência de testemunhas alheias aos quadros da Polícia Militar. É sabido que em crime de tráfico ou ato infracional a este equiparado, apenas policiais costumam depor, haja vista que, por medo de represálias, civis geralmente não se arriscam a envolver-se, o que é natural e humano. Exigir a presença de testemunha civil no ato da detenção de traficantes, sejam eles imputáveis ou não, equivale a criar barreira intransponível à responsabilização do infrator. E barreira não prevista em lei, cumpre anotar.

A procedência da ação, assim, pela prática de ato infracional equiparado ao crime do artigo 33, "caput", da Lei n.º 11.343/06, foi bem decretada.

A medida socioeducativa de internação, a despeito das alegações defensivas, é proporcional à gravidade dos fatos, ao desvio social do menor infrator e, ainda, à evidente e acentuada situação de risco e de vulnerabilidade em que ele se encontra.

A hipótese é de ato infracional análogo ao crime de tráfico de drogas (este equiparado a crime hediondo por força do artigo 2º, da Lei n.º 8.072/90), que é gravíssimo, e, embora muitos dos casos que chegam ao conhecimento do Poder Judiciário não revelem atos de violência ou grave ameaça em sentido estrito, demonstram acentuada lesividade social, enquadrando-se na hipótese permissiva do artigo 122, inciso I, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Referido dispositivo estabelece que, a internação somente poderá ser aplicada, quando o ato infracional for cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa. Ora, a atividade do traficante, que vende substância causadora de dependência séria, revela traços evidentes de violência e grave ameaça à pessoa

em sentido amplo. O tráfico, ademais, é atividade organizada, que faz girar muita divisa, cujo controle é disputado na base da extrema violência e de gravíssimas ameaças, inclusive contra usuários. E quem participa dessa cadeia, além de coadunar com tais atitudes, dela se beneficia. Até mesmo o traficante que é pego com pequena quantidade de droga gera temor nas pessoas. A meu ver, **é nítida a relação entre o ato de traficar e a violência que sua prática exige (seja física, seja moral)**. Sem falar que quem trafica dissemina o mal e traz risco concreto para a sociedade, que se vê refém dos efeitos nefastos do comércio espúrio. A atividade do traficante, indivíduo sem escrúpulos, é deveras perniciosa para a sociedade, destruindo o cidadão e sua família. Ademais, condutas como a do adolescente disseminam o vício, criando toda sorte de problemas, desde os mais óbvios, de saúde pública, até aqueles que constituem reflexo da atividade, vez que a prática do tráfico fomenta a ocorrência de diversos outros atos infracionais e crimes graves, demandando uma enérgica e séria reação do Estado, até como fator profilático. De mais a mais, a gravidade da infração pode e deve, sim, ser sopesada quando da fixação da medida socioeducativa, conforme prevê o artigo 112, § 1º, do ECA. E quando do cometimento de uma infração, cujo crime correspondente é equiparado aos hediondos, parece clara, sim, a necessidade de aplicação da medida mais severa.

Ainda que fosse possível admitir que o tráfico é ato cometido sem violência ou grave ameaça a pessoa – **e não é** – parece claro que o disposto no artigo 122, inciso I, não comporta interpretação restrita. Fosse assim, atos infracionais equiparados a crimes de menor potencial ofensivo (lesão corporal leve, ameaça, constrangimento ilegal) seriam suscetíveis de internação, enquanto o ato infracional equiparado ao tráfico (cujo tipo penal é equiparado aos crimes hediondos) não poderia ensejar essa mesma internação, em clara violação ao princípio constitucional da proporcionalidade.

Não se pode perder de vista, ainda, que, de acordo com o estudo psicossocial (folhas 77/749), por ocasião de entrevista realizada com a genitora do adolescente, ela relatou que seu filho estava passando muito tempo na rua, contrariamente às suas orientações, quando foi detido pelos fatos aqui tratados. O estudo aponta ainda que o menor, por falta de adequada orientação, fica exposto a situação de risco.

Além disso, o relatório de diagnóstico polidimensional (folhas 88/92) deixou assentado que W.S.R. faz uso diariamente de "cannabis sativa" e tabaco; que é a sua terceira passagem na delegacia; que está afastado da vida escolar, tendo histórico de retenção quando cursava a primeira série do E.F.I.

Essas particularidades demonstram que o adolescente não possui condições de se recuperar sem a submissão à internação, como forma de fazê-lo compreender a inadequação de sua conduta e promover sua ressocialização. A pretendida aplicação de medida socioeducativa em meio aberto, no caso,

Acesso ao Sumário

mostrar-se-ia inócua, até porque seu núcleo familiar não consegue impor limites. Importante deixar anotado que, ainda que o relatório teça considerações acerca do bom comportamento do representado na Fundação CASA, tal fato não significa que a medida socioeducativa de internação seja desnecessária porque o bom comportamento é dever de todo menor internado. E bom comportamento não indica que o adolescente não esteja em vulnerabilidade social, como, inclusive, apontou o relatório.

Destaco, ainda, que a Súmula nº 492, do Colendo Superior Tribunal de Justiça, não veda a imposição de medida socioeducativa de internação. Apenas estabelece que a medida deve ser aplicada consoante o caso concreto. E no caso em exame a internação é necessária em face da gravidade do fato e, ainda, das condições pessoais do adolescente.

A medida socioeducativa excepcional (internação), portanto, diante desse quadro e frente aos elementos concretos já expostos, mostra-se adequada e necessária ao processo de reeducação do menor.

Por outro lado, com razão o Ministério Público, ao pleitear o imediato cumprimento da medida socioeducativa de internação imposta na sentença. Observa-se que não era mesmo caso de se deferir ao representado o direito de aguardar o julgamento do recurso em liberdade.

Com efeito, observa-se que o adolescente teve contra si decretada a internação provisória, sobrevindo sua liberação, tão somente, em decorrência do excesso de prazo para a conclusão do procedimento. Desta forma, tem-se que o fato de ter respondido parte do processo em liberdade não se verificou em razão de sua condição pessoal favorável, mas sim, em decorrência do escoamento do prazo previsto no artigo 183, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

De mais a mais, a confirmação do fato, por sentença, mormente na hipótese dos autos, autoriza o início imediato do cumprimento da medida socioeducativa. O direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da ação, no caso, não tem razão de ser e afronta, em última análise, aos objetivos primordiais da legislação de menores, que tem por norte o princípio da proteção integral, até mesmo porque a hipótese, não se olvide, é de adolescente em evidente e acentuada situação de risco e de vulnerabilidade social.

Acesso ao Sumário

Data venia, aguardar o trânsito em julgado da sentença para dar início ao cumprimento da medida socioeducativa, na hipótese dos autos, equivale a negar ao adolescente o tratamento e acompanhamento de que necessita sob o pretexto de obediência a garantias que não podem ser interpretadas de forma absoluta, vez que a própria legislação processual prevê mecanismos de exceção (*v.g.* a internação provisória, prevista no artigo 108, do ECA).

Por fim, importante frisar que eventual advento da maioridade, por si só, não seria motivação suficiente para impedir o imediato cumprimento da medida

de internação imposta. E isso porque, conforme já deixei assentado em vários julgados, a alegação de que a medida socioeducativa perde seu objeto em razão do advento da maioridade, *data venia*, não vinga, uma vez que o artigo 121, § 5º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, estabeleceu como limite para a execução de medida socioeducativa de internação a idade de 21 (vinte e um) anos. E a norma, ao estabelecer o limite para a medida extrema, evidentemente abrange as demais, sendo todas passíveis de prorrogação até os vinte e um anos de idade do infrator. Não se pode olvidar do caráter predominantemente educativo de todas elas, que objetivam preparar o adolescente recém chegado à maioridade para a idade adulta.

A propósito da questão, oportuno destacar precedente do Egrégio Superior Tribunal de Justiça no sentido de que "a maioridade apenas torna o adolescente imputável, porém, não afasta a possibilidade do prosseguimento do desconto da medida socioeducativa imposta, mesmo quando esta é cumprida em meio aberto" (HC 199378/SP, Relator: Ministro GILSON DIPP, 5ª Turma, julgado em 28/06/2011).

No mesmo sentido: "*HABEAS CORPUS*. ECA. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO A NARCOTRÁFICO. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE LIBERDADE ASSISTIDA. PRETENSÃO DE EXTINÇÃO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA. IMPLEMENTO DA MAIORIDADE CIVIL. IRRELEVÂNCIA. PARECER MINISTERIAL PELA DENEGAÇÃO DO *WRIT*. ORDEM DENEGADA. 1. O Estatuto Menorista traz a previsão, no § 5º do art. 121, de que a medida socioeducativa pode ser estendida até os 21 anos de idade, abarcando, portanto, aquelas hipóteses nas quais o menor cometeu o ato infracional na iminência de completar 18 anos; se assim não fosse, a medida tornar-se-ia inócua, impossibilitando a norma de alcançar seu objetivo precípuo de recuperação e ressocialização do menor. 2. Considerando a interpretação sistêmica da legislação menorista, tem-se que, para efeitos da aplicação da medida socioeducativa, qualquer que seja ela, deve ser considerada a idade do autor ao tempo do fato, sendo irrelevante a implementação da maioridade civil ou penal no decorrer de seu cumprimento, já que, como visto, o limite para sua execução é 21 anos de idade. 3. Parecer ministerial pela denegação do *writ*. 4. Ordem denegada" (HC 190124/SP, Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª Turma, julgado em 05/04/2011).

Meu voto, pois, **nega provimento ao recurso de apelação do adolescente**, e **dá provimento ao recurso do Ministério Público**, determinando a expedição de mandado de busca e apreensão do adolescente para o imediato cumprimento da medida de internação imposta na sentença.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0004590-54.2013.8.26.0005, da Comarca de São Paulo, em que é apelante V.V.C. (MENOR), é apelada MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 6971)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e RICARDO ANAFE (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 24 de agosto de 2015.

CARLOS DIAS MOTTA, Relator

Ementa: MENOR. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Pretendida condenação da Municipalidade ao pagamento de honorários advocatícios em favor da Defensoria Pública. Cabimento. Verba honorária que é devida. Ausência de confusão de credores quando o responsável pelo pagamento dos honorários é o Município. Fixação dos honorários em R$ 700,00, com incidência de correção monetária a contar da data deste julgamento. Inteligência do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil. Apelo provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação interposto em razão da r. sentença de fls. 61/65, que julgou procedente a ação de obrigação de fazer para condenar a Municipalidade a matricular a menor V.V.C. em instituição de ensino infantil, na região de sua residência, até o limite de dois quilômetros, sob pena de multa diária de R$ 100,00. Deixou de condenar o Município nos honorários advocatícios.

Inconformada, apela a menor (fls. 71/80), alegando, em apertada síntese, que: é cabível no caso, a condenação do apelado no pagamento dos honorários sucumbenciais em favor da Defensoria Pública, pois não há qualquer vedação legal à condenação de entes públicos ao pagamento de honorários sucumbenciais; os valores pagos a título de honorários advocatícios têm destinação certa, não

Acesso ao Sumário

integrando os cofres da Fazenda Pública. Deixa prequestionada a matéria.

Não foram apresentadas as contrarrazões de apelação (fls. 90).

A D. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso, fixando-se a verba honorária em um salário mínimo (fls. 106/107).

É o relatório.

O apelo merece provimento para fixar os honorários advocatícios em R$ 700,00, na conformidade dos fundamentos a seguir expostos.

Pelo que se depreende de todo o processado, verifico que a irresignação do apelante se cinge à não condenação do Município ao pagamento dos honorários advocatícios.

Nesse sentido, em relação à condenação do Município ao pagamento de honorários advocatícios em favor da Defensoria Pública, somente pode-se afirmar que a verba honorária é indevida quando ocorre confusão entre credor e devedor, ou seja, pela reunião, na mesma pessoa, das qualidades de credor e devedor. Na hipótese aqui retratada, não há confusão, pois a verba honorária será paga pelo Município de São Paulo.

Confira-se a Súmula 421 do C. Superior Tribunal de Justiça nesse sentido: "*Os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença*".

No mesmo sentido, a jurisprudência deste Tribunal de Justiça:

"*APELAÇÕES CÍVEIS – OBRIGAÇÃO DE FAZER. 1. Pedido de concessão de licença adoção – Cabimento – Menor portador de deficiência mental – Direito consagrado pelo artigo 1º da Lei Municipal nº. 9.919/85, com a redação atribuída pela Lei Municipal nº. 14.872/09 – Honorários advocatícios a cargo do Município vencido – Fixação em favor da Defensoria Pública – Possibilidade – Inexistência de confusão (Súmula 421/STJ) – Procedência da ação – Reforma parcial da sentença. 2. Recurso voluntário do Município de São Paulo não provido; recurso da autora provido*" (Apelação nº 0010855-30.2010.8.26.0053, 12ª Câmara de Direito Público, Rel. Osvaldo de Oliveira, d.j. 27/11/2013).

Desse modo, cabível a fixação dos honorários advocatícios em R$ 700,00, com fundamento no artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil, com incidência de correção monetária a contar da data deste julgamento.

Por fim, fica prejudicado o prequestionamento dos dispositivos legais elencados pela apelante face ao provimento de seu recurso.

Ante o exposto, **dou provimento** ao apelo.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0010755-54.2014.8.26.0047, da Comarca de Assis, em que é apelante PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DE ASSIS, são apelados J.H.G.C. (MENOR) e V.W.L.S. (MENOR).

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso do Ministério Público. Comunique-se ao juízo de origem, para que de imediato expeça-se mandado de busca e apreensão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.925)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e GUERRIERI REZENDE (Decano).

São Paulo, 31 de agosto de 2015.

RICARDO ANAFE, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: Apelação. Ato infracional.

Conduta tipificada no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006 – Sentença que julgou procedente a representação e aplicou aos adolescentes as medidas socioeducativas de liberdade assistida e de prestação de serviços à comunidade – Alegação de desacerto da medida aplicada – Quantidade da droga apreendida e circunstâncias do ato infracional que recomendam a imposição da medida drástica – Admissibilidade de aplicação da medida extrema, ainda que não tenha sido praticado o ato com grave ameaça ou violência – Interpretação sistemática do artigo 122 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA).

Dá-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de apelação interposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face da sentença (fl. 92/93) que julgou procedente a representação oferecida contra os adolescentes J.H.G.C. e V.W.L.S., pela prática de ato infracional equiparado ao delito previsto no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, aplicando-lhes as medidas socioeducativas de liberdade assistida e prestação de

serviços à comunidade.

Sustenta o apelante que a medida aplicada é insuficiente, pois a seu ver, a situação reclama internação, tendo em vista a gravidade do ato infracional praticado, equivalente a crime hediondo (fl. 107/109).

Recebido o recurso e mantida a decisão recorrida (fl. 145), vieram aos autos as contrarrazões (fl. 162/164 e 179/181), opinando a Procuradoria Geral de Justiça pelo provimento do recurso (fl. 185/189).

É o relatório.

2. O recurso merece provimento.

Vale o registro de que ele foi interposto pelo Ministério Público, cujo mérito circunscreve-se à natureza da medida socioeducativa aplicada na sentença, reputada inadequada porque insuficiente.

Transitou em julgado, assim, a parte do pronunciamento jurisdicional que reconheceu a autoria e a materialidade.

Assim e retomando, quanto ao mérito do recurso, a aplicação da medida socioeducativa de liberdade assistida, cumulada com prestação de serviços à comunidade, representou, na verdade, incompreensível tolerância para com os autores de ato infracional gravíssimo.

O artigo 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que a internação pode ser aplicada para quem comete ato infracional com grave ameaça ou violência (inciso I), por reiteração no cometimento de outras infrações graves (inciso II) e por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta (inciso III).

Sabe-se que o tráfico de entorpecentes é equiparado a crime hediondo, não se podendo afastar a ideia de que o adolescente é perigoso ao praticá-lo, pois tem o intuito do lucro fácil, sem esforço, com menosprezo do trabalho honesto, a prejudicar a vida de pessoas indefinidas, com reflexos no seio da comunidade.

A própria Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo tem adotado esse critério (Apelação nº 0038172-39.2009.8.26.0602, Relator Des. Decano, j. 12/07/2010; Apelação nº 9093507-81.2008.8.26.0000, Relator Des. Martins Pinto, j. 25/08/2008).

Também de se considerar que uma vez aplicada a medida de internação, não será afastado o conteúdo da Súmula 492 do Superior Tribunal de Justiça, à medida que é possível considerar não apenas o ato infracional praticado sem violência ou grave ameaça, mas as demais circunstâncias que permearam a conduta infracional, considerando-se, ainda, que as medidas socioeducativas são aplicadas sob inspiração da busca de uma finalidade, consistente na proteção integral ao adolescente em conflito com a lei.

Acesso ao Sumário

De suma importância, ainda, a expressiva quantidade e diversidade das drogas apreendidas (14 pedras de crack, 23 porções de maconha e 32 pinos de cocaína), o que denota o alto grau de envolvimento dos apelados ao meio criminoso, expostos à grave situação de risco, o que recomenda, para a efetiva recuperação, o afastamento dos menores do convívio infracional a que estão habituados.

Os adolescentes, portanto, necessitam de acompanhamento técnico integral, visando orientá-los, para que possam refletir sobre seus atos e corrigirem seus comportamentos para a retomada de valores socialmente aceitáveis.

Nesse passo, em conformidade com o princípio da proteção integral, a medida de internação visa proporcionar reabilitação aos infratores que, como os apelados, não encontraram orientação e mecanismos de contenção suficientes em suas famílias, algo concretizável pelo suporte psicológico, pedagógico e profissionalizante a ser-lhes oferecidos.

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, parágrafos 3º e 5º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Substituo, assim, as medidas socioeducativas de liberdade assistida e prestação de serviços à comunidade, aplicadas aos apelados, pela de internação, sem prazo determinado, anotando-se que a medida será reavaliada, no máximo a cada 06 (seis) meses.

3. À vista do exposto e pelo arrimo esposado, dou provimento ao recurso do Ministério Público.

Comunique-se ao juízo de origem, para que de imediato expeça-se mandado de busca e apreensão.

Acesso ao Sumário

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0016851-95.2015.8.26.0000, da Comarca de Piracicaba, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA DA FAZENDA PÚBLICA DE PIRACICABA, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA CÍVEL DE PIRACICABA.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o conflito e declararam competente o Juízo da Vara da Fazenda Pública da comarca de Piracicaba, suscitante. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.696)**

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, 10 de agosto de 2015.

EROS PICELI, Relator

Ementa: Conflito de competência – ação de execução de título extrajudicial – distribuição ao Juízo Cível – remessa ao Juízo da Fazenda Pública – possibilidade – exequente fundação municipal – competência da vara especializada fixada em razão da pessoa – inteligência do artigo 35 do Código Judiciário do Estado de São Paulo – juízo privativo que não sofre alteração em virtude do teor da matéria debatida – conflito procedente – competência do Juízo da Vara da Fazenda Pública da comarca de Piracicaba, suscitante.

VOTO

Vistos.

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo M. Juiz Wander Pereira Rossette Júnior, da Vara da Fazenda Pública da comarca de Piracicaba, sustentando que a competência para processar a execução de título extrajudicial, ajuizada pela Fundação Municipal de Ensino de Piracicaba – FUMEP contra Thais Martins Silva, pertence ao M. Juiz Marcos Douglas Veloso Balbino da Silva, da 2ª Vara Cível daquela comarca.

Opinou a Procuradoria Geral de Justiça pela procedência do conflito, para que seja declarada a competência do Juízo suscitado, fls. 20/22.

É o relatório.

O conflito negativo de competência está configurado, pois os Juízes declararam-se incompetentes para processar e julgar o processo (art. 115, II, do Código de Processo Civil).

A ação foi originariamente distribuída ao Juízo da 2ª Vara Cível da

Acesso ao Sumário

comarca de Piracicaba que, colacionando decisões proferidas em casos análogos, determinou a redistribuição do feito à Vara da Fazenda Pública de Piracicaba, fls. 12.

Encaminhados os autos, o Juiz da Vara da Fazenda Pública discordou da remessa e suscitou o presente conflito, sob o argumento de que se trata de demanda em que se discute matéria afeta ao direito privado, fls. 2/10.

Respeitado o entendimento contrário, a competência é do Juízo suscitante.

Indiscutível a competência da Vara da Fazenda Pública. Isso porque a competência das varas especializadas nas demandas em que fundações públicas são partes encontra-se determinada no artigo 35 do Código Judiciário do Estado de São Paulo, que tem a seguinte redação:

"**Artigo 35. – Aos Juízes das Varas da Fazenda do Estado compete:**

I – processar, julgar e executar os feitos, contenciosos ou não, principais, acessórios e seus incidentes, em que o Estado e respectivas entidades autárquicas ou paraestatais forem interessados na condição de autor, réu, assistente ou opoente, excetuados:

a) os de falência;

b) os mandados de segurança contra atos de autoridades estaduais sediadas fora da Comarca da Capital;

c) os de acidentes do trabalho.

II – conhecer e decidir as ações populares que interessem ao Estado ou às autarquias e entidades paraestatais; e

III – cumprir cartas precatórias e rogatórias em que seja interessado o Estado.

Parágrafo único. – As causas propostas perante outros juízes, desde que o Estado nelas intervenha como litisconsorte, assistente ou opoente passarão à competência das Varas da Fazenda do Estado."

Ainda que a causa aborde matéria de direito privado, nada obsta a tramitação em Vara da Fazenda Pública, pois a fixação da competência em primeira instância opera-se de maneira distinta do que ocorre em sede recursal.

Acesso ao Sumário

Veja-se a respeito, o acórdão proferido pelo Desembargador Ricardo Anafe, Presidente da Seção de Direito Público, relator do conflito de competência nº 0018386-93.2014.8.26.0000, julgado em 21.7.2014:

"**Com efeito, deve-se atentar para o fato de que os critérios que definem a competência da Vara da Fazenda Pública – primeiro grau de jurisdição – são diversos e não se confundem com os critérios que definem a competência da Seção de Direito Público – segundo grau de jurisdição.**

A competência da Vara da Fazenda Pública – primeiro grau de

jurisdição – é ditada no artigo 35 do Código Judiciário do Estado de São Paulo e dá-se pela qualidade da parte, enquanto a competência da Seção de Direito Público – segundo grau de jurisdição – vem disciplinada na resolução nº 623/2013 do Colendo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e dá-se pela natureza da matéria".

Nesse sentido, também é o entendimento desta Câmara Especial:

"**CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Execução de título extrajudicial proposta por fundação municipal buscando mensalidades escolares inadimplidas. Matéria de direito privado. Irrelevância. Competência da Vara da Fazenda Pública, que se estabelece 'ratione personae', à luz do disposto no art. 35, I, do Decreto-Lei Complementar nº 03/1969. Precedentes desta Corte. Conflito julgado procedente para declarar competente o Juízo suscitante.**" **(Conflito de Competência nº 0070149-36.2014.8.26.0000, relator Desembargador Pinheiro Franco, Presidente da Seção de Direito Criminal, julgado em 2.3.2015)**

"**Conflito de Competência – Ação de execução de título extrajudicial – Competência do juízo privativo que se estabelece em razão da natureza pública do ente, independentemente do direito versado – Inteligência do artigo 35, I do Código Judiciário do Estado de São Paulo – Competência do suscitante**". **(Conflito de Competência nº 0069585-57.2014.8.26.0000, relator Juiz Marcelo Gordo, julgado em 23.2.2015).**

Desse modo, considerando ser a exequente fundação pública municipal e que, em primeiro grau de jurisdição, a competência para o processamento é determinada em razão da pessoa, competente a vara especializada.

Do exposto, julga-se procedente o conflito e declara-se competente o Juízo da Vara da Fazenda Pública da comarca de Piracicaba, suscitante.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0026892-24.2015.8.26.0000, da Comarca de São Vicente, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 5ª VARA CÍVEL DE SÃO VICENTE, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA CÍVEL DE POÁ.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o conflito negativo de competência e declararam competente o MM. Juízo de Direito da 1ª Vara Cível de Poá, ora suscitado, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que

Acesso ao Sumário

integra este acórdão. **(Voto nº 6912)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e RICARDO ANAFE (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 24 de agosto de 2015.

CARLOS DIAS MOTTA, Relator

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação de repetição de indébito. Ajuizamento da demanda perante o foro do domicílio da empresa ré. Previsão normativa que faculta ao autor a escolha entre o foro de seu domicílio e o do domicílio da empresa ré. Declinação de ofício pelo Magistrado. Impossibilidade. Incidência da Súmula nº 77 deste E. TJ/SP. Precedentes desta C. Câmara Especial. Conflito julgado procedente para declarar a competência do MM. Juízo suscitado.

VOTO

Vistos.

Cuida-se de conflito negativo de competência entre os MMs. Juízes de Direito da 5ª Vara Cível de São Vicente (suscitante) e da 1ª Vara Cível de Poá (suscitado).

Divergem os Magistrados acerca da competência para julgamento da ação de repetição de indébito de tarifas cobradas por ocasião de celebração de contrato de financiamento de veículo automotor, proposta por A.S. em face de Banco Itaucard S/A (fls. 04/10).

A ação foi livremente distribuída perante o r. Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Poá, que declinou de sua competência, determinando a redistribuição do feito a uma das Varas Cíveis da Comarca de São Vicente, por se tratar do foro do domicílio do autor (fls. 11/13).

Redistribuído livremente ao MM. Juízo da 5ª Vara Cível da Comarca de São Vicente, o Magistrado recusou igualmente sua competência e suscitou o presente (fls. 02/03).

Designado o MM. Juízo suscitado para apreciar e resolver as medidas urgentes (fls. 15).

A D. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo acolhimento do conflito, para declarar a competência do MM. Juízo suscitado (fls. 19/20).

É o relatório.

Acesso ao Sumário

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 de repetição de indébito de tarifas cobradas por ocasião de celebração de contrato de financiamento de veículo automotor.

A competência para o julgamento da ação é do MM. Juízo suscitado, como se verá.

Cinge-se a controvérsia à prerrogativa conferida ao consumidor de escolha entre o foro de seu domicílio ou o do domicílio da empresa ré para a propositura da demanda em que pretende indenização oriunda de ação de repetição de indébito de tarifas cobradas por ocasião de celebração de contrato de financiamento de veículo automotor.

De fato, a lei confere ao consumidor a prerrogativa de escolher livremente entre o foro de seu domicílio e o do domicílio do réu para a propositura da demanda.

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 – 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 de repetição de indébito de tarifas cobradas por ocasião de celebração de contrato de financiamento de veículo automotor, o **MM. Juízo de Direito da 1ª Vara Cível de Poá**, ora **suscitado**.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 2076828-81.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são suscitantes ABDALLA KHAMIS e OLGA HADDAD KHAMIS, são suscitados MM. JUIZ

DE DIREITO DA 1ª VARA CÍVEL DO FORO REGIONAL DO JABAQUARA e MM. JUIZ DE DIREITO DA 33ª VARA CÍVEL DA CAPITAL.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram do recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.311)**

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, 14 de setembro de 2015.

GUERRIERI REZENDE, Decano e Relator

Ementa: Conflito de Competência – Ação ordinatória de anulação de ato jurídico proposta perante a 33ª Vara Cível Central – Pretensão de reconhecimento exclusivo desta para todas as demandas, inclusive para a ação de execução de título extrajudicial ajuizada em desfavor dos suscitantes perante a 1ª Vara Cível do Foro Regional do Jabaquara – Inexistência, *in casu*, de conflito entre os Juízos suscitados – Inocorrência das hipóteses previstas no artigo 115 do Código de Processo Civil – Ressalte-se, por oportuno, o trânsito em julgado da ação de execução – Por fim, cumpre registrar que este incidente não pode ser usado como sucedâneo recursal – Conflito de competência não conhecido.

VOTO

Trata-se de conflito de competência, com liminar, em que são suscitantes Abdalla Khamis e Olga Haddad Khamis e suscitados o Juízo de Direito da 33ª Vara Cível do Foro Central e o Juízo da 1ª Vara Cível do Foro Regional do Jabaquara, ambos da Comarca da Capital.

Consta da inicial que o Sr. José Quadrado Esteves promoveu ação de execução de título extrajudicial em desfavor dos ora suscitantes (Processo nº 0214229-80.1997.8.26.0003, 1ª Vara Cível do Foro Regional do Jabaquara).

Prosseguem os suscitantes sustentando, em apertada síntese que:

(a) A aludida demanda está lastreada por instrumento particular de confissão de dívida e outras avenças (viciado e, por conseguinte, nulo), firmado pelas partes acima mencionadas;

Acesso ao Sumário

(b) No curso da mencionada ação de execução, não foram opostos embargos de devedor, mas, sim, objeção de pré-executividade, na qual foi arguida a questão de ordem pública e a nulidade absoluta do título executivo, sendo que referida exceção foi rejeitada sem apreciação de mérito pelo julgador monocrático, que entendeu ser protelatória a iniciativa, considerando que a matéria arguida naqueles autos dependia de ampla produção de provas;

(c) O curso da demanda executiva prosseguiu, e em 27.03.2013 o exequente produziu a adjudicação do imóvel penhorado nos autos;

(d) Após, o Juiz da Execução determinou, em 28.07.2014, a realização de penhora no rosto dos autos da ação de desapropriação (em trâmite perante o Juízo da 6ª Vara da Fazenda Pública do Estado de São Paulo, Processo nº 0002234-44.2010.8.26.0053), em que figuram como partes a Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo e os ora suscitantes;

(e) Em 5 de agosto de 2014, os suscitantes propuseram, em desfavor de José Quadrado Esteves, ação ordinária de anulação de ato jurídico, em trâmite na 33ª Vara Cível do Foro Central, com pedido de tutela parcial, para suspender a eficácia do instrumento de confissão e reconhecimento de dívida, quando se alegou que a ação de execução seria nula de pleno direito, haja vista que o título exequendo (instrumento de confissão de dívida) provém de empréstimo ilegal, levado a efeito mediante a aplicação de juros onzenários;

(f) Nos autos da 33ª Vara Cível do Foro Central da Capital, fora proferida medida cautelar incidental determinando a suspensão do levantamento de quaisquer valores nos autos do processo em trâmite na 1ª Vara Cível do Foro Regional do Jabaquara;

(g) A decisão acima transcrita continua em vigor, visto que não foi revogada quer pelo Juízo que a proferiu ou por ordem do E. Tribunal de Justiça; não obstante, em 22.04.2015, o MM. Juízo de Direito da 1ª Vara Cível do Foro Regional do Jabaquara determinou a expedição do mandado de levantamento judicial em favor do exequente;

Requerem os suscitantes o reconhecimento da competência exclusiva do r. Juízo da 33ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Capital, com declaração de nulidade de todas as decisões judiciais proferidas que versem sobre atos de execução e especialmente em relação a expedição de mandado de levantamento.

Pretendem, finalmente, seja determinada a imediata suspensão de todo e qualquer ato de execução, e em especial em relação à expedição e levantamento do mandado, designando-se o Juiz da 33ª Vara Cível do Foro Central da Capital para apreciação de medidas urgentes (fls. 1/6).

A providência cautelar restou indeferida, bem como o pedido de reconsideração (fls. 333/336 e 348/350), sobrevindo então parecer da D.

Acesso ao Sumário

Procuradoria Geral de Justiça pelo não conhecimento do incidente (fls. 362/364).

É o breve relatório.

Desde logo, ressalte-se que em que pesem as alegações expendidas pelos combativos causídicos, verifica-se, *ictu oculi*, inexistir conflito de competência ente os Juízos suscitados. Em outras palavras, na hipótese ora *sub judice*, verifica-se que nenhuma das autoridades judiciárias envolvidas manifestou-se expressamente a respeito de sua competência ou não para julgar a demanda e, também, não houve controvérsia acerca da reunião ou separação dos processos. O que se verifica, de fato, é a atuação de que cada Juízo suscitado exerceu em seu âmbito.

O Código de Processo Civil, em seu artigo 115, dispõe, em seus incisos, os casos em que se configura a existência de conflito de competência:

'*I – quando dois ou mais juízes se declaram competentes;*

II – quando dois ou mais juízes se consideram incompetentes;

III – quando entre dois ou mais juízes surge controvérsia acerca da reunião ou separação de processos.'.

A toda evidência, não restou delineada a ocorrência de quaisquer dos requisitos elencados nos dispositivos acima transcritos.

Releva-se inviável, também, cogitar-se em junção dos autos da ação de execução e da ação de anulação de ato jurídico, pelo fato de já encontrar-se findo o primeiro feito (fls. 149).

Em suma, não pode este incidente ser utilizado como sucedâneo recursal ou, em outras palavras, ele não se presta a resolver questões que deviam ser dirimidas pelas vias ordinárias, havendo a necessidade, destarte, que as autoridades judiciárias envolvidas tivessem se manifestado expressamente sobre a competência para a controvérsia, o que não ocorreu. Este o entendimento das Egrégias Cortes Superiores (C.C. nº 41.566 – STJ, rel. Min. Francisco Peçanha Martins; C.C. nº 40.346 – STJ, rel. Min. Castro Meira e C.J. nº 6.629 – STF, rel. Min. Sidney Sanches).

Acesso ao Sumário

Cumpre registrar que '*não há conflito de competência se um juiz recusa dar cumprimento a decisão de outro, por entendê-la ilegal: sustada a praça, e não sendo o MM. Juiz do processo obrigado a cumprir a exigência do juiz suscitado, a parte interessada terá que se valer dos meios judiciais adequados para obter, do órgão competente de segunda instância, a decisão que ponha fim ao impasse*' (RJTESP 110/409).

Ademais, e conforme consta de recente esclarecimento do Juízo da 33ª Vara Cível, não houve conflito de competência e, tampouco, controvérsia sobre a necessidade de reunião dos processos para julgamento em conjunto (fls. 357). O outro Juízo suscitado, por sua vez, informou que foi determinado o

levantamento da importância depositada não só por não ter havido interposição de recurso, mas também porque a decisão prolatada pelo Juízo da 33ª Vara Cível não tem o condão de reformar decisões já transitadas em julgado.

Neste sentido o judicioso parecer da D. Procuradoria Geral de Justiça: '*de rigor o não conhecimento do presente incidente, porquanto não há caracterização de conflito, não sendo esse o instrumento hábil para a revisão de decisões judiciais, com trânsito em julgado.*'.

Do exposto, **não conheço o conflito de competência**.

Conflitos de Jurisdição

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Jurisdição nº 0035471-58.2015.8.26.0000, da Comarca de Guarulhos, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 6ª VARA CRIMINAL DA GUARULHOS, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DO DEPARTAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL DA CAPITAL – DIPO 4.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o presente conflito, declarando competente o juízo suscitado (MM. Juiz de Direito do Departamento de Inquéritos Policiais da Capital – DIPO). V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.690)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e RICARDO ANAFE (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 24 de agosto de 2015.

PINHEIRO FRANCO, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: Conflito Negativo de Jurisdição. Inquérito policial iniciado na Comarca de Guarulhos. Identificação de participantes de suposta quadrilha, especializada em furtos e receptações de veículos, através de interceptações telefônicas. Correta remessa dos autos do procedimento administrativo para o

Acesso ao Sumário

DIPO. Provável quadrilha que se encontra fixada na Comarca da Capital, onde residem e atuam seus integrantes. Estabelecimentos envolvidos igualmente localizados na Capital. Competência que deve ser estabelecida no local onde os crimes efetivamente ocorreram. Inteligência do artigo 70, do CPP. Conflito procedente. Competência do juízo suscitado.

VOTO

Cuida-se de conflito negativo de jurisdição suscitado pelo MM. Juiz de Direito da 6ª Vara Criminal de Guarulhos em face da MM. Juíza Auxiliar do DIPO 4, que não aceitou a remessa de ação cautelar de quebra de sigilo telefônico, inicialmente processada e posteriormente remetida pelo juízo suscitante, com fundamento no artigo 83, do Código de Processo Penal.

Sustenta o suscitante que as interceptações telefônicas realizadas em razão de investigação iniciada a partir de auto de prisão em flagrante, relativo a crime que não é objeto de investigação no inquérito policial referente a estes autos, foi concluída, com identificação de vinte e seis suspeitos, residentes em São Paulo, tendo a Autoridade Policial representado pela decretação de prisão temporária de todos, bem como pelo deferimento de buscas em trinta e três endereços, em São Paulo. Aduz ainda que, o disposto no artigo 83 do Código de Processo Penal refere-se à competência por prevenção em juízos da mesma jurisdição, sendo assim, inaplicável ao presente caso. Conclui ser inviável investigar e processar em Guarulhos quadrilha fixada em São Paulo, tendo como objeto crimes consumados predominantemente em São Paulo, entre outros Municípios, exceto Guarulhos.

Processado o incidente, nomeou-se o Juízo suscitante para apreciar e decidir questões urgentes (fls. 897/898).

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência do conflito, a fim de que se declare a competência do Juízo Suscitado (fls. 901/906).

É o relatório.

Presentes os requisitos de admissibilidade, impõe-se o conhecimento do presente conflito de jurisdição.

No mérito, verifica-se que nos autos do inquérito policial nº (...) – (...) DP – Guarulhos, em trâmite perante o Juízo da 6ª Vara Criminal de Guarulhos, foram deferidas interceptações telefônicas, que identificaram participantes de suposta quadrilha especializada em furtos e receptações de veículos.

Observa-se que os investigados são residentes na Capital e além de estarem exercendo aqui suas atividades, também foram localizados neste lugar os prováveis estabelecimentos que realizam "desmanche" dos veículos

Acesso ao Sumário

subtraídos.

O suscitante sustenta que as interceptações telefônicas foram deferidas em Guarulhos por ter a investigação se iniciado naquela cidade e que não se aplica a prevenção ao presente caso porque as investigações atuais não identificaram atividade criminosa da quadrilha na Comarca de Guarulhos.

O suscitado entende que deve prevalecer o critério da prevenção.

Assiste razão ao Juízo suscitante.

Com efeito, dispõe o artigo 70, do Código de Processo Penal, que é competente para julgar a ação penal o juiz do lugar em que a infração se consumar.

No caso presente, muito embora a investigação tenha se iniciado na Comarca de Guarulhos, por força de uma tentativa de furto, a suposta quadrilha encontra-se fixada na Comarca de São Paulo, onde residem e atuam seus integrantes. Além disso, os estabelecimentos envolvidos também estão localizados na Capital.

Relevante ressaltar ainda que o relatório policial (fls. 861) descreve que os furtadores costumam levar os veículos subtraídos para as proximidades de suas residências, onde são estacionados e ficam aguardando, para assegurar que não há sistema de rastreamento no veículo.

Finalmente, conforme bem salientou o douto Procurador de Justiça "É salutar que haja a estabilização da demanda, fixando-se a competência do local onde os crimes, efetivamente ocorreram, inclusive facilitando o processamento da persecução criminal".

Isto posto, julgo procedente o presente conflito, **declarando competente o juízo suscitado (MM. Juiz de Direito do Departamento de Inquéritos Policiais da Capital – DIPO).**

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2109185-17.2015.8.26.0000, da Comarca de Franco da Rocha, em que é impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e paciente J.P.C. (MENOR).

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo,

Acesso ao Sumário

proferir a seguinte decisão: "Denegaram a ordem. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.280)**

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, 10 de agosto de 2015.

GUERRIERI REZENDE, Decano e Relator

Ementa: *HABEAS CORPUS* – Menor inserido na medida socioeducativa de internação, pela prática de ato infracional equiparado ao crime descrito no artigo 33, "caput", da Lei nº 11.343/06. Alegação de ausência de violência no tráfico e de ofensa ao disposto no inciso II do artigo 49, da Lei nº 12.594/12 (SINASE). Inocorrência do constrangimento ilegal. Questão relativa à custódia do menor em local distante de sua família que se encontra minimizada pela portaria normativa 162/09 da Fundação Casa. Precedente. Infração grave equiparada a crime hediondo. Ordem denegada.

VOTO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pela Defensora Pública, Doutora H.L.O., em favor do adolescente J.P.C., sustentando, em suma, a ilegalidade da sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da Infância e da Juventude da Comarca de São José do Rio Pardo, que aplicou ao menor medida socioeducativa de internação, sem prazo determinado, pela prática de ato infracional equiparado ao delito descrito no artigo 33, "caput", da Lei nº 11.343/06. Alega a impetrante, em apertada síntese, que, a despeito de o adolescente e sua família residirem no município de São José do Rio Pardo, aquele cumpre medida de internação na Fundação Casa localizada em Rio Negro, a demonstrar ofensa ao disposto no inciso II do artigo 49, da Lei nº 12.594/12 (SINASE). Alega que a desvinculação do contexto familiar e de sua comunidade apenas agrava sua exclusão social e vulnerabilidade. Nada obstante, acrescenta que a infração perpetrada não se amolda às hipóteses previstas no artigo 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente e que não se pode impor ao adolescente medida mais gravosa do que seria imposta ao adulto, em condições semelhantes, tudo a autorizar a inserção do ora paciente em medida necessariamente em meio aberto. Requer, liminarmente, a imediata colocação do paciente em liberdade e,

Acesso ao Sumário

ao final, a concessão da ordem, a fim de determinar a substituição da medida de internação por outra necessariamente em meio aberto (fls. 1/9).

A liminar foi negada (fls. 18/19), foram prestadas as informações (fls. 24/25) e, nesta instância, a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou, preliminarmente, pelo não conhecimento do presente *writ* e, quanto ao mérito, pela denegação da ordem (fls. 41/50).

É o relatório.

Consabido é que o *habeas corpus* é a ação constitucional própria para a tutela da liberdade de locomoção dos indivíduos em face de eventuais constrangimentos ilegais ou arbitrários, o que significa, então, que a finalidade precípua do referido remédio constitucional é a proteção do direito de ir e vir das pessoas perante a ilegalidade e o abuso de poder, e não a reanálise de aspectos fáticos e jurídicos já apreciados por decisão judicial. Em verdade, a pretensão de rediscutir tais aspectos somente será oportunizada pela interposição do recurso cabível à espécie. O *habeas corpus*, portanto, não é sucedâneo de recurso.

Há precedentes do Colendo Supremo Tribunal Federal (Medida Cautelar no Mandado de Segurança nº 28.524/DF – decisão de 22/12/2009, DJE nº 19, divulgado em 01/02/2010, Rel. Ministro Gilmar Mendes e HC nº 104.767/BA, DJ 17/08/2011, Rel. Min. Luiz Fux) nos quais se firmou o entendimento da "*inadequação da via do habeas corpus para revolvimento de matéria de fato já decidida por sentença e acórdão de mérito e para servir como sucedâneo recursal*" (STJ – HC 222.217/SC – 5ª Turma – rel. Min. Gilson Dipp – J. 12.6.2012).

Por essa razão, a análise, no caso, compreende somente a questão da ocorrência de eventual ilegalidade da sentença, que venha a violar o direito de liberdade do paciente.

O *habeas corpus*, no entanto, não reúne condições de ser acolhido, visto que a r. decisão hostilizada está bem fundamentada preenchendo os requisitos legais de validade.

Com efeito, estabelece o inciso II do artigo 49 da Lei nº 12.594/12 que:

"*Art. 49. São direitos do adolescente submetido ao cumprimento de medida socioeducativa, sem prejuízo de outros previstos em lei:*

(...)

II – ser incluído em programa de meio aberto quando inexistir vaga para o cumprimento de medida de privação de liberdade, exceto nos casos de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa, quando o adolescente deverá ser internado em Unidade mais próxima de seu local de residência".

Ab initio, não se pode afastar a ideia de que a infração análoga ao crime

Acesso ao Sumário

de tráfico de drogas é equiparada a crime hediondo e põe em risco a saúde pública, a justificar a imposição da medida extrema, a qual, neste momento, melhor atende ao caso, não havendo como negar a violência na conduta, nos termos do artigo 122, inciso I, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Induvidoso, portanto, que o tráfico ilícito de drogas, pela sua própria natureza, produz grave ameaça ou violência à pessoa, sobretudo à coletividade. Assim, é de rigor o afastamento do menor do convívio social, para o fim de ressocializá-lo.

Neste sentido, a própria Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo tem adotado esse entendimento: Apelação nº 001163-94.2010.8.26.0606, Relator Des. Presidente da Seção de Direito Privado, j. 27/09/2010; Apelação nº 0038172-39.2009.8.26.0602, Relator Des. Decano, j. 12/07/2010; Apelação nº 9093507-81.2008.8.26.0000, Relator Des. Martins Pinto, j. 25/08/2008.

Na verdade, ao dispor, no artigo 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que a medida de internação só poderá ser aplicada quando se tratar de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa (inciso I) ou por reiteração no cometimento de outras infrações graves (inciso II), o que fez o legislador foi possibilitar a aplicação da medida socioeducativa de internação para todos os casos de atos infracionais revestidos de gravidade. E, o tráfico ilícito de entorpecentes reveste-se de tamanha gravidade que foi incluído entre os crimes de caráter hediondo (artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal e artigo 2º da Lei 8.072/90).

A propósito, Vicente Greco Filho, ao comentar o delito, verbera que "*o bem jurídico protegido pelo delito é a saúde pública. A deterioração causada pela droga não se limita àquele que a ingere, mas põe em risco a própria integridade social*" (Tóxicos – Prevenção – Repressão, SP, Saraiva, 1995, 10ª edição, pág. 83).

De igual modo não se vislumbra constrangimento ilegal pelo simples fato de o menor se encontrar custodiado em local distante de seus familiares, uma vez que, como bem lembrado pelo eminente desembargador Eros Piceli, "*o problema foi minimizado pela portaria normativa 162/09 da Fundação Casa que concede verba, a título de auxílio financeiro, para despesas decorrentes do deslocamento dos familiares, a fim de evitar a quebra do vínculo afetivo de adolescentes que cumprem medida fora da comarca de origem. No mais, a mera inexistência de unidade próxima à residência do menor não pode servir de obstáculo para o cumprimento da medida aplicada, que é necessária*" (*Habeas Corpus* nº 2222393-13.2014.8.26.0000, j. 30.3.2015).

Acesso ao Sumário

Nesse sentido também:

"*Conduta tipificada no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/2006 – Sentença*

que julgou procedente a representação e aplicou ao adolescente medida socioeducativa de internação – Alegação de ofensa ao princípio da legalidade e ao disposto no artigo 49, inciso II da Lei nº 12.594/2012 – Admissibilidade da aplicação da medida extrema, ainda que não tenha sido praticado o ato com grave ameaça ou violência – Inexistência de unidade de internação na Comarca de residência do menor que não pode justificar a liberação ou atenuação da medida – Previsão de auxílio financeiro para deslocamento da família – Inexistência de ilegalidade" (Habeas Corpus nº 2060090-18.2015.8.26.0000, Rel. Des. Ricardo Anafe, Presidente da Seção de Direito Público, j. 18.5.2015).

Pelo exposto, denega-se a ordem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2008393-55.2015.8.26.0000, da Comarca de Batatais, em que é impetrante B.C.S. e paciente B.S.L.S.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a ordem. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32382)**

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, 31 de agosto de 2015.

ARTUR MARQUES, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: *HABEAS CORPUS*. INFÂNCIA E JUVENTUDE. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES COM APLICAÇÃO DE MEDIDA DE INTERNAÇÃO. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DO ARTIGO 122, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, EM CONJUNTO COM OS ARTIGOS 6º, 112 E 121, TODOS DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL GRAVE, EQUIPARADO A HEDIONDO. MEIO DELITIVO

Acesso ao Sumário

QUE EXPÕE O ADOLESCENTE À VIOLÊNCIA FÍSICA E PSICOLÓGICA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. PRECEDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – ORDEM DENEGADA.

VOTO

1. Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado com fundamento em constrangimento ilegal suportado pelo adolescente diante da r. decisão que decretou a internação do jovem sob a imputação de ato infracional equiparado ao delito de tráfico ilícito de entorpecente. Sustenta o impetrante, em suma, a impossibilidade de aplicação de tal medida, pois sem amparo em quaisquer das hipóteses do artigo 122, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Assim, pugna pela concessão da ordem.

A liminar foi indeferida e com parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça pela denegação da ordem.

Este é o relatório.

2. A internação em razão da prática de ato infracional equiparado ao crime de tráfico de substância entorpecente deve ser analisada sob a ótica do artigo 122, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que traça requisitos para sua decretação.

Não se olvida a existência de entendimento em sentido restritivo do Superior Tribunal de Justiça, consolidado na Súmula 492, nos seguintes termos: "*o ato infracional análogo ao tráfico de drogas, por si só, não conduz obrigatoriamente à imposição de medida socioeducativa de internação do adolescente*".

De fato, deve haver interpretação sistemática do artigo 122, do Estatuto da Criança e do Adolescente, observados os princípios que regem o Direito da Infância e Juventude.

Estabelece o artigo 6º, do Estatuto da Criança e do Adolescente que "*na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e* ***a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento***".

Por sua vez, o artigo 121, do Estatuto da Criança e do Adolescente, prevê os princípios que regem a medida de internação: *brevidade,* ***excepcionalidade*** *e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento*.

O reconhecimento de que crianças e adolescentes são indivíduos em desenvolvimento norteia o escopo da aplicação de todas as medidas socioeducativas. A prática de ato infracional exige uma resposta educativa do Estado e não uma resposta retributiva. Ao se reconhecer que os adolescentes

infratores são indivíduos em formação e que precisam ser orientados, a medida socioeducativa deve ser escolhida dentre aquelas previstas no rol do artigo 112, do Estatuto da Criança e do Adolescente, levando-se em conta a "*sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração (artigo 112, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente)*."

Veja-se que a adolescência é período conturbado para a formação do caráter de um ser humano. Segundo a psicóloga Selma Regina Aragão, adolescência aponta para um período "*caracterizado psicologicamente por intensos processos conflituosos e persistentes esforços de auto-afirmação. Corresponde à fase de absorção dos valores sociais e elaboração de projetos que impliquem plena integração social*." ("Direitos humanos: algumas considerações sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente", p. 50).

A prática de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes expõe o adolescente à violência física e psicológica do meio delitivo, justamente no período de formação de sua personalidade em que deveria assimilar valores socialmente positivos.

Diante dessa vulnerabilidade, a internação pode ser a única medida adequada para a sua ressocialização (artigo 122, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente), observada a capacidade do adolescente em cumpri-la, anotado *in casu* ter sido o adolescente apreendido na posse de cocaína, crack, maconha e até LSD, em quantidades razoáveis, além de dinheiro, não se olvidando por fim também terem sido apreendidos consigo caderno de contabilidade do tráfico de drogas, além de diversas cápsulas plásticas comumente utilizadas para o embalo de drogas, constando expressamente da r. sentença ostentar o adolescente antecedentes infracionais, não dispondo também o adolescente de estrutura familiar apta a lhe impor limites.

Desta forma, justificada está a excepcionalidade prevista em Lei, sendo de rigor, pois, a manutenção da internação do paciente.

3. Ante o exposto, **denego a ordem**.

Acesso ao Sumário

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0030776-22.2013.8.26.0068, da Comarca de Barueri, em que é apelante GETE GERENCIADORA DE TERRAS DE SANTANA DO PARNAÍBA LTDA., é apelado OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS E ANEXOS DA COMARCA DE BARUERI.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.227)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (PRESIDENTE), EROS PICELI, GUERRIERI REZENDE, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO e RICARDO ANAFE.

São Paulo, 2 de setembro de 2015.

ELLIOT AKEL, Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – LOTEAMENTO – INADIMPLEMENTO – CANCELAMENTO – PAGAMENTO DE MAIS DE UM TERÇO DO VALOR AJUSTADO – NOVO REGISTRO QUE DEPENDE DE PROVA DA RESTITUIÇÃO, PELO VENDEDOR, AO TITULAR DO REGISTRO CANCELADO DO VALOR PAGO POR ESTE ÚLTIMO – ART. 35, DA LEI Nº 6.766/79 – IMPOSSIBILIDADE DE DISCUSSÃO, NA ESFERA JUDICIAL, DA VALIDADE DE REFERIDA NORMA FRENTE AO CONTRATO FIRMADO ENTRE AS PARTES – DÚVIDA PROCEDENTE – RECURSO NÃO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelação interposta por GETE GERENCIADORA DE TERRAS DE SANTANA DO PARNAÍBA LTDA. objetivando a reforma da r. decisão de fls. 87/88, que manteve a recusa do Oficial de Registro de Imóveis e Anexos da Comarca de Barueri, referente ao registro do instrumento particular

de compromisso de compra e venda cujo objeto é o lote nº 39, da Quadra C, do Loteamento Residencial Quintas do Ingaí, descrito na matrícula nº 136.545.

Alega a recorrente a possibilidade, mediante contrato, de retenção de valores pela loteadora em caso de inadimplemento do comprador, o que afasta a incidência do art. 35, da Lei nº 6.766/79.

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (fls. 110/112).

É o relatório.

A sentença, em que pesem os bem lançados argumentos da apelante, não merece reforma.

De acordo com o art. 35, da Lei nº 6.766/79, ocorrendo o cancelamento do registro do contrato, por exemplo, de compromisso de compra e venda do lote, e tendo havido o pagamento de mais de ⅓ do preço ajustado, o registrador, depois de mencionar este fato no ato do cancelamento e a quantia paga, só efetuará novo registro relativo ao mesmo lote se for comprovada a restituição do valor pago pelo vendedor ao titular do registro cancelado, ou mediante depósito em dinheiro à sua disposição junto ao Registro de Imóveis.

Trata-se de norma em vigor, sem declaração de inconstitucionalidade, de modo que o registrador, em obediência ao princípio da legalidade, deve observá-la.

No caso em exame, o imóvel foi prometido à venda a Antonio Ferreira Viana e Luciana Abiuzu, conforme se vê do R.02, da matrícula nº 136.545 (certidão anexa a este voto). O registro nº 2 foi cancelado pela Av. 03, oportunidade em que o registrador consignou a mora dos compromissários compradores, anotando que a importância por eles paga correspondia a mais de ⅓ do valor ajustado para a aquisição.

Agora, pretende a apelante registrar novo compromisso de compra e venda, o que foi negado pelo registrador porque não atendido o art. 35, da Lei nº 6.766/79.

É certo que o contrato firmado entre a apelante e os primeiros compradores prevê cláusula penal, com base no art. 53, do CDC, dispondo sobre retenção de valores em caso de rescisão por inadimplemento dos compradores (cláusula 4.4 – fl. 32).

Contudo, não há como, no restrito âmbito desta esfera administrativa, cuja decisão sequer faz trânsito em julgado material entre as partes, decidir a respeito da validade de referida cláusula frente à legislação vigente.

Somente na esfera jurisdicional poderá a apelante discutir e tentar obter o afastamento do art. 35, da Lei nº 6.766/79, para que o registro do novo contrato não seja mais obstado.

Acesso ao Sumário

Assim, porque baseada no princípio da legalidade, a recusa do Registrador deve ser mantida.

É neste sentido, ainda, o respeitável parecer da D. Procuradoria Geral de Justiça.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1046426-59.2014.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante VERA LÚCIA RODRIGUES BARBOSA, é apelado 6º OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS DA COMARCA DA CAPITAL.

ACORDAM, em Conselho Superior de Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, V.U. DECLARA VOTO O DES. JOSÉ RENATO NALINI.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.220)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (PRESIDENTE), EROS PICELI, GUERRIERI REZENDE, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO e RICARDO ANAFE.

São Paulo, 2 de setembro de 2015.

ELLIOT AKEL, Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – CARTA DE SENTENÇA – PARTILHA DE BENS – IMÓVEL PARTILHADO JÁ USUCAPIDO POR TERCEIROS – MATRÍCULA ORIGINAL ENCERRADA – DÚVIDA JULGADA PROCEDENTE – RECURSO NÃO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de apelação interposta contra decisão que julgou procedente a dúvida e negou registro a carta de adjudicação, expedida em autos de separação consensual que tramitou perante a 1ª Vara de Família e Sucessões do Foro Regional de Vila Prudente, referente ao imóvel de nº 287 da Avenida Jacinto Menezes Palhares, matriculado sob o nº 14.213, e isso porque a referida matrícula foi encerrada por força de mandado de usucapião expedido nos autos de ação julgada procedente em favor de Diogo Ávila Garcia e sua mulher Ivanir

Giglio Garcia, dando origem a nova matrícula, de nº 143.365.

Alega, a recorrente, que o encerramento da matrícula nº 14.213 e a abertura da nova matrícula foram realizadas em desobediência à sentença de usucapião, o que ensejaria o cancelamento de referidas inscrições e o consequente registro da carta de adjudicação (fls. 323/326).

A Procuradoria Geral de Justiça opina pelo não provimento do recurso (fls. 336/338).

É o relatório.

Extrai-se dos autos que a recorrente Vera pretende o registro de carta de sentença pela qual lhe coube, na partilha de separação consensual, o imóvel de matrícula nº 14.213, antigo lote 29-A da quadra C do Jardim Independência, Vila Ema, Subdistrito de Vila Prudente (fl. 250).

Como se constata pela Av.7/M.14.213, contudo, o imóvel foi usucapido por Diogo Ávila Garcia e Ivanir Giglio Garcia (fl. 251).

A sentença de usucapião determinou a abertura de nova matrícula, que recebeu o nº 143.365. Da simples leitura da sentença se verifica, sem sombra dúvida, que o imóvel usucapido foi mesmo o da antiga matrícula nº 14.213, referente ao lote 29-A, atual nº 287 da Av. Jacinto Menezes Palhares (fls. 257/260).

Não houve equívoco por parte do registrador, pois.

Conforme se depreende da decisão, Diogo Ávila Garcia e sua esposa estão na posse mansa e pacífica do imóvel de nº 287 da Av. Jacinto Menezes Palhares há mais de quarenta anos.

Uma imobiliária teria compromissado a venda do lote 29-A a Diogo Ávila Garcia e esposa, após já tê-lo alienado aos antecessores de David Rodrigues Barbosa e Vera Lúcia. Esses antecessores acabaram ocupando o lote 29-B. Diogo e esposa, então, promoveram ação de usucapião da área que ocupavam, referente ao imóvel de nº 287, matrícula nº 14.213, eventualmente encerrada para a abertura da nova matrícula sob o nº 143.365.

Não há, portanto, Vera obter agora o registro do título referente ao imóvel de matrícula nº 14.213.

Restaria à interessada a ação de usucapião do imóvel da matrícula nº 111.574, o qual ainda está formalmente em nome de Diogo e esposa, apesar de ser referente ao lote 29-B, ocupado por David e Vera.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR

(Voto nº 21.669)

Acesso ao Sumário

Vistos, etc.

Meu voto acompanha a posição esposada pelo Eminente Corregedor Geral, Desembargador ELLIOT AKEL.

Na apelação interposta contra a sentença que manteve a recusa do 6º Oficial de Registro de Imóveis da Capital em registrar carta de sentença extraída dos autos de separação judicial, manifesta Vera Lúcia Rodrigues Barbosa seu inconformismo com a decisão.

Aduz a recorrente que a averbação só se tornou impossível porque o Registrador se equivocou ao cancelar a matrícula de nº 14.213, a que se refere a carta de sentença da separação. O imóvel que fora objeto da ação de usucapião era outro, com outra matrícula.

Não houve equívoco do registrador.

Conforme se observa dos autos, no ano de 1972, a Imobiliária São Lucas Ltda. vendeu o imóvel localizado na Rua Jacinto Menezes Palhares, 287, matrícula nº 14.213 (antigo lote 29-A) do 6º Oficial de Registro de Imóveis da Capital, a Diogo Ávila Garcia e sua mulher.

A Imobiliária, no entanto, vendeu duas vezes o mesmo lote, porque já o havia alienado a Roberto Furlan e sua mulher. Esses compradores, por meio de escritura pública, em 1979, revenderam o imóvel a David Rodrigues Barbosa e Vera Lucia Rodrigues Barbosa.

Roberto Furlan, embora realmente tivesse sido o primeiro comprador do lote 29-A, por erro, ocupou o lote 29-B, que posteriormente recebeu o nº 283 da Rua Jacinto Menezes Palhares.

Já Diogo, o outro comprador, ocupou o imóvel a que a escritura fazia referência e, em 1973, recebeu a escritura do imóvel, e só não pôde levá-la a registro porque havia sido anotado na matrícula nº 14.213 a compra e venda entre a imobiliária e Roberto Furlan e sua mulher.

A imobiliária São Lucas, reconhecendo a duplicidade da venda do lote 29-A, em março de 1981, re-ratificou a escritura de que firmara com Diogo, fazendo dela constar o lote 29-B.

Acesso ao Sumário

Assim, Diogo passou a contar com a escritura de compra e venda sobre o imóvel ocupado por David, sucessor de Roberto Furlan, enquanto que David, por seu turno, figurava como comprador do imóvel ocupado por Diogo.

De fato, cada um dos dois adquiriu regularmente um dos lotes, mas não aquele a que a respectiva escritura fazia referência.

E, além do equívoco na ocupação, os dois proprietários jamais chegaram a um acordo sobre eventual permuta que regularizaria a situação jurídica.

Diante do impasse, Diogo Ávila Garcia e sua mulher, requereram o reconhecimento da usucapião do lote 29-A. O pedido foi acolhido e por

determinação judicial foi aberta uma nova matrícula, a matrícula de nº 143.365, cancelando-se a primeira, a matrícula de nº 14.213 do 6º Oficial de Registro de Imóveis da Capital.

A recorrente argumenta que, se havia algum desentendimento entre as partes envolvidas no processo de usucapião, não cabia ao Oficial auxiliar a resguardar direitos de terceiros, sem determinação judicial. Ao agir dessa forma, teria expropriado o imóvel da recorrente e violado garantia assegurada pelo artigo 5º, XXII da Carta Constitucional.

Insiste a recorrente que o imóvel objeto da ação de usucapião é outro, o de número 283 da mesma Avenida Jacinto Menezes Palhares.

O argumento, contudo, não pode ser acolhido.

O imóvel a que se refere o pedido de usucapião é aquele situado na Avenida Jacinto Menezes Palhares, 287. Não há outra interpretação possível do pedido, já que Diogo não teria interesse em pedir o reconhecimento da usucapião sobre o imóvel do qual é o proprietário tabular (situado na mesma avenida, nº 283).

Portanto, não há erro na interpretação do pedido deduzido na ação de usucapião. O cancelamento da matrícula, como decorrência do reconhecimento da usucapião, também é regular.

Ao registrador não restava outra conduta possível senão a de cumprir a ordem judicial, ordem que, além de legal, atendia à qualificação necessária para ser levada a registro.

Assim, como decorrência do reconhecimento da usucapião, a matrícula antiga, 14.213, foi cancelada.

Uma vez que a primeira matrícula deixou de existir, é impossível o registro da carta de sentença que a essa matrícula se refere.

Em outras palavras: não há como se registrar carta de sentença de partilha de imóvel que não mais está em nome do casal que se separou.

O princípio da continuidade é um impedimento definitivo a esse pedido.

Além disso, o Registrador agiu exatamente nos termos da lei.

O cancelamento da matrícula não decorre apenas de decisão judicial: pode ser também ato de ofício, a ser praticado pelo serventuário, independentemente de pedido do interessado, com fundamento no artigo 233, II da Lei de Registros Públicos, *quando, em virtude de alienações parciais, o imóvel for inteiramente transferido a outros proprietários*.

Nesse dispositivo legal, o termo "alienação", registra Ceneviva[1], deve ser interpretado em sentido amplo, ou seja, constatada a exaustão da matrícula, impõe-se seu cancelamento independentemente de ordem judicial.

Como o imóvel de matrícula nº 14.213 do 6º Oficial de Registro de

Acesso ao Sumário

1 CENEVIVA, Walter. Lei de Registros Públicos Comentada. São Paulo, Saraiva, 1999, p. 438.

Imóveis da Capital correspondia fisicamente ao lote 29-A, ocupado desde o início por Diogo e sua mulher, e como, para a mesma área fora determinada a abertura de nova matrícula, em razão da usucapião, impossível juridicamente a manutenção da antiga matrícula, configurado o esgotamento da área com a abertura da nova matrícula.

A conduta do Registrador, portanto, decorre do procedimento de qualificação. A matrícula de nº 14.213 não existe mais porque, hoje, a mesma área é representada por nova matrícula, de nº 143.365. Para o registro da carta de sentença de separação judicial será necessária a regularização do domínio da autora, com a oportuna correção da carta de sentença.

A negativa do registro de modo algum limita o direito de propriedade da apelante, que permanece intocado quanto ao imóvel **efetivamente** ocupado por ela. A regularização do domínio exercido pela recorrente quanto ao imóvel localizado na Rua Jacinto Menezes Palhares, 283, antigo 29-B, contudo, dependerá da declaração de usucapião.

O reconhecimento da usucapião, por sua vez, deve se dar em processo próprio. A carta de sentença extraída dos autos da separação não tem o condão de regularizar o registro do imóvel.

Nesses termos, pelo meu voto, à vista do exposto, nego provimento ao recurso.

RENATO NALINI, Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1104305-58.2013.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ARNALDO PEREIRA MAIA, é apelado 7º OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS DA COMARCA DA CAPITAL.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "POR MAIORIA DE VOTOS, ANULARAM A R. SENTENÇA, COM O RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM, E CONSEQUENTE DEVOLUÇÃO DO PRAZO AO INTERESSADO PARA APRESENTAÇÃO DO TÍTULO ORIGINAL AO 7º OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS DA COMARCA DA CAPITAL. VENCIDO O DES. RICARDO MAIR ANAFE, QUE DECLARARÁ VOTO.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.235)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (PRESIDENTE), EROS PICELI, GUERRIERI REZENDE,

ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO e RICARDO ANAFE.

São Paulo, 2 de setembro de 2015.

ELLIOT AKEL, Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEL – DÚVIDA INVERSA JULGADA PREJUDICADA, PELA AUSÊNCIA DO TÍTULO ORIGINAL – INTERESSADO QUE APRESENTA O TÍTULO ORIGINAL AO OFICIAL, PARA PRENOTAÇÃO, NO PRAZO FIXADO PELO JUÍZO CORREGEDOR PERMANENTE – INDEVIDA INFORMAÇÃO PRESTADA PELO OFICIAL ACERCA DO DECURSO DO PRAZO, E, DO MESMO MODO, INDEVIDA CERTIFICAÇÃO DO DECURSO DO PRAZO PARA TAL PROVIDÊNCIA, PELO OFÍCIO JUDICIAL – SENTENÇA ANULADA – RECURSO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença da MM. Juíza Corregedora Permanente do 7º Oficial de Registro de Imóveis da Comarca da Capital, que julgou prejudicada a dúvida inversa suscitada, denominada pelo interessado como "retificação de registro imobiliário", sob o fundamento de que conquanto o interessado tenha sido intimado para a apresentação do original do título, não o fez.

Embargos de declaração foram conhecidos e rejeitados pela MM. Juíza Corregedora Permanente.

O apelante afirma que cumpriu a determinação de apresentar ao Oficial o original do título no prazo fixado pelo Juízo Corregedor Permanente, porém houve recusa quanto ao recebimento. Pede a reforma da sentença.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pela anulação da sentença ou pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

É caso de anulação da r. sentença.

O despacho de fls. 134, que determinou a apresentação do original do título ao Oficial para prenotação no prazo de 5 (cinco) dias, foi disponibilizado no Diário da Justiça Eletrônico no dia 30/10/2014, conforme certidão de fls. 135. Consequentemente, a publicação ocorreu no dia 31/10/2014, sexta-feira, e o curso do prazo teve início no dia útil subsequente – 03/11/2014, segunda-feira,

findando em 07/11/2014, sexta-feira. Inobstante, o Oficial comunicou o Juízo Corregedor Permanente o decurso *in albis* do prazo em petição datada de 5 de novembro de 2015, ou seja, 2 (dois) dias antes da data final para apresentação da certidão. Fê-lo equivocadamente, baseado no despacho de fls. 122/123, disponibilizado no Diário da Justiça Eletrônico em 09/10/2014 (fls. 124).

O ofício judicial, inadvertidamente, certificou no dia 06/11/2014, ou seja, um dia antes do termo final, o decurso do prazo para cumprimento do despacho de fls. 134 (fls. 137) e, em seguida, foi prolatada a r. sentença recorrida, julgando prejudicada a dúvida sob o fundamento de que não fora apresentado o original do título, apesar do prazo concedido para tal providência.

Ocorre que o interessado, antes mesmo de ser intimado da r. sentença, disponibilizada no Diário da Justiça Eletrônico em 26/11/2014 (fls. 148/149), protocolizou petição e documento pelos quais noticiou e comprovou haver comparecido à unidade extrajudicial – 7º Oficial de Registro de Imóveis – no dia 07/11/2014, às 16 horas, para cumprir a determinação, havendo recusa do recebimento (fls. 142/143 e 144).

Verifica-se, pois, que a recusa de recebimento do título pelo 7º Oficial de Registro de Imóveis, que se destinada a cumprir tempestivamente a determinação do Juízo Corregedor Permanente, foi equivocada e indevida, assim como a certificação do decurso do prazo realizada nos autos pelo ofício judicial.

À vista do exposto, pelo meu voto, anulo a r. sentença, com o retorno dos autos à origem, e consequente devolução do prazo ao interessado para apresentação do título original ao 7º Oficial de Registro de Imóveis da Comarca da Capital.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 24.044)

Acesso ao Sumário

Ementa: Registro de Imóveis.

Ausência da via original do título e prenotação – Dúvida prejudicada – Impossibilidade de se determinar regular processamento de dúvida inversa com a concessão de novo prazo para juntada do título original – Natureza administrativa do procedimento de dúvida – Contagem de prazo nos termos do Código Civil – Decisão mantida.

Recurso desprovido.

1. Cuida-se de apelação contra decisão proferida pelo Juízo Corregedor Permanente do 7º Cartório de Registro de Imóveis da Capital, que recebeu "ação de retificação de registro imobiliário" como dúvida inversa e, após conceder prazo para a apresentação da via original do título (fl. 122/123), julgou prejudicada a dúvida.

É o relatório.

2. Respeitado entendimento diverso do Excelentíssimo Desembargador Relator Corregedor Geral da Justiça, ousamos discordar, *data venia*.

É pacífica a jurisprudência do Colendo Conselho Superior da Magistratura a exigir, nos procedimentos de dúvida, a via original do título cujo registro se pretende.

O MM. Juízo *a quo*, tratando-se de procedimento eletrônico, concedeu prazo de 10 dias para a apresentação da **via original** do título perante o Cartório de Registro de Imóveis, *ex vi* do disposto no item 41.1.1 do capítulo XX do tomo II das Normas de Serviço da E. Corregedoria Geral da Justiça (fl. 122).

O interessado **recusou-se** a cumprir a determinação (fl. 126/127).

O MM. Juízo acabou por conceder mais cinco dias para o cumprimento da determinação anterior.

Porque não atendida a determinação, o procedimento foi extinto, nos exatos termos das Normas da E. Corregedoria (fl. 140).

O processo de dúvida é definido como um procedimento de natureza **administrativa** destinado a solucionar controvérsia existente entre o apresentante do título e o Oficial Predial, a respeito da registrabilidade do título, ou nas palavras de Ricardo Henry Marques Dip e Benedito Silvério Ribeiro: "... em acepção material: o juízo emitido pelo administrador no exercício de suas funções, obstando a pretensão de registro; em acepção formal: o procedimento de revisão hierárquica do juízo administrativo de objeção a uma pretensão de registro" (***in*** *Algumas linhas sobre a Dúvida no Registro de Imóveis,* pág. 2).

Neste sentido, **reconhecendo a natureza administrativa do procedimento de dúvida**, vários julgados unânimes desse Colendo Conselho Superior da Magistratura, relatados pelo Excelentíssimo Senhor Corregedor Geral do biênio atual, tais como nos recursos de apelação nº 0007785-56.2011.8.26.0348, nº 0019186-49.2013.8.26.0100, nº 4000681-72.2012.8.26.0068 e nº 0007676-93.2013.8.26.0664.

Por conseguinte, destaque-se que os prazos concedidos **não** são de natureza processual, como pretende fazer crer o apelante, regulando-se, portanto, pelo artigo 132 do Código Civil. O segundo prazo concedido ao apelante (já lhe havia sido concedido o prazo de 10 dias) iniciou-se no dia subsequente à intimação do interessado para o cumprimento da determinação (apresentação do original do título): a efetiva intimação ocorreu no dia 31 de outubro (fl. 135). A

Acesso ao Sumário

providência realizada apenas no dia 07 de novembro era mesmo intempestiva, tal como reconhecida na decisão recorrida.

Demais, a essa altura, decorridos mais de um ano desde o pedido inicial, não se vislumbra como se poderia anular a sentença e determinar o regular procedimento da dúvida inversa para que o Oficial venha a prenotar o título em sua via original. Há, *data venia*, uma incompatibilidade lógica.

Com efeito, não se sabe se haveria prenotação de outros títulos, se a propriedade já foi transferida a outrem, etc.

Caberá ao próprio interessado, se o caso, havendo recusa do Oficial, apresentando a via original do título, **seguindo os trâmites legais**, suscitar a dúvida adequadamente.

Não se trata de fazer tábula rasa ao princípio da celeridade processual, mas de seguir os ritos necessários à preservação da essência dos Registros Públicos, isto é, equilibrar dois interesses fundamentais na vida social: o da segurança jurídica e o da segurança dos negócios.

Tal segurança exige formalidades mínimas, mormente porque se trata de um procedimento especial (judicialiforme) a preservar a integridade dos Registros Públicos.

Um dos objetivos dos Registros Públicos desde os seus primórdios até o sistema de fólio real, inaugurado pela Lei n. 6.015 de 1973, é a segurança jurídica. A propósito, vide o disposto no artigo 1º da Lei n. 8.935 de 18 de novembro de 1994: "serviços notariais e de registro são os de organização técnica e administrativa destinados a garantir publicidade, autenticidade, **segurança** e eficácia dos atos jurídicos".

Mitigar esses requisitos mínimos poderá comprometer a confiança social esperada nos Registros Públicos.

Por epítome, diante da ausência de apresentação do título em sua via original, nos termos das Normas da Corregedoria, e considerando-se que a contagem dos prazos se dá na forma do artigo 132 do Código Civil, tratando-se de procedimento de natureza administrativa, a sentença que julgou prejudicada a dúvida merece ser mantida.

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

Ricardo Anafe, Desembargador, Presidente da Seção de Direito Público

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 9000002-

Jurisprudência - CSM
Acesso ao Sumário

71.2014.8.26.0082, da Comarca de Boituva, em que é apelante GÁS NATURAL SÃO PAULO SUL S.A., é apelado OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS E ANEXOS DA COMARCA DE BOITUVA.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.241)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (PRESIDENTE), EROS PICELI, GUERRIERI REZENDE, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO e RICARDO ANAFE.

São Paulo, 2 de setembro de 2015.

ELLIOT AKEL, Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – DÚVIDA – 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 E DE INSCRIÇÃO NO "CAR" (CADASTRO AMBIENTAL RURAL) – RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença da MM. Juíza Corregedora Permanente do Oficial de Registro de Imóveis da Comarca de Boituva, que julgou procedente a dúvida suscitada e manteve a exigência de prévia retificação da área objeto da matrícula número 576, para possibilitar o registro da carta de sentença referente à existência de servidões de passagem no imóvel, pois, não obstante as áreas da servidão estejam perfeitamente descritas e caracterizadas, a base onde ela se insere não está, o que impede o controle e viola o princípio da especialidade. Acrescenta o julgado que a retificação da área reclama a inscrição do imóvel rural no Cadastro Ambiental Rural – CAR, nos termos do subitem 125.2. do Capítulo XX das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça.

A apelante afirma, em síntese, que a pretensão é apenas de registrar a carta de sentença referente à instituição de servidão administrativa na matrícula

Acesso ao Sumário

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. Aduz que a carta de sentença traz todos os elementos necessários ao registro, e não guarda relevância maior no que respeita ao controle da disponibilidade, por isso não há falar em destaque de área ou retificação. Acrescenta que a regularização da situação do imóvel no registro imobiliário para atender as exigências da nova lei é dever 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 matrícula número 576 relativa ao imóvel serviente assim o descreve:

"***TERRENO, com área de 23,71 alqueires, situado nesta cidade, no Bairro Bom Retiro, com as divisas e confrontações:*** *iniciam no marco 0 (zero),* ***ao lado da Estrada Estadual*** *e terras de herdeiros de Francisco Favoretti e seguem por cerca de arame 1.321,50m (um mil, trezentos e vinte e um metros e cinquenta centímetros),* ***acompanhando a Estrada Estadual no sentido Boituva-Porto Feliz****; aí defletem à direita e seguem por cerca de arame 168,70m (cento e sessenta e oito metros e setenta centímetros); aí defletem à direita e seguem por cerca de arame 650,00 (seiscentos e cinquenta metros); aí defletem à esquerda e seguem por cerca de arame 163,80 (cento e sessenta e três metros e oitenta centímetros); aí defletem à esquerda e seguem em curva e depois em reta, por cerca de arame 253,40 (duzentos e cinquenta e três metros e quarenta centímetros) essas quatro faces com os Pilon; aí defletem à direita e seguem em linha reta 839,00 (oitocentos e trinta e nove metros), até o canto da Estrada Municipal, fazendo divisa à esquerda com a Agro Pecuária Labronici S/A até o córrego; aí defletem à direita e sobem por água 397,00m (trezentos e noventa e sete metros), rumo por água, fazendo divisa à esquerda com a Fazenda São Pedro Ltda; aí defletem à direita e seguem por cerca de arame 308,00m (trezentos e oito metros) fazendo divisa à esquerda com a Fazenda São Pedro Ltda; fazem pequena deflexão à esquerda e seguem por cerca de arame 179,80m (cento e oitenta e nove metros e oitenta centímetros), até o marco 0 (zero), ponto de partida. Cadastro no INCRA sob nº 631.019.006.327-6 – Área Total (ha) 57,3 – Mód. Rural (ha) 0,0 – Nº Mód. Rurais 0,00 – Mód. Fiscal (ha) 18,0 – Nº Mód. Fiscais 3,18 – F. Min. Parc. (ha) 0,0; e na Secretaria da Receita Federal sob o Código (NIRF) nº 0331198-8,* ***nome do imóvel SÍTIO 4 FILHOS DE MARIA***."

Trata-se, como se observa, de matrícula aberta com base em descrição antiga e precária de imóvel de área extensa, que não apresenta nenhuma técnica,

pois indica como pontos de referência de suas medidas e limites "cercas de arame", "rumo por água" etc., de modo que não há o mínimo de elementos que permitam sua identificação e localização. A imprecisão da descrição da área na matrícula impossibilita o registro das áreas dominantes, objeto das servidões, descritas nos memoriais descritivos apresentados, pois é impossível identificar onde esta se insere na área serviente.

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, 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 linha de raciocínio, 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. É a matrícula que define, em toda a sua extensão, modalidades e limitações, a situação jurídica do imóvel.

O inciso II do artigo 176 da Lei de Registros Públicos, 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 deve 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*

Acesso ao Sumário

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: Apelações Cíveis números 745-6/1; 1.204-6/0; 943-6/5 e 0017110.60.2008.8.26.0348 (fls. 4/13).

Nas Apelações Cíveis nºs. 0001243-53.2013.8.26.0315 e 0001619-65.2014.8.26.0586, por mim relatadas, e que também tiveram como apelante a empresa Gás Natural São Paulo Sul, do mesmo modo, foi reconhecida a necessidade da prévia retificação da área serviente, para possibilitar o registro do título apresentado. As ementas assim dispõem, respectivamente:

> "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."
>
> "REGISTRO DE IMÓVEIS – DÚVIDA 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."

Quanto à necessidade de inscrição no "CAR" (Cadastro Ambiental Rural) enquanto este não havia sido implantado, o entendimento sedimentado, pautado em julgamento do Superior Tribunal de Justiça, era no sentido da necessidade de se averbar a reserva legal nas hipóteses de retificação de área, porém, a partir da implantação efetivada, a inscrição passou a ser obrigatória.

Acesso ao Sumário

Com efeito, nos Embargos de Divergência em Recurso Especial n.º 218.781 (2002/0146843-9), o voto do Ministro Herman Benjamin, julgado em 9/12/09, o qual está amparado em julgamento daquele mesmo Tribunal de relatoria da Ministra Nancy Andrighi no REsp 831.212/MG, Terceira Turma, DJ 22.9.09, assim dispõe:

"...o proprietário e o possuidor estão obrigados a respeitar percentual, no mínimo que seja, do Código Florestal aplicável ao bioma em que se insere o

imóvel. A especialização é de rigor, inclusive como condição para que o oficial do Registro de Imóveis pratique outros atos registrários. Nesse sentido a posição do STJ, em que foi precursora a eminente Ministra Nancy Andrighi, conforme o precedente abaixo:

"*Direito ambiental. Pedido de retificação de área de imóvel, formulado por proprietário rural. Oposição do MP, sob o fundamento de que seria necessário, antes, promover a averbação da área de reserva florestal disciplinada pela Lei 4.771/65. Dispensa, pelo Tribunal. Recurso especial interposto pelo MP. Provimento.*

– É possível extrair, do art. 16, § 8º, do Código Florestal, que a averbação da reserva florestal é condição para a prática de qualquer ato que implique transmissão, desmembramento ou retificação de área de imóvel sujeito à disciplina da Lei 4.771/65. Recurso especial provido."

Além destes precedentes, a exigência da averbação da reserva legal decorre também da observância ao princípio da especialidade, previsto no artigo 176 da Lei de Registros Públicos. Narciso Orlandi Neto, na obra "Retificação do Registro de Imóveis", Editora Juarez de Oliveira, 2ª edição, 1999, págs. 65 e 66, ao tratar deste princípio, assim dispõe:

"Dos direitos reais de garantia, o princípio da especialidade foi transportado, por obra da doutrina, para o Registro de Imóveis. A observância de uma série de exigências da Lei de Registros Públicos passou a ser vista como desdobramento do princípio da especialidade.

As especificações da coisa passaram a ser exigidas em todos os atos de registro, como forma de definir de forma exclusiva o objeto dos direitos e ônus reais. E a necessidade dos elementos caracterizadores de cada direito, de cada ônus, de suas condições e prazo, quando existentes, também faz parte deste princípio.

Justifica-se a preocupação. 'A determinação dos direitos inscritos supõe a exacta individualização dos imóveis, sem o que será equívoca a informação prestada pelo registro e ineficaz a proteção que visa dispensar terceiros' (Jorge de Seabra Magalhães, Estudos de Registro Predial, Livraria Almedina, Coimbra, 1986, p. 62).

'*A determinação de um imóvel, corpo físico, unitário e atual, em ordem a sua matriculação, é o que se entende sob a denominação especialidade objetiva. Determinar essa substância corpórea indivídua é identificá-la por algumas das categorias ou predicamentos que nos dizem qual é o modo de ser da substância. Em particular, o que se faz com determinar um imóvel é responder a estas indagações: qual é o seu tamanho? Qual é sua figura? Onde se localiza? Em outros termos: quais são sua quantidade, sua qualidade, e seu lugar?*'" (Ricardo Dip, Do Controle da Disponibilidade na Segregação

Acesso ao Sumário

Imobiliária, trabalho apresentado no XIV Encontro Nacional dos Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil, 1987, p. 3).

A definição desse princípio, nos termos acima expostos, mostra a importância e a necessidade de fazer constar do registro do imóvel rural a reserva legal, para fins de controle, de proteção ao meio ambiente, e para possibilitar a prestação de informações inequívocas e eficazes à proteção de terceiros, o que atende também o princípio da publicidade.

A propósito, Marcelo Augusto Santana de Melo, na obra "*O meio ambiente e o Registro de Imóveis*", escrita em conjunto e coordenada por Sérgio Jacomino, Editora Saraiva, 2010, consigna que "*Muitas restrições administrativas, agora definidas como espaços territoriais especialmente protegidos, já possuem publicidade decorrente da própria lei que as constituiu, porém, para a segurança jurídica e cumprimento de obrigações decorrentes da limitação, seria aconselhável não se confiar somente na publicidade legal, mas também na publicidade imobiliária, para dar conhecimento e vincular definitivamente futuros adquirentes.*"

Outros precedentes no mesmo sentido seguiram-se aos acima mencionados:

> "RETIFICAÇÃO DO REGISTRO IMOBILIÁRIO – NECESSIDADE DE AVERBAÇÃO DA RESERVA LEGAL ENQUANTO NÃO IMPLANTADO O CADASTRO DE IMÓVEL RURAL PREVISTO NO NOVO CÓDIGO FLORESTAL (LEI N. 12.651/12) – RECURSO PROVIDO." (Processo n.º 2012/00084851, parecer da lavra da MM. Juíza Assessora da Corregedoria Tânia Mara Ahualli, datado de 4/11/13, aprovado pelo então DD. Corregedor Geral da Justiça, Desembargador José Renato Nalini).
>
> "REGISTRO DE IMÓVEIS – RETIFICAÇÃO DE REGISTRO DE IMÓVEIS – AVERBAÇÃO DA RESERVA LEGAL COMO CONDIÇÃO DA RETIFICAÇÃO – NECESSIDADE – RECURSO PROVIDO." (Processo CG 2012/49715, parecer do MM. Juiz Assessor da Corregedoria Gustavo Henrique Bretas Marzagão, datado de 28/9/12, aprovado pelo então Corregedor Geral Des. José Renato Nalini).

Conforme já mencionado, o "CAR" está implantado, razão pela qual a inscrição é obrigatória, como previsto no subitem 125.2. do Capítulo XX das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça.

Em suma, é a matrícula que define, em toda a sua extensão, modalidades e limitações, a situação jurídica do imóvel, razão pela qual o registro da carta de sentença apresentada, mesmo nos casos de instituição de servidões administrativas, deve ser feita em observância ao princípio da especialidade objetiva e às demais disposições legais e normativas, o que não se verifica no

Acesso ao Sumário

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 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 Públicos, e que confere à recorrente legitimidade para requerer a retificação.

Isto posto, nego provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

NOTICIÁRIO

OTÁVIO AUGUSTO DE OLIVEIRA FRANCO (Juiz de Direito)

Discurso proferido por ocasião da instalação do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejusc) no Foro Regional da Vila Prudente (Cerimônia realizada em 04.09.2015).

Acredito que que este projeto de inauguração do CEJUSC do Foro Regional a Vila Prudente somente se fez possível porque todos nós, Tribunal de Justiça, Magistrados e Servidores compreendemos a importância da conciliação, do acordo, dos métodos alternativos da solução dos conflitos. Em um país de 200 milhões de habitantes, não é razoável que haja 100 milhões de processos judiciais. Hoje no café da manhã com meus filhos – eu tenho dois filhos adolescentes – eles tiveram uma discussão, um conflito, mas logo se compuseram. Quem tem filhos sabe como é. Filhos brigam o tempo todo e pedem que os pais intevenham e solucionem a disputa. Mas no meu caso, há muitos anos atrás, eu plantei uma semente na minha casa. Quando meus filhos eram ainda bem pequenos e traziam suas disputas para que eu as solucionasse, eu as devolvia a eles e dizia: resolvam vocês. Eu sou Juiz lá no Fórum, aqui em casa não. Eu ajudava que eles iniciassem uma negociação, auxiliava para que chegassem a um acordo, mas evitava ao máximo ditar a solução da disputa. Porque eu queria que eles aprendessem a negociar, conciliar, transigir, se autotutelar. Hoje quando tiveram a desavença no café da manhã e logo se compuseram, tive a certeza que a semente que eu plantei anos atrás frutificou. Eu sei que muitos pais, para evitar injustiças, preferem intervir nos conflitos dos filhos e solucioná-los. A intervenção do pai resolve o conflito dos filhos naquele momento. Mas cria uma distorção na relação dos irmãos ao longo da vida e, principalmente, não ensina o filho a negociar, a conciliar, a se autotutelar. Da mesma forma ocorre em relação à distribuição da Justiça. Quando a Justiça chama para si a solução de todo e qualquer conflito, o resultado é que o processo se resolve, mas o conflito permanece e o jurisdicionado não aprende a negociar suas necessidades, não aprende a conciliar seus interesses. A Justiça passa então a ser chamada a resolver até mesmo os casos mais ínfimos, mais banais, porque as pessoas não conseguem solucionar questões simples. Casos de família que as partes poderiam resolver com uma simples conversa, se tornam processos judiciais. Dívidas em que o valor cobrado é inferior ao valor das custas de um processo se tornam demandas judiciais. Se é certo que a Justiça deve estar pronta para decidir as disputas relevantes e complexas que nas quais as partes não consigam se compor, também é certo que não é razoável que toda e qualquer desavença social desague numa ação judicial. Por isso a importância de incentivar os métodos alternativos de solução de conflitos. Para que as pessoas aprendam a negociar seus interesses, aprendam a compor, treinem a conciliação de seus conflitos. Hoje nós lançamos aqui, na inauguração do CEJUSC do Foro Regional da Vila Prudente uma pequena semente neste sentido. Meus votos são de que esta semente cresça e frutifique.

Acesso ao Sumário

Maria Cecilia Cesar Schiesari (Juíza de Direito)

Discurso proferido por ocasião da instalação do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejusc) no Foro Regional da Vila Prudente (Cerimônia realizada em 04.09.2015).

Senhores e Senhoras, boa tarde.

Com muita satisfação estamos aqui nesta tarde para dar início formal às atividades do Centro Judiciário de Conciliação e Resolução de Conflitos e Cidadania – o Cejusc do Fórum de Vila Prudente

O Cejusc nasceu a partir da constatação de que com as condições estruturais de que é dotado o Poder Judiciário brasileiro, em suas mais diversas facetas e rincões, não seria possível, como não vem sendo, aliás, distribuir a almejada Justiça em tempo e a um custo razoáveis.

Com efeito, constatou-se que a propalada cordialidade do povo brasileiro não se traduz em pouca litigiosidade.

Bem ao contrário, a população brasileira tem se mostrado ávida por ver resolvidos seus conflitos através do Poder Judiciário, em parte porque alguns dos conflitos dependem da intervenção de alguém com formação especializada, em parte porque as grandes empresas públicas e privadas não se mostraram aptas à solucionar os impasses decorrentes de sua atividade cotidiana e, ainda, porque novos instrumentos foram sendo colocados à disposição da população.

Os Juizados Especiais Cíveis, cuja legislação de regência completa agora vinte anos, permitiram o acesso à Justiça às causas das mais diversas, e, em particular a um público ao qual não era dado tal acesso antes dessa legislação – seja por terem demandas de valor econômico pouco expressivo, alguns de singeleza desconcertante outras nem tanto, mas por não terem meios de custear os honorários de um Advogado, apesar dos enormes esforços feitos pelo Estado através da Nobre Defensoria Pública e da combativa OAB, para possibilitar a assistência jurídica à população desprovida de recursos.

Depois veio o Código de Defesa do Consumidor, outro instrumento precioso de regulação das relações de consumo e dos direitos do consumidor, antes tão apequenados.

Nos últimos anos, viu-se também uma inclusão significativa das classes mais desfavorecidas na sociedade de consumo.

Ao lado disso, assistiu-se à popularização dos meios de comunicação de massa e das redes sociais, o que fez com que a população tivesse mais conhecimento de seus direitos e fosse em busca de sua satisfação.

Acesso ao Sumário

Em síntese, foram vários os motivos e as circunstâncias que levaram a um crescimento desmedido de busca de acesso ao Poder Judiciário, sem que este tivesse recursos materiais para se equipar, incrementando a estrutura física e de pessoal correspondente, para atender a tal demanda.

Mas a verdade, senhores, é que os recursos públicos são limitados e a despeito disso, a sociedade espera uma resposta ágil e eficiente dos órgãos públicos e dos serviços que lhes são disponibilizados.

Além do mais, a solução de um conflito construída pelos próprios envolvidos, que melhor do que ninguém conhecem suas peculiaridades e suas reais dificuldades, costuma ser muito mais efetiva do que uma solução dada pelo Estado, através de uma decisão judicial.

Nesse contexto, foi sendo construída a idéia de que devemos buscar formas alternativas de solução dos conflitos no âmbito do processo e se possível, antes mesmo que o processo se faça necessário, idéia que foi abraçada pelo Conselho Nacional de Justiça e pelo Poder Judiciário em todos os níveis. Idéia agora também abraçada pelo Legislador, que inseriu essa nova mentalidade no novo Código de Processo Civil, que entrará em vigor em breve.

Eis o nosso desafio.

Sabemos de sua magnitude e de suas limitações, em especial, as restrições orçamentárias e de pessoal.

Mas o que temos a oferecer é o que tem movido o Poder Judiciário desde sempre – um verdadeiro batalhão de pessoas comprometidas com o ideal de Justiça, com a vontade genuína de ajudar o próximo e de contribuir para a satisfação de direitos e para a construção de uma sociedade mais justa, mais solidária e mais pacífica.

Não há ilusão. Sabemos que as dificuldades são muitas e de toda ordem.

Mas elas não nos impedirão de construirmos um Centro de Conciliação pronto a dar cumprimento à sua missão de instrumento de pacificação da sociedade, que é o que se espera de nós.

Acesso ao Sumário

Estamos começando na raça e cheios de coragem, com a colaboração preciosa de nossos parceiros – os Colegas de todas as Varas, os Servidores de todos os setores, os Conciliadores e Mediadores, pois somente unindo esforços conseguiremos alcançar algum resultado efetivo.

Preciso fazer alguns agradecimentos.

Aos meus colegas, que confiaram em mim e me apoiaram nesta empreitada, especialmente os que me antecederam nas primeiras providências para tornar possível a existência deste Cejusc – Fernando de Oliveira Domingos Ladeira e Ana Cristina Weynen Cores Depieri.

A esse verdadeiro batalhão de soldados anônimos que constroem a grandeza do TJSP e do cotidiano no fórum, pois a 1ª. Instância, como se sabe, é a linha de frente da Justiça e nosso pessoal tem se mostrado devotado e destemido.

Aos funcionários da Administração do prédio, em especial, a Marley Cristina Scapatici, que de forma incansável buscou atender a todas as demandas necessárias à instalação deste Centro, enfrentando as dificuldades estruturais de todos bem conhecidas. E também ao Secretário Eduardo Roberto Alcântara, parceiro de anos e que mesmo com tantas demandas, à frente de uma Secretaria gigante e nevrálgica para o funcionamento da instituição, está sempre disponível para nos atender e nos auxiliar gentilmente.

À minha equipe de trabalho do JEC, comprometida e devotada, que abraçou a causa da conciliação bem antes de minha chegada a esta casa há mais de sete anos e que comigo busca alcançar cada vez melhor nossa missão, meus melhores agradecimentos.

Aos Conciliadores e Mediadores que de pronto atenderam à chamada feita, de forma particular àqueles que já integram o JEC e ali desenvolvem preciosa tarefa

Por fim, quero pedir licença para prestar uma breve homenagem ao meu pai, Desembargador Nelson Schiesari, um pacifista e entusiasta da conciliação.

Muito obrigada

RICARDO CINTRA TORRES DE CARVALHO (Desembargador)

Discurso proferido por ocasião da posse dos Desembargadores Samuel Francisco Mourão Neto, Reinaldo Cintra Torres de Carvalho e Carlos Alberto de Campos Mendes Pereira (Cerimônia realizada em 08.09.2015).

O Tribunal se reúne, mais uma vez, para a honrosa recepção a três novos desembargadores.

O Des. CARLOS ALBERTO DE CAMPOS MENDES PEREIRA nasceu em São José dos Campos em 1-1-1963, formou-se na Faculdade de Direito de Osasco em 1986, foi funcionário do Tribunal de Justiça em diversos cargos e foi nomeado em 22-12-1988 juiz substituto da 16ª Circunscrição Judiciária – São José do Rio Preto; passou depois pela 1ª Circunscrição Judiciária – Santos e pelas comarcas de Paraguaçu Paulista, São Sebastião e Capital, aqui como juiz auxiliar e como Juiz Titular da 1ª Vara Cível do Foro Regional da Lapa, depois da 3ª Vara Cível do Foro Regional de Pinheiros. Foi removido para Juiz Substituto de 2º Grau em 14-9-2011 e promovido a Desembargador por ato de 1-7-2015.

Acesso ao Sumário

O Des. REINALDO CINTRA TORRES DE CARVALHO nasceu em Dois Córregos em 10-9-2015, formou-se na Faculdade de Educação Física na Universidade de São Paulo em 1980 e na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco em 1984; trabalhou em cartório de registro de imóveis, advogou por sete anos e foi nomeado Juiz Substituto da 2ª Circunscrição Judiciária – São Bernardo do Campo em 22-12-1988; foi juiz de direito nas comarcas de Apiaí, Dracena e Piracicaba, Juiz Auxiliar na Capital e Juiz Titular da 19ª Vara Cível Central, da 1ª Vara Cível do Foro Regional do Butantã, da Vara da Infância e da Juventude do Foro Regional da Lapa e da Vara do Juizado Especial Cível e Criminal de Mauá até ser promovido a Desembargador em 29-7-2015. Foi Secretário da Comissão Estadual Judiciária de Adoção Internacional de maio de 2003 a dezembro de 2007, Juiz Auxiliar da Corregedoria Geral da Justiça de maio de 2004 a dezembro de 2008 na gestão dos Des. Luiz Tâmbara, José Mario Cardinale e Gilberto Passos de Freitas, membro da Coordenadoria da Infância e da Juventude do Tribunal de Justiça de desde setembro de 2007, membro consultor da Comissão Especial de Direito à Adoção da OAB/SP desde outubro de 2009, membro da representação brasileira no Congresso de Revisão da Convenção de Haia para Adoção Internacional em junho de 2010 e Juiz Auxiliar da Presidência do Conselho Nacional de Justiça de abril de 2010 a abril de 2012, onde desenvolveu diversos projetos e programas relacionados à infância e à juventude. Tem trabalhos publicados no Brasil e no exterior. Foi promovido a Desembargador por ato de 29-7-2015.

O Des. SAMUEL FRANCISCO MOURÃO NETO nasceu em São Paulo em 14-5-1962, formou-se na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco em 1987, foi admitido no Tribunal de Justiça como menor colaborador em fevereiro de 1977 e aqui permaneceu em diversos cargos até ser nomeado em 22-12-1988 Juiz Substituto da 1ª Circunscrição Judiciária – Santos; foi Juiz de Direito nas comarcas de Pacaembu, Matão e Guarujá, Juiz Auxiliar da Capital e Juiz Titular da 1ª e da 15ª Varas Cíveis Centrais. Atuou como Juiz Auxiliar da Corregedoria Geral da Justiça nas gestões dos Des. Luís de Macedo, Luiz Tâmbara, José Cardinale e Gilberto Passos de Freitas e integrou a 3ª Turma do 3º Colégio Recursal e a 5ª Turma do 1º Colégio Recursal, ambos do Juizado Especial Cível da Capital. Foi professor de Direito Processual Civil na Universidade Paulista, na Escola Paulista da Magistratura, na Universidade Mackenzie e em cursos preparatórios para a Magistratura, Ministério Público e Magistratura do Trabalho. Coordenou o Curso de Iniciação Funcional e Aperfeiçoamento de Servidores da Escola Paulista da Magistratura em 2012. Foi removido para Juiz Substituto de 2º Grau em 14-9-2011 e promovido a Desembargador por ato de 29-7-2015.

Acesso ao Sumário

Os desembargadores ora empossados têm muito em comum: são colegas de concurso, trabalharam em diversas comarcas e acumularam experiência como servidores do tribunal, na advocacia, no ensino e em atividades correlatas à judicatura; serviram na Corregedoria Geral da Justiça onde auxiliaram na supervisão da 1ª Instância e conheceram esse outro lado da judicatura; dedicaram parte substancial de suas vidas à judicatura, à Justiça e ao bem comum; trabalharam com entusiasmo, dedicação, honestidade e seguiram uma carreira digna de juízes paulistas. Os novos colegas mantém antigo vínculo com o Tribunal de Justiça de São Paulo, pois

descendentes dos Des. Descio Mendes Pereira, Renato Torres de Carvalho Filho e Samuel Francisco Mourão que hoje, do lugar melhor onde estão, os assistem, os abençoam e se alegram com vocês e por vocês. São abençoados pela presença e apoio de uma família que compreendeu a dificuldade da carreira, as mudanças de cidade, as longas horas de trabalho e hoje comparecem para, mais uma vez, apoiá-los neste momento festivo e alegrar-se com eles e com todos nós. Refiro-me à Prof. Márcia e aos filhos Igor e Ícaro; à Ilka e às filhas Gabriela e Andrea, à Ana Paula e à filha Luísa; a vocês o tribunal dedica também esta homenagem, sabedor do companheirismo e do carinho que tanto ajudou os empossados.

O currículo lido fala por si e descreve uma parte de quem vocês são. A promoção demonstra que o tribunal os conhece e reconhece a carreira meritória que tiveram, sabe o que espera de vocês e tem certeza de que a confiança e a esperança serão retribuídas à larga. Mas que tribunal é este que vocês adentram, ainda desconhecido ou pouco conhecido de vocês? Que virtudes e problemas os esperam? Que diferença há no trabalho colegiado para quem vem da Vara, como o Des. Reinaldo Cintra Torres de Carvalho, ou do trabalho já no tribunal como Juiz Substituto de Segundo Grau, como os Des. Carlos Alberto Mendes Pereira e Samuel Francisco Mourão Neto?

Começo pelas virtudes. Os senhores adentram o Tribunal de Justiça de São Paulo, instituição centenária que se renova a cada momento com o espírito novo que os novos desembargadores trazem e pela necessidade de acompanhar a evolução da sociedade e da tecnologia; é uma instituição que se orgulha do trabalho, da honestidade e da qualidade de seus membros, uma tradição que fortalece e que mantém na direção correta o olhar mais curto do dia a dia. A cada momento, em cada julgamento, enquanto preparamos o hoje e o amanhã somos confortados pela dedicação dos que vieram antes de nós, ou, como referiu o Des. José Renato Nalini, nos lembramos de que devemos parte da altura a que chegamos por assentarmos nos ombros de gigantes. É uma tradição de trabalho, qualidade e honradez de que o tribunal nunca se desviou.

Os senhores adentram um tribunal formado por juízes da mais alta qualidade técnica e pessoal, onde a divergência é bem vinda e a busca da justiça é uma regra; onde o respeito por cada um e a preocupação com a melhoria do Tribunal se sobrepõem à amizade, que é muita, ou à inimizade, que é rara. Trabalharão ao lado de um corpo funcional da mais alta qualidade nos cartórios e nos gabinetes, que os auxiliarão e colaborarão na faina do dia a dia.

Os senhores adentram um estágio diferente na vida do juiz, o que agora chega e os que já estão aqui, mas agora como desembargadores. À vida solitária do juiz de direito, mas independente e capaz de fazer uma justiça imediata no tramitar do processo, vocês iniciam o aprendizado do julgamento colegiado e da distância das partes. O julgamento colegiado implica em virtudes que se complementam, a independência e a coragem para divergir ao lado da humildade para compreender e nos curvar à sabedoria do outro; a consciência de que ao lado do impulso de fazer a justiça como fazíamos na Vara, agora temos a necessidade da coerência e da formação de uma jurisprudência que sirva de norte aos juízes, aos advogados e promotores de justiça e às partes. É um aprendizado que não termina.

Acesso ao Sumário

Finalmente, continuarão a aplicar a lei e a fazer justiça, o ideal e a razão de termos todos, desde anos atrás, dedicado essa parte substancial de nossas vidas à magistratura. Diferente o ângulo, mas igual a essência.

Descritas uma parte das virtudes, cabe mencionar uma parte das preocupações que perpassam o tribunal. Os senhores adentram o maior tribunal do país, responsável por metade do serviço judiciário nacional; assumem uma carga de trabalho enorme, constante, que não diminui. Preparem-se para muito trabalho, como é próprio aos nossos juízes e conforme os senhores viveram no primeiro grau.

O juiz aplica a lei, que reflete o sentimento e a vontade do povo conforme aprendemos nos bancos universitários. No entanto, vivemos uma época de incertezas; parodiando Dickens com algum exagero e abusando da licença poética, vivemos o melhor dos tempos, vivemos o pior dos tempos; é o tempo da sabedoria, é o tempo da tolice; é o tempo da crença, é o tempo da incredulidade; é o tempo da luz e é o tempo da escuridão; é a primavera da esperança, é o inverno do desespero; nós temos tudo e nós temos nada; nós estamos indo para o céu, nós estamos indo na direção inversa. O crescimento da população mundial e local traz desafios no campo econômico, social e ambiental que se avolumam, o esgarçamento do tecido social e familiar desagrega a sociedade, a desonestidade se torna um câncer que vai silenciosamente destruindo os vínculos que mantém a sociedade sadia. A lei que juramos fazer cumprir já não dá uma solução segura para os casos que nos apresentam; somos chamados a decidir contra a lei e ao lado da lei, atraídos pelo desejo de justiça e pela aplicação de princípios que nos são caros e que vemos desprezados pelos demais atores da vida política e social. Esse novo papel há de ser exercido sem medo, mas com cuidado, pois o novo não é bom porque é novo nem o velho é ruim por ser velho, mas um e outro são bons ou ruins conforme a bondade e a ruindade que contenham e que nos cabe diferenciar. Nossa atividade se faz no âmbito restrito do processo, que expressa muito do que contém e nada do que não contém; e nossa formação nos encaminha para uma visão jurídica do mundo e dos comportamentos, parcial, portanto, a partir da realidade mostrada nos autos, quando há fora dos autos e fora do Direito outra realidade que nem sempre apreendemos. Vocês caminharão sobre uma trave estreita arriscando a queda de um lado ou de outro, sem outro apoio que a sabedoria coletiva do tribunal e a voz de suas consciências.

Acesso ao Sumário

Vocês vivenciarão um organismo complexo como o tribunal; enfrentarão as necessidades internas apoiados em dois barcos que nem sempre seguem na mesma direção. Não se esqueçam que o tribunal não existe para si mesmo e se justifica e se engrandece quando é feito para os outros e com os olhos nos outros, quando colocamos como referência principal das nossas decisões administrativas e jurisdicionais o interesse da sociedade e das partes, a razão de ser da nossa existência.

"O momento que vivemos é de crise. O povo está descrente de suas instituições e clama por mudanças; não podemos desapontá-lo. É necessário agirmos com humildade e prudência; humildade em reconhecer eventuais erros e prudência para que, na pressa em corrigi-los, não se os agrave. O Poder Judiciário tem sido questionado, criticado. As críticas injustas devemos repelir com altivez; mas as procedentes

devem nos levar a profunda reflexão sobre nossas falhas e como saná-las". Essas palavras que conservam perturbadora atualidade não são minhas nem são de hoje; compõem a alocução de abertura do ano judiciário de 1986, proferida pelo Des. Renato Torres de Carvalho Filho, meu saudoso pai, a convite do Des. Nelson Pinheiro Franco, então Presidente do Tribunal de Justiça. Precisamos romper o círculo vicioso que atormenta o tribunal e a administração pública brasileira como um todo, em que o resultado não aparece e os esforços dos homens de bem se esvaem por razões que vocês nos ajudarão a compreender. O tribunal precisa da vivência jurisdicional e da visão do mundo que Vossas Excelências trazem e não nos negarão para prosseguirmos juntos na construção do tribunal que sonhamos e na distribuição da Justiça que o povo espera de nós.

Sejam benvindos ao tribunal.

SAMUEL FRANCISCO MOURÃO NETO (Desembargador)

Discurso proferido por ocasião de sua posse como Desembargador do Tribunal de Justiça (Cerimônia realizada em 08.09.2015).

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR EROS PICELI, DD. VICE-PRESIDENTE DESTE E. TJSP E PRESIDENTE DESTA SESSÃO SOLENE DE POSSE, EM CUJA PESSOA PEÇO LICENÇA PARA CUMPRIMENTAR TODAS AS DEMAIS AUTORIDADES PRESENTES, JÁ ANUNCIADAS.

CUMPRIMENTOS ESPECIAIS DIRIJO AOS COLEGAS DE CONCURSO DE INGRESSO NA MASGISTRATURA E, HOJE, DE POSSE, OS MAGISTRADOS CARLOS ALBERTO DE CAMPOS MENDES PEREIRA E REINALDO CINTRA TORRES DE CARVALHO, CUJAS CARREIRAS, DE INCONTESTE E JÁ REALÇADO BRILHO, FAZEM-ME ORGULHOSO DESTE MOMENTO COMPARTILHADO.

SENHORAS E SENHORES

ENORME É MINHA SATISFAÇÃO PELO FATO DESTA SESSÃO ESTAR SENDO PRESIDIDA PELO PRECLARO DESEMBARGADOR EROS PICELI, MAGISTRADO DE QUEM TIVE O PRAZER DE ESTAR PRÓXIMO DESDE MINHA CHEGADA À COMARCA DA CAPITAL, GRAÇAS AO CONVÍVIO QUE A SEDE SOCIAL DA ASSOCIAÇÃO PAULISTA DOS MAGISTRADOS PROPICIA.

DELE E DE SUA ESPOSA SEMPRE RECEBI ATENÇÃO MUITO IMPORTANTE, O QUE, RECENTEMENTE, TRADUZIU-SE EM CONVITE

PARA SUBSTITUI-LO NA 33ª CÂMARA DIREITO PRIVADO, EM RAZÃO DE SUA ELEIÇÃO.

SABE RESPEITAR AS MUITAS HORAS DIÁRIAS QUE DEDICO À MAGISTRATURA, O QUE SÓ É POSSÍVEL, TAMBÉM, PORQUE SE QUE NOSSA FILHA, LUÍSA (PRINCIPAL COMBUSTÍVEL DE TUDO QUE FAÇO), ESTÁ RECEBENDO TODA A ATENÇÃO NECESSÁRIA, PORQUE TEM MÃE QUE SE DESDOBRA EM MÚLTIPLAS ATIVIDADES, DESAFIANDO A REALIDADE DO TEMPO.

FEITOS QUASE TODOS OS INDISPENSÁVEIS AGRADECIMENTOS, PASSO BREVEMENTE AO RENOVADO COMPROMISSO PARA O FUTURO.

O COMPROMISSO É O MESMO ASSUMIDO QUANDO TOMEI POSSE, AOS 26 ANOS, COMO JUIZ: RESPEITAR O ORDENAMENTO JURÍDICO DO PAÍS E TRABALHAR COM AFINCO, SEMPRE EM BUSCA DE SOLUÇÕES JUSTAS.

OS JURISDICIONADOS VÊM SEMPRE EM PRIMEIRO LUGAR. E É A DEDICAÇÃO MÁXIMA A ELES QUE HONRA AS TRADIÇÕES DESTE CENTENÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

HOJE APOSENTADA E COM 77 ANOS, E NOS BRINDANDO COM SUA PRESENÇA E ENERGIA, FOI FUNCIONÁRIA DESTE E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA, E ME "OBRIGOU" A NELE TRABALHAR QUANDO EU TINHA 14 ANOS. E O FAZÊ-LO SELOU O MEU DESTINO, DEFINITIVAMENTE ATRELADO A ESTA CORTE DE JUSTIÇA.

DE MINHA MÃE NUNCA TIVE NADA ALÉM DE APOIO IRRESTRITO. ELOGIOS QUE, EMBORA NO MAIS DAS VEZES SABIDAMENTE NÃO MERECIDOS, FIZERAM-ME CRER QUE EU FOSSE MELHOR DO QUE EFETIVAMENTE ERA, MAS ME DERAM A CONFIANÇA PARA SEGUIR ADIANTE E CHEGAR ALÉM DE ONDE EU PENSAVA PODER CHEGAR, COMO FAZ PROVA ESTA SOLENIDADE.

AO LADO DELA, MINHAS QUERIDAS IRMÃS REGINA E VALÉRIA E, MAIS QUE ISSO, AMIGAS. E TAMBÉM MÁRCIO, MEU AMIGO DE SEMPRE E QUE, BEM ANTES DE SE TORNAR MEU CUNHADO, SEM NADA ENTENDER DE DIREITO ME EMPRESTOU A SOLIDARIEDADE DA SUA PRESENÇA NA PROVA ORAL QUE ME PERMITIU SER JUIZ.

ANA PAULA, HÁ CATORZE ANOS MINHA MULHER, MERECE DESTAQUE ESPECIAL.

ABRAÇO CADA UM DOS FAMILIARES E AMIGOS PRESENTES E, SEM GENERALIDADE, MEU SAUDOSO AVÔ, CUJO NOME CARREGO, QUE, DESEMBARGADOR, ALCANÇOU OS PONTOS CULMINANTES DA MAGISTRATUDAPAULISTA: CORREGEDOR GERAL DAJUSTIÇA E PRESIDENTE

DESTE E. TRIBUNAL, PROEZAS QUE SEMPRE DESPERTARAM RESPEITO E ADMIRAÇÃO, DESDE OS FILHOS AOS BISNETOS.

SÓ ME IMAGINEI JUIZ PORQUE JUIZ MEU AVÔ FOI.

MEU SAUDOSO PAI, SAMUEL LUÍS, TAMBÉM DA ÁREA JURÍDICA (PROCURADOR DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, DO IPREM), QUE SEMPRE ME INCENTIVOU A SEGUIR EM FRENTE QUANTO À OPÇÃO DE SER JUIZ, COMPARTILHANDO COMIGO SUA FORMAÇÃO HUMANÍSTICA, VASTA CULTURA E FINO HUMOR.

SUA AUSÊNCIA, HOJE, É O PONTO DE TRISTEZA, EM BOA MEDIDA MINIMIZADA PELA PRESENÇA DA QUERIDA NILZA MOURÃO.

PAULO AMÉRICO PASSALACQUA FILHO, PRESENÇA COMOVENTE, UM SEGUNDO PAI QUE, FELIZMENTE, SÓ FEZ DOBRAR OS BONS CONSELHOS, AS NECESSÁRIAS COBRANÇAS E OS INDISPENSÁVEIS INCENTIVOS.

MINHA MÃE, MARIA DOMINGAS. É NESSE PONTO QUE A ESCASSEZ DO TEMPO SE REVELA IMPIEDOSA. RESUMIREI AS PALAVRAS, MAS NÃO OS SENTIMENTOS.

TENHO 38 ANOS DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA E PRATICAMENTE 27 ANOS DE MAGISTRATURA.

É ÓBVIA, POIS, A ABSOLUTA IMPOSSIBILIDADE DA REFERÊNCIA NOMINAL A TODOS OS MAGISTRADOS E SERVIDORES COM OS QUAIS TIVE O PRAZER E A HONRA DE TRABALHAR, DE APRENDER E DE CONFRATERNIZAR.

DAÍ PORQUE, EM RESPEITO AO PRINCÍPIO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DA SESSÃO SOLENE DE POSSE, AGRADEÇO A TODOS ESSES MAGISTRADOS NA PESSOA DO COLEGA E AMIGO, GILSON DELGADO MIRANDA, NÃO APENAS PORQUE NOS CONHECEMOS DESDE O TEMPO DE MENORES COLABORADORES, MAS, PRINCIPALMENTE, PORQUE COM ELE COMPARTILHEI A ÚLTIMA DÉCADA DA CARREIRA DE JUIZ DE DIREITO (NA E. CORREGEDORIA GERAL, NA 25ª VARA CÍVEL DO FORO CENTRAL E NA SESSÃO DE DIREITO PRIVADO). MELHOR SINÔNIMO DE TRABALHO, DE CULTURA JURÍDICA E DE AMIZADE NÃO É FÁCIL ENCONTAR. DEI MUITA SORTE.

JÁ QUANTO AOS SERVIDORES, FICAM OS MEUS AGRADECIMENTOS NA PESSOA DAQUELES QUE ORA COMPÕEM O MEU GABINETE, FRANCISCO, GRAZIELA, MARISA, ROBERTA, VANESSA E MIGUEL, QUE BEM REPRESENTAM A DEDICAÇÃO E A BOA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS JUDICIÁRIOS.

E ASSUNÇÃO À E. VICE-PRESIDÊNCIA DESTA CORTE, O QUE É BASTANTE PARA EVIDENCIAR O ELEVADO E MERECIDO CONCEITO DE QUE GOZA ENTRE SEUS PARES.

NÃO OBSTANTE A JUSTIFICADA AUSÊNCIA DO INSIGNE PRESIDENTE

Acesso ao Sumário

DESTE E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA, DESEMBARGADOR JOSÉ RENATO NALINI, APROVEITO O ENSEJO PARA EXPRESSAR MEU ESPECIAL AGRADECIMENTO PELA PERMUTA QUE ME PERMITIU PERMANECER, EM CARÁTER DEFINITIVO, NA 27ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, NA QUAL FUI RECEBIDO COM MUITO CARINHO PELOS DESEMBARGADORES QUE A COMPÕEM E DE CUJOS CONHECIMENTOS CERTAMENTE ME APROVEITAREI.

ENALTEÇO A MUITO MERECIDA E JUSTIFICADA ESCOLHA DO CULTO ORADOR, DESEMBARGADOR RICARDO CINTRA TORRES DE CARVALHO, CUJO SABER JURÍDICO É NOTÁVEL E NOTÓRIO (TRADIÇÃO DE FAMÍLIA) E CUJAS PALAVRAS AGRADEÇO, MAS, NO QUE ME TOCA, DIZEM DE VIRTUDES QUE, SINCERAMENTE, PRECISO AINDA ME CONVENCER DE QUE AS TENHO OU POSSA VIR A TÊ-LAS.

POIS BEM.

FINALIZANDO, O AGRADECIMENTO QUE FALTAVA:

AO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, QUE, PRIMEIRO, ME DEU A CONHECER A IMPORTÂNCIA DO TRABALHO E DA SEGURANÇA QUE É TÊ-LO; DEPOIS, FEZ-ME JUIZ E ME PERMITIU JUDICAR COM INDEPENDÊNCIA. AGORA, TORNA-ME DESEMBARGADOR, COMO SE ME DESSE, DEPOIS DE QUASE QUARENTA ANOS, A CHAVE QUE FALTAVA PARA, NESTA AUGUSTA CASA, GANHAR ACESSO AOS POUCOS CÔMODOS AINDA DESCONHECIDOS.

OBRIGADO.

REINALDO CINTRA TORRES DE CARVALHO (Desembargador)

Discurso proferido por ocasião de sua posse como Desembargador do Tribunal de Justiça (Cerimônia realizada em 08.09.2015).

Acesso ao Sumário

Primeiramente, senhor Presidente, gostaria de cumprimentar meus amigos que nesta data tomam posse no honroso cargo de Desembargador, os Doutores CARLOS ALBERTO DE CAMPOS MENDES PEREIRA e SAMUEL FRANCISCO MOURÃO NETO, colegas de concurso de ingresso na Magistratura e que sempre abrilhantaram o Poder Judiciário Bandeirante com sua capacidade e honradez.

Passados mais de 25 anos de meu ingresso na Magistratura do Estado de São Paulo, tenho a honra e o orgulho de haver sido promovido ao cargo de Desembargador, último degrau de uma carreira difícil, mas de alegria.

Tive a sorte, senhor Presidente, de constituir uma família que sempre compreendeu as dificuldades da carreira de magistrado, com mudanças constantes de

cidade, trabalho que tomava fins de semana e parte das férias, reduzindo por demais o tempo de convivência que a eles pertencia.

Minha esposa ILKA, companheira de todos os momentos, abriu mão de sua carreira profissional para me acompanhar durante a jornada inicial da carreira, residindo nas cidades de Dracena e Piracicaba durante longos anos, distante de seus pais e irmãos, para depois retornar a São Paulo, de onde saímos. Foi ela, senhor Presidente, quem me presenteou com duas filhas incríveis, GABRIELA e ANDREA, que gostando ou não, tiveram suas infâncias dificultadas com as mudanças de cidade, tendo que abandonar os amigos conquistados e encontrar outros na cidade para onde se mudaram. Aprenderam desde cedo a lidar com as mudanças que a vida nos apresenta, e souberam enfrentar com lucidez e coragem os desafios que lhes foram colocados, desde tenra idade.

Família da qual tenho orgulho e sempre serei devedor das alegrias que me proporcionaram.

Deixo aqui meus agradecimentos ao "seu" CARLOS e à "dona" JANDIRA, meus sogros, que cometeram a insanidade de permitir que sua filha comigo se casasse.

Não posso deixar de consignar, senhor Presidente, algumas pessoas, dentre tantas, que em minha vida profissional e pessoal foram de extrema importância. Falo de meus amigos HAMID CHARAF BDINE, MILTON PAULO DE CARVALHO FILHO, MAURO ANTONINI, NEWTON DE OLIVEIRA NEVES, SAMUEL FRANCISCO MOURÃO NETO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS e o saudoso FRANCISCO ALBERTO MARCIANO DA FONSECA, que em momentos de desânimo sempre estiveram presentes e me mostraram a grandeza da profissão que abracei. Amigos para toda uma vida.

Da mesma forma, os servidores com quem convivi durante todo esse período, amigos que me ajudaram a respeitar o judiciário e a justiça, agradeço a paciência e respeito. Não poderia nomear a todos, pois impossível, mas agradeço a eles nas pessoas de GILMAR MARQUES DA SILVA, ANA CRISTINA MARCONDES DE MOURA, GERALDO NEGRETTI e LOURDES FRUCCI GATO, grandes servidores e amigos.

Senhor Presidente, busquei nesses mais de 25 anos de magistratura honrar o nome de meu pai, RENATO TORRES DE CARVALHO FILHO, da mesma forma que o faz meu irmão RICARDO, magistrados exemplares e que nunca pouparam esforços para dignificar a magistratura. Infelizmente meu pai não pode estar presente nessa solenidade, pois levado de nosso convívio há alguns anos. A ele dedico os sucessos que obtive em minha vida profissional e o isento de qualquer responsabilidade pelos erros e tropeços que cometi.

Importante para mim deixar consignado nesta data tão relevante, a pessoa de minha mãe CARMEN, exemplo de dedicação ao marido e filhos, e que sempre encontrou tempo em sua vida para dedicar-se aos menos favorecidos, atuando por onde passou nos cuidados das famílias que precisavam de apoio para vencer as

dificuldades da vida. Soube como ninguém nos fazer aceitar as necessidades do trabalho de nosso pai, e a sua eventual ausência. Ela sempre soube multiplicar o seu tempo à enésima potência para atender a todos que dela necessitavam. Infelizmente, por problemas de saúde, ela não se faz presente fisicamente, mas com certeza está em sua casa, orgulhosa pela minha conquista.

Não poderia também deixar de anotar, senhor Presidente, a importância de toda a minha família, aqui presente, para que pudesse estar hoje sendo empossado no cargo de Desembargador. Aos meus irmãos RENATO, JUCA, RICARDO, CARMEN e HELOÍSA, bem como meus cunhados e cunhadas, agradeço a amizade, carinho, exemplo e orientações dadas, e que ainda serão dadas, para que possa ser quem sou. Uma família que gostaria a minha se espelhe.

Com certeza deixo de gradecer a muitas pessoas que fizeram parte de minha trajetória, mas acredito que compreendem que seria inviável citar todas elas.

Senhor Presidente, o cargo que agora assumo coroa uma carreira dedicada a bem atender a população que acorre ao judiciário. Busquei, em todas as comarcas por onde judiquei, honrar o nome do Tribunal de Justiça e a história de minha família. Sempre acreditei que o magistrado não é um mero prolator de despachos e sentenças, mas sim um agente de transformação social que tem por dever participar da vida das comunidades onde exerce sua função. Minha preocupação constante foi a de pensar as consequências das decisões tomadas, pois se a aparência é de resolvermos um conflito entre pessoas, na verdade estamos decidindo a vida presente, o passado e o futuro de pessoas, além de estarmos apontando para a comunidade o que deve ser considerado certo ou errado. Nossas decisões extrapolam os limites da lide, interferindo na forma de convívio da sociedade.

Meu preparo acadêmico direcionou-se para a processualística civil, mas, no correr do exercício profissional, seja como advogado ou magistrado, sempre me deparei com situações que não poderiam ser resolvidas pela mera aplicação dos ditames da lei. Na sua interpretação busquei, acima de tudo a justiça, a solução que melhor atenderia ao direito reclamado. Para tanto, busquei olhar para as pessoas envolvidas na demanda, e não apenas para as palavras constantes dos autos. Acredito que justiça se faz com humanidade, aceitando que o ser humano erra e pode mudar, que suas condutas devem ser vistas dentro de um contexto, pois ela faz parte da vida, e a vida é um filme e não uma fotografia. Entendo que é minha obrigação olhar o antes e o depois da conduta analisada, pois só assim posso compreender o que levou alguém a fazer o que fez e tentar decidir com justiça.

Justiça se faz para a parte e não para a opinião pública.

Agi desta forma tanto na atividade jurisdicional quanto na administrativa. Dediquei vários anos de minha profissão junto à administração do Tribunal de Justiça como Juiz Auxiliar da Corregedoria Geral da Justiça e na Coordenadoria da Infância e da Juventude. Por dois anos atuei junto ao Conselho Nacional de Justiça. Estas experiências possibilitaram-me conhecer o judiciário brasileiro

Acesso ao Sumário

internamente e de forma profunda. Nessas atividades tive muitas surpresas agradáveis e algumas nem tanto. O saldo é de que a grande maioria dos juízes são preocupados em cumprir suas obrigações e bem atender a população que deles necessita.

Se maus juízes existem, felizmente são uma pequena minoria.

Atuei nos últimos anos, senhor Presidente, na área da infância e da juventude, onde me dediquei a buscar o reconhecimento dessa importante jurisdição junto ao mundo jurídico, em especial aos magistrados que nela atuam. Infelizmente nossos governantes e nossa classe política ainda não se convenceram de que só conseguiremos uma sociedade mais justa e segura, quando nossa infância e juventude puder viver com dignidade e respeito, com famílias que possam cuidar de seus filhos, dando-lhes moradia digna, escola e saúde que os habilite a buscar seus sonhos pelo próprio esforço, que se possa permitir que eles aprendam com seus erros, como nós aprendemos. Se ainda não conseguimos dar o tratamento que nossa infância merece, não foi por falta de luta. Sinto-me vitorioso. Com grande alegria vi que o Planejamento Estratégico do Tribunal, para os próximos anos, dedicou à infância e juventude atenção especial, sendo ela a única área especializada a ser tratada no planejamento.

Deixo aqui senhor Presidente, o meu compromisso de, como Desembargador, continuar a trabalhar com afinco, honradez e respeito ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, de tudo fazendo para manter a sua posição vanguardista na aplicação da Justiça.

Muito obrigado.

CARLOS ALBERTO DE CAMPOS MENDES PEREIRA (Desembargador)

Discurso proferido por ocasião de sua posse como Desembargador do Tribunal de Justiça (Cerimônia realizada em 08.09.2015).

Excelentíssimo senhor Desembargador Vice-Presidente deste Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, Dr. Eros Piceli

Excelentíssimos pares, colegas na magistratura

Excelentíssimos senhores membros do Ministério Público

Caríssimos membros da advocacia

Excelentíssimas autoridades e senhores representantes das demais autoridades

Meus senhores, minhas senhoras

Chegou a hora do coroamento de uma carreira na vida pública de precisos trinta e quatro anos e meio de serviços. Este é momento único na vida de um magistrado que, muito mais do que representar sua conquista pessoal, significa o êxito de todos os seus familiares, funcionários, mestres, colegas de magistratura e magistério, alunos e de todos aqueles que o incentivaram e propiciaram as condições para que esta elevada investidura fosse alcançada.

Dizia-nos Piero Calamandrei que a "A missão do juiz é tão elevada, a confiança nele é tão necessária, que as fraquezas humanas que se toleram ou se perdoam em qualquer outra ordem de funcionários públicos, parecem inconcebíveis num magistrado. Até mesmo as mais leves nuances de preguiça, de negligência, de insensibilidade, quando se encontram num juiz, parecem graves culpas" (Piero Calamandrei. *Eles os Juízes Vistos por um Advogado*. Editora Martins Fontes, 1995, p. 263).

Para um juiz, então, tornar-se desembargador não é fácil.

Fui juiz substituto em São José do Rio Preto, Santos, Miracatu, Juquiá, Registro, Eldorado, Cananeia e Iguape, fui titular do Fórum Distrital de Maracaí, Comarca de Paraguaçu Paulista, São Sebastião e na Capital. Em São Paulo, atuei nas Varas Criminais Centrais, Vara das Execuções Penais e em Varas Cíveis de Itaquera, Lapa e Pinheiros até vir para este Tribunal.

Um juiz paulista hoje demora cerca de vinte e seis anos para chegar ao Tribunal. Só no exercício da magistratura.

No meu caso, conto tempo desde os dezoito anos quando aqui cheguei como oficial judiciário, cargo equivalente a fiel e auxiliar judiciário, funções há anos já extintas por imposições várias. Fui escrevente, oficial de Justiça, aluno do CPOR-SP, aspirante a oficial e 2º tenente do Exército Brasileiro. Ainda exerci a advocacia para conhecer as agruras daqueles que atuam em defesa dos direitos dos jurisdicionados.

Desde que aqui cheguei até ser promovido a desembargador passaram-se quase três décadas e meia. Uma existência! Uma longa trajetória permeada pelo amor aos estudos, ao serviço e ao próximo.

O juiz tem audiências, atendimento às partes e procuradores, funções correcionais, responsabilidades administrativas e precisa dar vazão à avalanche de processos que lhe é submetida.

Mas cada processo não é apenas uma mera sequência de documentos ou somatório de argumentos, e, sim, receptáculo de um drama humano, de alguém que clama por Justiça e não viu outra saída a não ser acreditar no seu oferecimento pelo Estado-Juiz.

O juiz precisa ser produtivo, ter qualidade de serviço, tirocínio apurado e enxergar além das palavras contidas nas razões das partes.

Muitas vezes tem que se colocar no lugar daquele que é julgado e indagar

como teria procedido se, na sua fragilidade humana, estivesse naquela situação.

Deve ainda o juiz se lembrar sempre que aquilo que para alguns possa ser pouco, para outros é muito ou mesmo o que têm de mais precioso.

Nas palavras do poeta Paulo Bonfim, sejamos humildes com os humildes, altivos com os orgulhosos e divinos com os deuses (*Diário do Anoitecer*, Quartier Latin, 2ª ed., p.74).

Não é demasiado evocar novamente Calamandrei, que registra com veemência: "Para que não vacile a fé na Justiça, não deve sequer ser possível a suspeita de que a liberdade pessoal dos humildes valha menos do que a dos poderosos, nem que a Justiça seja mais rápida em detê-los e mais lenta em soltá-los, como se para as famílias dos pobres, ter os pais na prisão não lhe custasse, mais que para os ricos, fome e dor" (Calamandrei. Ob. cit. p. 243).

O juiz precisa ser sério, ter serenidade, firmeza, transparência, probidade e ainda portar-se de forma compatível com o cargo que exerce.

E, acima de tudo, ser justo. Seu dever, seu ideal.

Precisa estudar para estar atualizado com a evolução social e do direito, atuando em sintonia com os anseios sociais e os valores reinantes no tempo em que vive.

Carece medir as consequências das suas decisões.

Como no poema de Oscar Wilde, em que Deus, após ler e fechar o Livro da Vida do Homem, quando esse finalmente compareceu diante do Todo-Poderoso, Esse lhe disse: "Em verdade deveria mandar-te para o inferno. Sim, devo mandar-te para o inferno. E o homem gritou: Não podes. E Deus perguntou ao Homem: – Por que não posso mandar-te para o inferno? Por que razão? Porque sempre vivi no inferno – respondeu o Homem. E o silêncio reinou na casa do Juízo..."(*A Casa do Juízo*. *Oscar Wilde. Obra completa*, editora Nova Aguilar, RJ, 1993, 5ª ed., p. 991).

Um juiz é aquele que carrega nos ombros um fardo com alegria, porque põe sua vocação e seu talento a serviço dos cidadãos e do bem público.

A alegria em ser Juiz vem da simbiose entre o magistrado e o poeta, entre o julgador e o literato.

Porque ao mesmo tempo em que, como Juiz, ele constrói o bem e a virtude, também opera o Direito como a construção do belo, com sensibilidade de poeta que incorpora em si as dores do mundo e a fome de justiça do povo a serviço de quem coloca sua pena.

A pena com a qual assina seus despachos, decisões e sentenças não pode ter o peso do enfado de julgar, mas a leveza do idealismo e da paixão de quem, ao manuseá-la, sente as dores que não são suas, alguém que vivencia diariamente no interior dos processos o drama das pessoas sob seu julgamento.

Acesso ao Sumário

Um Magistrado deve ser aberto, plural, acessível, democrático, no desempenho profissional e no trato pessoal, um profissional que não se enclausura nas solitárias do mundo jurídico, com seus códigos, leis e suas interpretações estreitas.

Um juiz deve conhecer seu papel social de intermediador de culturas na pluralidade de um País multicultural, em uma sociedade marcadamente injusta e desigual.

Um magistrado deve ser uma pessoa consciente de que o juiz é um cidadão como outro qualquer e que, como tal, deve promover a defesa dos princípios da democracia pluralista e do debate sem censura.

Um magistrado deve saber guardar imaculada a majestade, a responsabilidade e a humildade da toga contra as primazias do arbítrio e a instabilidade das relações.

Por sua vez, quando feito desembargador, além de tudo isso, na esmagadora maioria das vezes, sua decisão é o veredicto final, havendo pouquíssimos casos em relação ao todo, que passam para apreciação dos tribunais superiores.

Como ensinava Piero Calamandrei, o juiz é moderado e purificado pela idade, de quem os anos tiram as ilusões, os exageros e as deformações, a ênfase e a impulsiva generosidade da juventude. (*Eles os Juízes Vistos por um Advogado,* Editora Martins Fontes, SP, 1995, p. 49).

Não fosse isso, aqui se precisa julgar mais de 200 recursos por mês para não se perder para a distribuição dos novos processos, todos igualmente a reclamar justiça.

O magistrado tem que se desdobrar para dar conta de um volume de serviço desumano, mas deve fazê-lo com resignação porque, mais do que o fatalismo das circunstâncias, não pode perder de vista que o poder, antes que autoridade, é serviço pelo próximo, com tudo o que disso decorre.

Cabem as palavras do grande Ruy Barbosa que na *Oração aos Moços* advertia: "não sejais, pois, desses magistrados, nas mãos de quem os autos penam como as almas do purgatório, ou arrastam sonos esquecidos como as preguiças do mato" (*Escritos e Discursos* Seletos, ed. Nova Aguilar, RJ, 1995, p. 675).

Ao julgador não basta conhecer com profundidade a Lei. É necessário conhecer a sociedade para a qual as decisões são proferidas, levar em conta as peculiaridades do caso concreto e daquelas pessoas envolvidas, colocando em cada decisão o sentimento sugerido pela consciência, o chamado senso de justiça, para se chegar a uma decisão justa e encontrar os argumentos pertinentes para exprimir sua sentença.

Fazer isso com presteza, qualidade e justiça não é fácil.

Daí o peso da toga que enverga o magistrado.

Quando cheguei neste Egrégio Tribunal logo percebi que os desafios que se

apresentam são muito mais amplos do que a nobre missão de julgar.

Em verdade, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo é um colosso. É em termos numéricos, o maior tribunal do mundo, justamente para fazer frente ao enorme número de processos que são aforados. Ainda há pouco ouvi do nosso Presidente, o Dr. José Renato Nalini, que em um país de 200.000.000 de habitantes há cerca de 100.000.000 de processos. É como se, em números absolutos, todos litigassem.

A judicialização dos conflitos atingiu patamares nunca antes imaginados. Tal é consequência da democratização da Justiça, marcada pela vigente ordem constitucional inaugurada há pouco menos de três decênios, e que atende a todos independentemente da sua classe social ou dos valores envolvidos nas questões.

Para fazer frente a essa enorme demanda, é notória a necessidade de investimento na informatização e na qualificação dos servidores, de maneira que cada vez mais as tarefas burocráticas sejam realizadas pelo sistema informatizado e que possam os trabalhadores do Judiciário dedicar-se a auxiliar os magistrados na atividade fim de distribuir a Justiça com eficiência.

Dessa forma, valoriza-se a meritocracia na carreira dos servidores, recompensando aqueles que se dedicam ao estudo do direito, obtendo formação mais elevada.

A informatização, além do benefício de acelerar o serviço, traz economia sem precedentes ao Judiciário, às partes, além de facilitar o exercício da atividade profissional da nobre classe dos advogados.

Evita armazenamento e manuseio de processos, despesas com espaço, impressão, papel e torna desnecessária a derrubada de muitas árvores para fazer celulose, contribuindo sobremaneira para o esforço ambiental.

Torna desnecessária a vinda constante dos advogados aos cartórios para vista dos autos, protocolo de petições, pagamentos, facilitando o exercício do seu elevado mister, dentre outras melhorias.

Assim, apesar das dificuldades iniciais com a mudança do sistema de processos físicos para os eletrônicos, os benefícios para todos são notórios. Essa evolução veio para ficar.

Por outro lado, dentro dos aspectos modernizantes da prestação jurisdicional, não se pode perder de vista a importância dos meios alternativos de solução dos conflitos.

O Tribunal de Justiça de São Paulo tem envidado esforços para fortalecer a conciliação, com a criação de setores específicos, incentivando as formas de solução amigável, muito antes de essa ser uma das características mais emblemáticas do Código de Processo Civil que em breve entrará em vigor. É preciso ouvir os interessados e dar poderes para tanto aos demais atores do processo para que

participem buscando o fim da disputa, para que possam contribuir sobremaneira para a solução dos litígios.

Como dizia meu saudoso mestre André Franco Montoro, "é preciso assegurar a cada homem o direito de não ser simples 'objeto' das medidas de proteção e assistência, mas garanti-lhe o direito de, como pessoa, consciente e responsável, participar ativamente na tarefa de seu desenvolvimento e no de sua comunidade" (*Estudos de Filosofia do Direito* editora Saraiva, SP, 2ª ed., 1995, p. 244).

Diz a Bíblia que a boca fala daquilo que o coração está cheio. Hoje meu coração está, com humildade, repleto de júbilo e de gratidão. Por isso agradeço.

Agradeço em especial a Deus, que me conduziu para o caminho da Justiça, que me amparou e livrou-me de todo o mal que nesta travessia enfrentei. Pela oportunidade de viver dirimindo os conflitos e levando solução para a vida dos sedentos por Justiça e ainda por aquinhoar-me, há quase 25 anos, com a segunda profissão de professor, educando com qualidade e responsabilidade os filhos cujas famílias confiaram-me o destino, na formação humana e profissional.

Agradeço ao meu saudoso pai, Descio, pelo exemplo de juiz, homem e ser humano e pelas portas que deixou abertas mesmo depois de desligar-se da vida terrena.

Agradeço à minha mãe, Marcia, pela integridade, pela dignidade, pelo apoio e pelo amor incondicional que sempre ofereceu para os membros da família da qual é a matriarca, esteio e exemplo.

Aos meus filhos, que mesmo nas horas difíceis sempre me apoiaram. Pela compreensão, pelo carinho e pelo amor que me dispensam. E também por serem filhos que amo acima de tudo que há nesta existência terrena e dos quais posso me orgulhar. Dos dois. Igor e Icaro e agora pela alegria que me proporciona com a notícia que ainda ontem recebi, de que em alguns meses serei avô.

Aos meus colegas, por relevarem as minhas falhas e exortarem aquilo que há de melhor no meu coração, na minha alma e no meu intelecto, conduzindo-me à elevação do espírito e a tornar-me melhor profissional e ser humano do que antes.

Aos meus mestres, por terem me desvendado os segredos da ciência do direito.

Às Fundações Instituto de Ensino para Osasco e Pontifícia Católica de São Paulo pela educação superior que recebi.

Aos valorosos funcionários que durante a trajetória no Judiciário e em especial àqueles que atuam em meu gabinete, que pela dedicação, empenho e preparo, são o alicerce e esteio do trabalho que realizo e sem os quais não teria condições de desempenhar a tarefa atribuída e vencer os desafios, os quais não são poucos ou simples.

Agradeço especialmente aos nobres desembargadores desta Casa, que me acolheram e me deram a oportunidade de estar aqui, vivendo tal honraria.

Acesso ao Sumário

Espero corresponder às expectativas e continuar servindo a Justiça e ao povo de São Paulo com o mesmo entusiasmo e dedicação que tinha, aos 26 anos de idade, quando aqui mesmo tomei posse no cargo de juiz substituto.

Sinto-me honrado também por ser recebido por estes integrantes da cúpula do Poder Judiciário Paulista, que sempre me creditaram mais qualidades e méritos do que mereço, assim como por estar ao lado dos outros dois colegas que comigo tomam posse neste Tribunal, magistrados altamente qualificados e dignos da toga que envergam, a quem admiro e que comigo iniciaram a carreira como juízes substitutos.

É com essas palavras de gratidão e de confiança, meus senhores, que me coloco para prosseguir na carreira de forma ativa, altiva e honrada, marcada pelo estudo, pela disciplina, pelo denodo e pelo trabalho, honrando as expectativas de todos.

Se o tempo voltasse atrás e fosse escolher novamente, faria as mesmas escolhas profissionais que fiz, em especial no que toca à Educação, ao Direito e à Justiça.

O Direito, como diria San Tiago Dantas (*in Palavras de um professor*) a que consagramos décadas de nossas existências e as quais se consumirão os anos vindouros nesse serviço, tem o privilégio de ser mais do que uma ciência – de ser uma causa, mais do que um ideal, uma luta, e sendo uma luta pela justiça e pela verdade nas relações humanas, tem e confere o privilégio de ser também uma Cruz, símbolo de dor, mas, principalmente, sinal de desprendimento, de renúncia, de abnegação, de perseverança, de missão e de vitória.

Muito obrigado a todos.

JOSÉ RENATO NALINI (Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo)

Discurso proferido por ocasião do recebimento do título de "Cidadão São-Pedrense" (Homenagem realizada em 11.09.2015).

Emociona-me a generosidade da Câmara Municipal de SÃO PEDRO, ao me honrar com a cidadania são-pedrense. Esta linda cidade, a repousar nas encostas da Serra do ltaqueri, lembra um presépio napolitano, com seu casario brotado entre vegetação generosa e as duas torres antigas a recordar a fé cristã, presente desde as origens da trilha que oferecia espaço de descanso chamado Pouso do Picadão.

Nasceu como Capela de São Sebastião, com autorização da Igreja Católica, então a religião oficial do Império. Mas logo a população trocou de padroeiro para adotar aquele que é o titular das chaves do Paraíso: São Pedro, o apóstolo sobre o qual Cristo edificou sua Igreja.

O povoado logo se desenvolveu e com excelência. O Grupo Escolar é projeto do renomado arquiteto Ramos de Azevedo, também autor do Palácio da Justiça, do Mercado Municipal Paulistano, do Teatro Municipal e do edifício Alexandre Mackenzie, estes na capital.

A busca frustrada de petróleo resultou na descoberta de fontes de águas medicinais, sulfurosas, bicarbonatadas e sulfatadas, o início das Termas de São Pedro, a gerar a edificação de um luxuoso Hotel Cassino.

As águas se emanciparam, mas São Pedro continuou a preservar a sua característica de estância turística, acolhedora ao propiciar inúmeras atrações aos visitantes. Disseminou-se o ecoturismo, a prática de esportes radicais como o vôo em asa-delta, o "rapel" nas corredeiras, além das festas populares e do clima ameno e sedutor.

Estou desvanecido por agora pertencer à cidade de Gustavo Teixeira, meu antecessor na Academia Paulista de Letras, falecido em 1937, pouco depois de eleito imortal bandeirante. Convivi bastante com Maria de Lourdes Teixeira, mãe de meu grande amigo Rubens Teixeira Scavone, que presidiu também a Academia Paulista de Letras e que me legou a amizade fraterna com seu filho Márcio Scavone, um dos maiores fotógrafos do mundo.

Agradeço ao Presidente da Câmara, vereador ALEX SILOTO, autor da propositura e aos que o acompanharam nessa outorga memorável, a evidenciar a dimensão cordial dos são-pedrenses, os vereadores, CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA, Vice-Presidente, ADILSON DE JESUS, ADRIANO VITOR DE OLIVEIRA, ALi.INO ANTUNES, HENRIQUE JESUS RAMOS DA SILVA, CÁSSIO HELLMEISTER CAPELLARI, ELIAS GARCIA CANDEIAS, INDIO, ITA, IVAN TEIXEIRA DE BARROS, LUIZ ROBERTO AZZINI, JOSÉ MÁRIO DE BARROS, ANTONIO BENEDITO FERRAZ TOLEDO e ANTONIO APARECIDO DOS SANTOS.

Recebo a honraria em nome do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, prestes a completar seus 150 anos e que sempre ofereceu a SÃO PEDRO suas primícias na magistratura, como é o caso dos jovens juízes LETÍCIA DE ASSIS BRÜNING e RODRIGO PINATI DA SILVA, hoje a judicar na Comarca.

Cumprimento o Prefeito HELIO DONIZETE ZANATTA e o vice THIAGO SILVÉRIO DA SILVA pela belíssima cidade e agora já me orgulho de poder cantar, como filho da terra, o Hino de São Pedro:

Das florestas nasceste, da serra e do gado
Demarcando as veredas calcadas no chão
E o tropeiro valente, sozinho e cansado
Semeou os primórdios de teu coração
Ó São Pedro de encanto e de glória
Ponto a ponto, serena e gentil

Vais bordando no pano da história
Um poema de amor ao Brasil.
Palpitante, crescente, juntando em teu seio
Do Brasil e da Itália, a ternura e a bondade
Se tornando em verdade, com praz, sem receio
Capital do turismo e da hospitalidade
Tudo em ti transparece em fulgor e beleza:
És trabalho pujante, és magia sem par
Artesã dos meus sonhos, de irmã natureza
Minha doce São Pedro, meu berço, meu lar...
Que teus filhos felizes estejam contigo
Na canção do progresso, que eleva e conduz
Bendizendo teu solo e teu céu sempre amigo
Confiantes buscando um futuro de luz.

Feliz a cidade que tem dois Hinos; Pois não é menos bonito a *Exaltação a São Pedro,* de Aécio Flora e Florisvaldo de Almeida Leme:

Tudo aqui é beleza inaudita
É encanto de raro esplendor
É um orgulho esta terra bendita
Onde tudo é Brasil e Amor!

LETÍCIA DE ASSIS BRÜNING (Juíza de Direito)

Discurso proferido por ocasião da instalação da 2ª Vara Judicial da Comarca de São Pedro (Cerimônia realizada em 11.09.2015).

Excelentíssimo Desembargador Dr. José Renato Nalini, Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Excelentíssimo Senhor Hélio Donizete Zanatta, Prefeito do Município de São Pedro, Excelentíssimo Vereador Alex Siloto, Presidente da Câmara Municipal de São Pedro; e quero também saudar na pessoa do Presidente Dr. José Renato Nalini, os magistrados, demais autoridades e todos os que prestigiam essa cerimônia.

É um imenso orgulho participar desse momento histórico para a Comarca de São Pedro.

Quando escolhi São Pedro para ser minha comarca na entrância inicial, sabia que iria enfrentar um grande desafio. Tinha conhecimento do elevado número de processos na 1ª Vara e especialmente daqueles em atraso, muito em razão do pequeno número de funcionários e da existência de um único juiz para julgar tudo.

Acesso ao Sumário

Eu lembro que à época entrei em contato com o Escrivão da Vara, Sr. Reginaldo Donizete Fantato, que foi bastante franco com relação às dificuldades pelas quais passavam, o que anotei com muita atenção, e até cheguei a me questionar "será que eu vou dar conta?". Havia outras opções de comarcas mais tranquilas, mas eu insisti em vir para cá.

O que eu tenho a dizer hoje é que não poderia ter escolhido comarca melhor para ser a minha inicial.

Assim que eu cheguei e me deparei com os problemas que eu já sabia que teria que enfrentar, senti logo de início uma energia divina vinda dos funcionários que aqui me esperavam e vi nos olhos deles a vontade geral de melhorar a realidade do nosso Fórum. Ali começavam os nossos laços profissionais e de amizade, que só cresceram de lá para cá.

Mas se esse já era um indício de que São Pedro era o lugar reservado para mim, mal eu sabia que algo impressionante estava por acontecer. Iria conhecer colegas que me fariam ter por eles uma grande admiração por todo o resto da vida. Estou me referindo aos Doutores Ettore Geraldo Avolio, Wander Pereira Rossette Junior, Mauro Antonini, Lourenço Carmelo Torres, Maurício Habice, Marcos Douglas Veloso Balbino da Silva, Rogério de Toledo Pierri e Rogério Sartori Astolphi, porque simplesmente se disponibilizaram a enfrentar os problemas de São Pedro junto comigo sem prejuízo do trabalho em suas varas, e se propuseram a realizar uma força-tarefa para pôr em dia o grande número de processos em atraso; orientavam os funcionários para otimizar o andamento das ações, além de batalhar pela instalação da segunda Vara comigo. E para isso não mediram esforços.

Eu quero então nessa data especial deixar meus sinceros agradecimentos a esses grandes colegas que são meu norte de conduta de trabalho, que são exemplo de comprometimento com o sentido da nossa profissão.

E não em menor medida quero agradecer à Presidência do nosso Tribunal de Justiça, não apenas na pessoa do Dr. José Renato Nalini, mas também na do juiz assessor da Presidência, Dr. Fernando Figueiredo Bartoletti, pela sensibilidade e celeridade com que foi analisada a situação crítica da comarca de São Pedro e determinada a instalação da 2ª Vara.

Acesso ao Sumário

Meus agradecimentos também à Ordem dos Advogados do Brasil, subseção de São Pedro, que já travava longa batalha pela instalação da 2ª Vara e apoiou em absoluto todas as iniciativas para a concretização desse antigo sonho.

Agradeço ao Prefeito do Município de São Pedro, Sr. Hélio Donizete Zanatta, pela colaboração para que pudéssemos ter mais espaço no fórum – disponibilizando outro imóvel para o Cartório Eleitoral, cuja mudança está prestes a ocorrer; e propiciando a reforma para instalação do gabinete do novo juiz.

Feitos apenas os principais agradecimentos e já me desculpando por não mencionar uma a uma todas as valiosas ajudas recebidas, e assim o fiz na

tentativa de ser breve, quero encerrar minhas palavras desejando muita sorte, sucesso e felicidades ao meu colega Dr. Rodrigo Pinati da Silva, titular da 2ª Vara, que nesse período de auxílio à 1ª Vara já demonstrou grande empenho e dedicação para proporcionar a São Pedro a melhor prestação jurisdicional possível a todos os que vierem em busca de justiça.

Muito obrigada.

JOSÉ RENATO NALINI (Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo)

Discurso proferido por ocasião do recebimento do título de "Cidadão Campo-Limpense" (Homenagem realizada em 11.09.2015).

É uma alegria e um privilégio tornar-me cidadão campo-limpense no ano em que CAMPO LIMPO PAULISTA completa seus cinquenta anos. Foi o Juiz JOSÉ DUÍLIO NOGUEIRA DE SÁ, grande magistrado jundiaiense, citado até por Pontes de Miranda, e pai do desembargador MÁRCIO FRANKLIN NOGUEIRA, hoje Coordenador do Curso de Direito das gloriosas Faculdades "Padre Anchieta", que instalou em 21.3.1965 o município de CAMPO LIMPO PAULISTA.

Lembro-me bem e com saudades, do seu primeiro Prefeito, ADHERBAL DA COSTA MOREIRA, entusiasta emancipador, assassinado em 7.6.1968. A Krupp Metalúrgica trouxe muito progresso à região e à sua inauguração, em 1961, estiveram presentes o Governador Carlos Alberto de Carvalho Pinto e do Presidente da República Jânio da Silva Quadros.

Conheço CAMPO LIMPO PAULISTA praticamente desde que nasci. Inúmeros amigos tive e tenho aqui. Conheço há muitos anos o Prefeito JOSÉ ROBERTO DEASSIS, que já foi duas vezes antes o Chefe do Executivo campolimpense.

Agradeço ao vereador que teve a ideia de me honrar com o título de cidadão e a todos os que o acompanharam nessa generosidade: ADALBERTO JOVENTINO DA SILVA, ANA PAULA CASAMASSA DE LIMA, ANTONIO FIAZ DE CARVALHO, FLÁVIO CARDOSO DE MORAES, JORGE BENEDITO DE MELLO, JOSÉ CARLOS DA ROSA, JOSÉ RIBERTO DA SILVA, JURANDI RODRIGUES CAÇULA, LEANDRO BIZETTO e MARIA DO ESPÍRITO SANTO PARANHOS PIRES.

Tenho a alegria de comunicar que o PL.49/2014, recentemente aprovado pela Assembleia Legislativa, converteu CAMPO LIMPO PAULISTA em Comarca, o que significa a maioridade judiciária a esta progressista cidade.

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA do Estado de São Paulo sempre conferiu a CAMPO LIMPO PAULISTA a sua melhor atenção. É Foro Distrital desde 1982, tem sua segunda Vara desde 1994, hoje é Comarca entregue aos Magistrados PATRÍCIA

CAYRES MARIOTTI e MARCEL NAI KAI LEE.

Tive também a honra de entregar a Comarca ao patrocínio do Juiz SAMUEL MARTINS, que judicou em Jundiaí e hoje é ali nome uma das avenidas mais importantes da cidade. E posso agora, como conterrâneo, cantar o Hino Oficial, resultante de concurso promovido pela antevisão de ADHERBAL DA COSTA MOREIRA e cujo vencedor foi RAUL THOMAZ OLIVEIRA DOVALLE.

Hino que reza:

Entre serras e colinas
Que emolduram teu semblante
Com o *selo do progresso*
Esperança bandeirante
Oficinas, lavouras, escolas tens,
Chão paulista de valor
Campo Limpo te saudamos
Com *um hino de louvor*
Tens indústrias, culturas que são labor
E grandeza dos filhos teus
Tens no clima privilégio
Doação do próprio Deus.

JOSÉ RENATO NALINI (Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo)

Discurso proferido por ocasião do recebimento do título de "Cidadão Varzino" (Homenagem realizada em 11.09.2015).

Estou em casa ao me tornar Cidadão Varzino. Desde criança eu frequentei propriedades rurais de amigos aqui em Várzea, então parte de minha terra natal, nossa Jundiaí. Aqui passei retiros e férias inesquecíveis, no antigo Sítio dos Padres Salvatorianos, responsáveis pela minha educação ginasial e colegial. Aqui foi construído o Seminário Jordanianum, que leva o nome do fundador da Sociedade do Divino Salvador, Padre Jordan. Lugar que depois serviu durante muito tempo para a realização do movimento religioso Cursilhos da Cristandade.

Quando Várzea conseguiu a emancipação, em 1964, eu já deixara o Colégio Divino Salvador e quando instalado o município, em 21.3.1965, eu estava prestes a iniciar o meu curso de Direito. O Distrito de Secundino Veiga, famoso jornalista jundiaiense, deu origem à progressista Várzea Paulista. Aqui se desenvolveram indústrias como a Elekeiroz, a Alfred Teves, depois a ITT Automotive, hoje Continental Automotive do Brasil Ltda, a KSB bombas hidráulicas S/A, a Foton

Indústria Chinesa de Caminhões, a Metalúrgica Irmãos Dal Santo.

Assim como Jundiaí, Várzea Paulista não passou incólume pelas crises que assolaram a República. O empreendedorismo foi coartado, a pobreza aumentou, a população fugiu da zona rural e se asilou na zona urbana, sem condições de sobrevivência digna. Empresas sofreram, demitiram, não conseguiram suportar a elevada e crescente carga tributária. E o desânimo campeou, principalmente após constatação de que o Erário era saqueado por malfeitores. Pois se corrupção agora se chama "malfeito", quem faz malfeito é malfeitor ...

Várzea só cresceu. De menos de dez mil habitantes em 1970, chegou a 2012 com 110 mil moradores. A Justiça procurou fazer sua parte. Criou Vara Distrital e eu tive a alegria de ver aqui minha irmã, Jane Rute Nalini Anderson, a judicar, na condição de segunda magistrada de um foro distrital de entrância inicial, antiga primeira entrância antes de migrar para Jundiaí, onde continua à frente da 3ª Vara Criminal. Também tive a honra de elevar, administrativamente, a Comarca de 2ª entrância, a Entrância Intermediária, por Resolução 663, de 9.10.2014, do próprio Tribunal, sob minha gestão.

Também foi de minha iniciativa a entronização do nome JOSÉ DUÍLIO NOGUEIRA DE SÁ a esta Comarca, pensando em eternizar o grande Juiz jundiaiense que instalou Campo Limpo Paulista e que foi Juiz Eleitoral em nossa região. E Várzea Paulista ainda tem uma Escola Estadual de Primeiro Grau denominada "João Baptista Nalini", um familiar meu, genitor do Monsenhor Venerando Nalini, outro pro-homem jundiaiense.

Tive a satisfação de revisitar Várzea Paulista na condição de Corregedor Geral da Justiça e de solicitar maior empenho do Registro de Imóveis para que viesse a cumprir sua função de *registrador,* não de *recusador* de títulos.

Cumprimento o Prefeito Juvenal Rossi pelo trabalho rumo ao saneamento, pois inúmeros municípios brasileiros não levam a sério a urgência de tratamento do esgoto urbano e, com isso, agravam a situação da qualidade de vida e aumentam a potencialidade de doenças da população.

Agradeço ao vereador que teve a iniciativa de homenagear o transitório Presidente do Tribunal de Justiça com a cidadania varzina e a todos os que o acompanharam, cujos nomes faço questão de enunciar: CLAUDEMIR SANTOS GONÇALVEZ, DEMÉRCIO DE ALMEIDA, IVAN SADA, JOSUÉ DA SILVA RAMIRO, JUAREZ GILBERTO CARDOSO, LUCIANO BRAZ DE MARQUES, MAURO APARECIDO DA SILVA, SILAS ZAFANI, SILSO DAS NEVES, SUELI DO YAKULT e VALDILENE MARINA DE OLIVEIRA SILVA.

Agora já posso, como conterrâneo, entoar o Hino de Várzea Paulista, letra e melodia de Claudinei de Souza:

Várzea campesina de um mil e oitocentos
De vales tão lindos relatos de um tempo

Que uma ferrovia que ingleses fariam
Progressos trariam a este lugar
E das olarias do barro massa pé
Que então passaria **o** ciclo do café
E enfim acabaria ao negro a escravidão
E então surgia nossa bela estação
Não a vi nascer, mas ouço falar
Te vejo a crescer e quero estar
Em cada momento, oh, Várzea Paulista
Nossos corações sua história conquista
Polo produtor, referência industrial
Cidade das orquídeas, orgulho nacional
Da singela cultura em cada cidadão
Pois somos varzinos de amor e coração

JOSÉ RENATO NALINI (Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo)

Discurso proferido por ocasião do recebimento do título de "Cidadão Osasquense" (Homenagem realizada em 15.09.2015).

É um privilégio para o transitório Chefe do Poder Judiciário Paulista, já em final de mandato e de carreira, merecer a honra de ser *Cidadão Osasquense* por generosidade de sua Câmara Municipal, a partir da iniciativa do Vereador ALEX SANDRO DE SOUZASÁ.

OSASCO é um dos maiores municípios brasileiros, suplanta várias capitais brasileiras em todos os índices e faz jus ao dístico *Urbs Labor,* a *Cidade Trabalho.* Nasceu como Quitaúna e herdou o nome da cidade natal de Antonio Giuseppe Agu, italiano que iniciou a trajetória desenvolvimentista desta dinâmica urbe.

Aqui pontificam empreendimentos que suplantam as crises, aqui a educação se leva a sério, aqui se vivencia a esperança num Brasil melhor, que é o sonho de cada brasileiro nesta quadra histórica.

Cidade jovem, com apenas 53 anos, sabe respeitar o idoso e não perde a oportunidade de redesenhar o futuro, de que é modelo o investimento de uma das maiores instituições financeiras do planeta – o BRADESCO – em seu projeto educacional, batizado de *Cidade de Deus.*

O município que assistiu ao primeiro vôo na América Latina, em 1910, é hoje um gigante e gigantesca a missão da Justiça ao atender às legítimas aspirações de sua populosa gente. O crescimento da Comarca se deu de forma exponencial e o

TRIBUNAL DE JUSTIÇA esteve atento às necessidades, multiplicando as estruturas do Poder Judiciário, aqui bastante adequadas ao presente momento de contingenciamento e de profunda recessão.

Agradeço à Câmara Municipal a generosidade da outorga. Meu muito obrigado ao Presidente da Câmara, JAIR ASSAF e a cada um dos nobres edis que sufragaram a proposta de ALEX SANDRO DE SOUZA SÁ, o *Alex da Academia,* 2º Secretário da Edilidade, e cujo nome faço questão de enunciar: KAREN CRISTINA GASPAR JOVANELLI, 1ª Vice-Presidente, CLAUDIO HENRIQUE DA SILVA, 2º Vice-Presidente, MARIA JOSÉ FAVARÃO, 1ª Secretária, OLAIR PRADO DE OLIVEIRA, 3º Secretário, ROGÉRIO UNS WANDERLEY, ALUISIO DA SILVA PINHEIRO, DR. ANDRÉ SACCO JÚNIOR, ANDRÉA CRISTINA CAPRIOTTI MAIER, BATISTA DE SOUSA MOREIRA, REINALDO HIPÓLITO LEAL, FRANCISCO DE PAULA DE OLIVEIRA LEITE, CLAUDINEI JOSÉ SIMÃO, JOSIAS NASCIMENTO DE JESUS, MÁRIO LUIZ GUIDE, ROGÉRIO ANTONIO DA SILVA, SEBASTIÃO BOGNAR, ANTONIO APARECIDO TONIOLO, VALDIR PEREIRA ROQUE e VALDOMIRO VENTURA DA SILVA. Posso afiançar que levo a sério a cidadania, honra maior que uma cidade pode prestar a um forasteiro. É a forma de considerá-lo conterrâneo, um semelhante, quiçá um igual e um irmão.

Cumprimento o Prefeito JORGE LAPAS, pelo dinamismo de sua gestão atenta às necessidades da população e zeloso em relação à saúde, educação e habitação, conforme se vê do número de obras já concluídas e em plena concretização.

Agradeço a meus colegas magistrados, na pessoa do Diretor do Fórum SAMUEL KARASIN, o apreço evidenciado ao Presidente do Tribunal de Justiça do Estado, hoje, com, muito orgulho, cidadão osasquense.

Já posso agora, com legitimidade, entoar o Hino oficial, letra de José Pessoa e música de Thelma de Vasconcelos, cujos versos eloquentes lembram uma das epopeias aqui ocorridas:

De mãos *dadas, unidos, mil sonhos*
Gestaremos no sul do querer
O ontem vitória dos tempos
Faz o *hoje feliz florescer*
É Osasco cantando a *História*
As glórias de um povo em ação
O movimento dos autonomistas
E vôos que a *vista*
Dá no coração
Osasco
Osasco brilha
Na América do Sul
Foi em Osasco que o *Homem*
Sonhou e conquistou

O céu azul
Osasco
Osasco brilha
Dos Corações do porvir
do trabalho ao *esporte:* a *semana*
A arte proclama
Um jeito de ser Brasil
De mãos *dadas, cultura e raças*
Se embalaram num mesmo *querer*
E do sonho se fez a cidade
Que hoje se orgulha de ser
Osasco – Cidade Trabalho
Bandeira de um povo em ação
Unido na fé e esperança
Brasão da vitória
Do Sim sobre o Não.

JOSÉ RENATO NALINI (Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo)

Discurso proferido por ocasião do recebimento do título de "Cidadão Araçariguamense" (Homenagem realizada em 16.09.2015).

A maior láurea que a cidade pode oferecer a quem nela não nasceu é considerá-lo conterrâneo. Por isso a minha alegria ao me tornar *Cidadão de Araçariguama,* não por mérito próprio, mas em nome do honrado TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, ora a se preparar em direção ao seu Sesquicentenário.

Acesso ao Sumário

Uma das cidades mais tradicionais de São Paulo, seus primórdios situam-se em 1648, com a edificação do templo a Nossa Senhora, belíssimo exemplar em taipa de pilão que atraía a atenção de toda a população paulista.

ARAÇARIGUAMA tem uma história vinculada ao ouro. Já em 1590, Afonso Sardinha, conhecido como Capitão-Mor de São Paulo de Piratininga encontrou ouro de lavagem no sopé do Marrado Vuturuna. Em 4.12.1605, ele ergueu uma capela aos devotos de Santa Bárbara, a protetora dos mineiros e dos militares, nos arredores do local hoje conhecido como Morro do Cantagalo, onde se descobriu vasto veio aurífero nestas paragens. Foi em 1926, a empresa "Saint George Gold Mine", obteve direito de exploração da Mina do Ouro de Araçariguama, de onde saíram aproximadamente 45 kg de minério em media por mês. Nesta mesma data foi

construída a sede da Casa da Fazenda São José, hoje sede da Fundação Antonio Antonieta Cintra Gordinho em Araçariguama.

Em 1991, graças a emancipadores liderados por Severino Alves Filho, o Paraíba, Araçariguama reconquistou sua autonomia político-administrativa e o Governador Luiz Antonio Fleury Filho assina a lei estadual 7.665/91, que reconduz Araçariguama à condição de município emancipado.

Lugar privilegiado, tem seu nome vinculado à espécie *araçari,* ave que lembra um tucano e que os tupis-guaranis viam a se dessedentar na região, daí o nome da urbe: Araçariguama, lugar onde bebem os araçaris.

O maior galardão que o município pode oferecer a um forasteiro é considerá-lo conterrâneo, semelhante, um igual e um irmão. Por isso a minha alegria ao me tornar araçariguamense, por generosidade da Douta Câmara Municipal, a cujos dignos integrantes agradeço, penhoradamente e faço questão de enunciar seus ilustres nomes: Presidente LEANDRO AMARO DE ANDRADE, Vice-Presidente JOSÉ FERNANDES DA COSTA, 1º Secretário MOACYR DE GODOY NETO, 2° Secretário PAULO HENRIQUE P. VOLCOV, Vereadores ALTAIR FERNANDES DE OLIVEIRA, GENIVALDO VIDAL DOS SANTOS, JOSÉ APARECIDO FÉLIX, MAURO BONIFÁCIO, MILTON DA COSTA, NADIVAN FERREIRA MAIA e RODRIGO DE ALMEIDA SOUZA.

Cumprimento o Prefeito ROQUE HOFFMANN, ora em seu segundo mandato, pela beleza do município que comanda.

Guardarei com todo o carinho esta láurea que me enobrece e que significa o respeito que ARAÇARIGUAMA devota ao Poder Judiciário da terra bandeirante.

Agora já posso, como conterrâneo, entoar o Hino do Município:

Despontando no interior paulista
Surge um nome que engrandece o *Brasil*
Araçariguama cresce à *nossa vista*
Resplandece em meio a *tantas outras mil*
Esperança que renasce a *cada dia*
Com os olhos num futuro promissor
Pra tornar nossa cidade
Fonte de felicidade
Com *trabalho, dedicação e amor*
Araçariguama, nosso coração
Sempre em nosso peito, é pura paixão
De gente honesta, de respeito e de valor
Araçariguama, é tão bela como a flor
Araçariguama, o *portal do interior*

Cidadejovem com um futuro tão brilhante
Com passado de história e tradição
O *teu verde é um verde cativante*
O *teu povo é de fé e união*
Princesinha da Castelo é nossa terra
Cidade d'ouro nosso prazer de morar
Povo alegre e ordeiro
Tão feliz e hospitaleiro
Araçariguama sempre vou te amar
Araçariguama, nosso coração
Sempre em nosso peito, é pura paixão
De gente honesta, de respeito e de valor
Araçariguama, é tão bela como a *flor*
Araçariguama, o portal do interior.

JOSÉ RENATO NALINI (Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo)

Discurso proferido por ocasião do recebimento do título de "Cidadão Mogiano" (Homenagem realizada em 17.09.2015).

Tornar-me *Cidadão Mogiano* é uma honra que enternece o coração do transitório Chefe do Poder Judiciário bandeirante, ora em vias de encerrar sua gestão e sua trajetória pela Magistratura.

A generosidade dos Vereadores FRANCISCO MOACIR BEZERRA DE MELO FILHO e MAURO LUIS CLAUDINO DE ARAÚJO, sufragada pelos demais nobres edis da Câmara Municipal de MOGI DAS CRUZES é um presente que levarei, emocionado e gratificado, até o fim de meus dias.

Sei da insignificância de meus méritos pessoais, mas o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO sempre conferiu a MOGI DAS CRUZES a melhor de suas atenções e os mais qualificados quadros pessoais, tanto da Magistratura, como do zeloso funcionalismo. Ora prestes a completar seu Sesquicentenário, esta Corte de Justiça que é a maior do Planeta, merece o reconhecimento deste operoso povo mogiano.

MOGI DAS CRUZES é um dos municípios mais tradicionais na História da Nação Brasileira. Sua fundação data de 1560, poucos anos depois da oficial descoberta do Brasil. Sua fundação está indissoluvelmente vinculada à epopeia bandeirante. Tanto que seu lema é *BANDEIRANTES GENS MEA – Procedo dos Bandeirantes.*

Sempre nutri respeito por MOGI DAS CRUZES, desde que se tornou a morada de amigos diletos, o jornalista PAULO MARQUES, sua esposa AMÉLIA, sua filha MARIA AMÉLIA e seu filho PAULO MARQUES JÚNIOR. Depois, conheci JOSÉ ELIAS HABICE FILHO, zeloso magistrado, cujos filhos continuam meus colegas e amigos. Frequentei suas festas memoráveis e aprendi a estimar a terra que eles escolheram como lar. Trabalhei com o juiz MARCOS NAHUM, que também só me forneceu a melhor das impressões em relação a MOGI DAS CRUZES.

Finalmente impressionei-me, desde a vez primeira em que aqui estive oficialmente, na condição de Corregedor Geral da Justiça, com o dinamismo de seu prefeito, o jovem Marco Aurélio Bertaiolli, que se mostrou sensível às urgências e necessidades da Justiça e não negou aporte a uma Instituição em ano de carências e de recessão.

Aqui também tenho um parceiro zeloso e dedicado, o Juiz BRUNO MACHADO MIANO, cuja liderança o conduziu a representar a Primeira Instância no Comitê Gestor de Priorização dessa que é a mais importante parcela da Magistratura brasileira.

MOGI DAS CRUZES é abençoada também por seus bispos. Aqui exerceu o pastoreio o célebre DOM PAULO ROLIM LOUREIRO, semeador de Carmelos por todo o Estado e agora aqui está o Bispo ecológico, Dom PEDRO LUIZ STRINGHINI, inteiramente afinado com o Papa verde, o Papa das periferias que é o jesuíta FRANCISCO, homem abençoado para a atual fase enfrentada pela Cristandade no mundo egocêntrico do consumismo.

Tudo me leva a amar esta terra de BRÁS CUBAS, à qual o TRIBUNAL DE JUSTIÇA tem devotado toda a sua atenção e agora merece o privilégio de ter seu Presidente considerado oficialmente mogiano.

Minha eterna gratidão ao Presidente ANTONIO LINO DA SILVA e a todos os nobres edis mogianos: RINALDO SADAO SAKAI, 1° Vice-Presidente, PEDRO HIDEKI KOMURA, 2° VicePresidente, JEAN CARLOS SOARES LOPES, 1º Secretário, MARCOS PAULO TAVARES FURLAN, 2° Secretário, FRANCISCO MOACIR BEZERRA DE MELO FILHO, autor do projeto que tanto me enternece, assim como MAURO LUIS CLAUDINO DE ARAÚJO, mas também ANA KARINA RODRIGUES PIRILLO, BENEDITO FAUSTINO TAUBATÉ GUIMARÃES, CAIO CESAR MACHADO DA CUNHA, CARLOS EVARISTO DA SILVA, CARLOS LUCAREFSKI, CLAUDIO YUKIO MIYAKE, CLODOALDO APARECIDO DE MORAES, EMERSON RONG, IDUIGUES FERREIRA MARTINS, JULIANO JUN ABE, ODETE RODRIGUES ALVES SOUSA, OLIMPIO OSAMU TOMIYAMA, PROTÁSSIO RIBEIRO NOGUEIRA, ROBERTO VALENÇA LIMA, RUBENS BENEDITO FERNANDES e VERA LUCIA NOGUEIRA RAINHO PRADO.

Parabéns, prefeito MARCO AURÉLIO BERTAIOLLI, jovem liderança estadual, cuja administração já foi referendada pela população e oferece a MOGI DAS CRUZES o melhor de seu dinamismo, assim como a minha gratidão aos

colegas que me honraram com sua presença.

Conterrâneos de MOGI DAS CRUZES: podem contar com o meu eterno reconhecimento.

JOSÉ RENATO NALINI (Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo)

Discurso proferido por ocasião do recebimento do título de "Cidadão Jandirense" (Homenagem realizada em 17.09.2015).

Tive de acompanhar o então Presidente do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, Desembargador NEREU CESAR DE MORAES quando instalou, em 18.8.1989, o Foro Distrital de JANDIRA. Tive a satisfação de oferecer à Comarca a dinâmica juíza TEREZA CRISTINA TAMBASCO ANTUNES, minha afilhada de casamento hoje à frente do Foro Regional de Nossa Senhora do Ó.

Desde então já me impressionava o lema de JANDIRA: "*Se* o *Senhor não guardar esta cidade, em vão vigiará* a *sentinela*". A *Cidade Favo de Mel* cativa a todos com sua vocação à doçura.

Naquela oportunidade histórica, o erudito Chefe do Poder Judiciário Paulista assinalava:

"*Aqui em Jandira também ressoam os brados de alerta contra* essa *onda avassaladora de destruição de valores e do niilismo infecundo que assalta as nações nesta quadra tormentosa de sua história. Aqui se renovam as energias que haverão de congregar* os *homens de boa vontade, que farão com que não se rompa* o *relógio de* nossa *cultura e de nossa civilização. Aqui se compreendeu que qualquer partido que eleja* o *ceticismo como princípio de política é perverso*"[1].

Tudo muito análogo ao que o Brasil enfrenta hoje. Mas é preciso nutrir a mesma esperança: "*Felizmente para nós, ...*o *verde da preciosa árvore da vida suplanta sempre* o *cinzento das teorias*"[2].

Propicia-me a Providência Divina a felicidade de receber hoje a cidadania jandirense, ao mesmo tempo em que celebro a iniciativa do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO que, na minha gestão, obteve da Augusta Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo aprovação do PL.49/2014. Seu artigo primeiro dispõe: "*Os Foros Distritais do Interior são elevados* à *categoria de Comarca, preservada a entrância em que se encontram classificados e ressalvada eventual modificação constante desta lei cornplementar*".

1 MORAES, Nereu Cesar de, *Senhoras & Senhores,* RT: São Paulo, 1997, p.252.

2 MORAES, Nereu Cesar de, op.cit., idem, ibidem.

JANDIRA obtém, 26 anos depois da instalação de seu Foro Distrital, a plena autonomia judiciária. Já não necessitará do deslocamento até Barueri para os atos de cidadania que não prescindem da intervenção das delegações extrajudiciais, os antigos cartórios. É uma verdadeira promoção para a população jandirense, à qual hoje passo a pertencer afetivamente.

Minha gratidão à Douta Câmara Municipal, em especial ao Presidente ROBERTO RODRIGUES, ao Vice-Presidente ARVERINO XAVIER DA SILVA, ao 1º Secretário ALTAMIR CYPRIANO DA SILVA, ao 2º Secretário ODAIR SOUZA VIANA, ao 3º Secretário MARCELO MARQUES DE SOUZA e aos demais nobres Edis, IEDA COSTA DE OLIVEIRA, JOÃO VALENTIM DA SILVA, JÚLIO EDUARDO DE LIMA, LUIZ ANTONIO SOARES, MARCOS DA SILVA FERREIRA, NEY CUSTÓDIO DE SOUZA, REGINALDO CAMILO DOS SANTOS e WILSON DE SOUZA COELHO, que me conferem a maior honraria que um município pode oferecer a um forasteiro: considerá-lo conterrâneo, um semelhante, um igual, um irmão.

Cumprimento o Prefeito GERALDO TEOTÔNIO DA SILVA, o Gê, desejando todo o êxito à sua administração, assim como ao vice-prefeito ROBERTO RODRIGUES.

É assim que me sinto hoje, rendendo graças à Providência Divina que me aquinhoou de indeléveis emoções como a desta manhã.

Agora já posso, como jandirense de direito, entoar com legitimidade o Hino Municipal cuja letra é de Miro Bastos, co-autor da música com Adairson José da Silva e cujos versos bem traduzem a simpatia da cidade:

Oh! Deus, salve a nossa *cidade*
Jandira de um povo feliz
És a estrela mais linda
No coração do Brasil
Cidade de sonhos e contos
Terra de encantos mil
És um pedaço do mundo
No coração do Brasil
Oh! Deus, guarde a nossa juventude
Que a *bandeira empunha e faz*
Que seja *doce a nossa esperança*
Predomine o *amor e a paz*
Se o *Senhor não guardar esta cidade*
Em vão vigiará a sentinela
Se o Senhor não guardar esta cidade
Em vão vigiará a sentinela

Jandira de tantos caminhos
Que em favo de mel despertou
Tens na figueira uma história
Bandeirante aqui descansou
És tão bela, oh minha Jandira
És colo de mãe, pátria, amor
Cortada a veia de um rio
És calma, és forte, és flor
Oh Deus, guarde a mão do trabalho
Que na terra plantou e se fez
Do progresso tão grande beleza
Deslumbrante obra da natureza
Muito obrigado a todos.

JOSÉ RENATO NALINI (Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo)

Discurso proferido por ocasião do recebimento do título de "Cidadão Aguaiano" (Homenagem realizada em 18.09.2015).

A maior homenagem que uma cidade pode prestar a um forrou roo é considera-lo conterrâneo, semelhante ou igual, até mesmo um irmão. Daí o valor da cidadania honorária, que remonta ao *status civitatis,* tão a sério levado pelos romanos, que nos legaram estrutura e densidade do nosso ordenamento jurídico.

Esta cidade que teve início em 1700, de acordo com escritura lavrada nas notas do Tabelionato de Moji-Mirim, pela qual as famílias Alves e Tangerino tomaram posse das terras do Capão do Cascavel,hoje é uma potência. De Cascavel a Aguaí, muitas lutas foram travadas pela população que desde 1937 é Distrito Judiciário.

Foi em 1944 que Aguaí foi elevada à categoria de município, pelo Decreto-Lei Estadual 14.334, de 30.11.1944, desmembrado de São João da Boa Vista e Mogi-Guaçu. Nasceu sob a invocação do Senhor Bom Jesus e integra a Diocese de São João da Boa Vista, com suas três Paróquias: Senhor Bom Jesus, São Benedito e São Sebastião da Colina.

Agradeço à Câmara Municipal de AGUAÍ, a generosidade da outorga da cidadania honorária e faço questão de enunciar o nome de seus nobres vereadores: AMAURI DUTRA DOS SANTOS, BENEDITO FARIA FERREIRA, CLAUDINEI F. DE ASSIS, EMERSON MARQUES VALIM, IZAIAS PEDRO DA SILVA, JOSÉ LAZARO P. DE OLIVEIRA, LOURIVAL INÁCIO DA SILVA, LUIS ANTONIO

Acesso ao Sumário

MILANEZ, ODAIR COSTA DA SILVA, PEDRO BIAZZO FILHO, SERGIO L. DE A. MARTUCCI e THIAGO R. M. DE SOUZA.

Cumprimento o Prefeito Dr. SEBASTIÃO BIAZZO e o Vice-Prefeito Dr. ADALBERTO FASS e agora já posso, como feliz conterrâneo, entoar o Hino Oficial, de tão belos versos:

Aguaí, linda flor dos meus sonhos.
És rainha do nosso sertão
Os teus campos floridos, risonhos
Guardo sempre no meu coração.
Aguaí, junto a ti quero estar.
Pra rever a linda morena que um dia, em meus braços
Seus lábios beijei
E a saudade ficou
Aguaí, Aguaí, meu amor!
Hei de novo um dia voltar
E a saudade em meu peito matar.

JOSÉ RENATO NALINI (Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo)

Discurso proferido por ocasião do recebimento do título de "Cidadão Divinolandense" (Homenagem realizada em 19.09.2015).

Adquirir a cidadania divinolandense por generosidade da Câmara Municipal de DIVINOLÂNDIA é um dos pontos lenitivos desta árdua missão de presidir o maior Tribunal de Justiça do planeta, o nosso TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Pois oferecer a um forasteiro a cidadania é considerá-lo conterrâneo, semelhante, igual ou irmão. É a maior dádiva que o município pode outorgar a quem nele não nasceu.

A História de DIVINOLÂNDIA se perde na penumbra dos tempos. Sabe-se que antes da edificação da primeira capela, a região era coberta de mata exuberante, a quase inexistente Mata Atlântica, hoje a fazer falta para oferecer melhor qualidade de vida aos brasileiros.

No final do século XIX, por volta de 1850, DIVINOLÂNDIA possuía uma capela e um pequeno rancho às margens do Rio do Peixe, a servir de abrigo aos tropeiros que provinham de Caconde em direção a Casa Branca.

Um incêndio consumiu o rancho e queimou todo o entorno. Reconstruído o

rancho, o lugar passou a ser conhecido como Pouso do Sapecado. Foi em 1881 que Joaquim Pio de Andrade e sua mulher, Francisca Maximiliano da Costa, doaram duas partes de terras à Capela Nossa Senhora do Rosário, que Manoel Pereira da Silva construíra em 1879. O mesmo Manoel Pereira da Silva doou terras ao Divino Espírito Santo, mais de vinte alqueires, também às margens do Rio do Peixe.

Não poderia ser mais bonita a denominação do município, afeiçoado às origens de ter surgido de uma doação feita a terceira pessoa da Santíssima Trindade, o Espírito Santo. Na teologia cristã, é exatamente o amor que une Pai e Filho, a significar laço indestrutível baseado no maior sentimento que pode vincular seres pensantes.

Divinolândia significa, portanto, Terra do Divino Espírito Santo, abreviação do nome anterior: Espírito Santo do Rio do Peixe. É, portanto, uma Terra de Deus, que precisa cultivar os sete dons do Espírito Santo, todos eles tão necessários ao enfrentamento das crises que assolam a Humanidade em geral e o Brasil em particular.

Receber este título me propicia a oportuna recordação de que é dever de todos os cristãos a observância de uma contínua busca desses sete dons, que dependem de nosso esforço e não constituem dádivas. São eles: SABEDORIA (Lucas, 21, 15) – *conhecer* a *vontade de Deus;* ENTENDIMENTO (1° Reis, 3,11) – *conhecer as verdades reveladas;* CIÊNCIA (Lucas, 2,26) – *conhecer o caminho da salvação;* CONSELHO (Lucas, 12,12) – *escolher o melhor caminho para Deus;* FORTALEZA (2ª Timóteo, 1,7) – *ter força para vencer o mal;* PIEDADE (1ª Timóteo, 4,7-8) – *cumprir* os *deveres para com Deus* e TEMOR DE DEUS (Provérbios, 8,12; Atos dos Apóstolos, 9,31) – *recear ofender* a *Deus.*

Apenas a busca dos sete dons do Espírito Santo nos auxiliará a colher os frutos que Ele mesmo propicia a quem se dispuser a perseverar: PAZ, ALEGRIA, AMOR, BONDADE, FIDELIDADE, MANSIDÃO, AUTODOMÍNIO, AFABILIDADE e CONTINÊNCIA. Quem é que, em sã consciência, não estaria disposto a se tornar alguém que lembre a sua semelhança com o Criador, em lugar de assumir a sua instintiva e selvagem animalidade?

Sou muito grato, portanto, aos vereadores JÚLIO CESAR PEREIRA e BENEDICTO APARECIDO PASSONI, que tiveram a generosa iniciativa de propor à Egrégia CÂMARA MUNICIPAL DE DIVINOLÂNDIA a concessão deste título que recebo em nome do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, muito mais do que pela pessoa de seu transitório Presidente.

Acesso ao Sumário

Lugar privilegiado, de belíssima topografia, numa altitude temperada que garante o melhor e mais saudável clima, tem cachoeiras e mirantes, dentre os quais o Morro da Torre, a 1380 metros sobre o nível do mar, a possibilitar uma bela visão da cidade e de São Sebastião da Grama durante o dia e outras cidades vizinhas à noite, como Vargem Grande do Sul, São José do Rio Pardo, Tapiratiba e Caconde, entre outras. Mais alto ainda, o Morro da Canela, quase a 1500 metros de altitude, ou 1490, para ser mais exato. Abençoada com água à vontade, a oferecer atrações

como as cachoeiras de Santo Ambrósio, de Mário Valente e do Quigo Forlani, o Sítio de Santa Clara e tantas outras atrações.

Esta a cidade que hoje me recebe e à qual agradeço a acolhida, notadamente aos nobres Edis, ao Prefeito ISMAR ERNANI DE OLIVEIRA e a quantos se fizeram presentes a esta solenidade.

Agora, como divinolandense, posso entoar com legitimidade o belo Hino da Cidade, letra e música de Nelson Biasoli:

Divinolândia abençoada
No trabalho e união és idolatrada
Onde há devoção e amor
Gente audaz consagrada
Se aponta a alvorada por entre a amplidão
As estrelas de orvalho que o céu verteu
A luz que irradia na imensidão
A crença divina dos filhos teus
Salve terra de Deus
Cheia de encantos mil
Avante avante Divinolândia
És paulista és Brasil
Sim! Ser feliz é viver aqui
História viva dos grandes heróis
que à custa de muito suor
Iniciaram o vitorioso Sapecado com esplendor
Oh! Como *é linda minha terra*
Adornada pelos lagos de beleza
Ver surgir a lua na Mantiqueira
Tornando-se a mais bela terra brasileira

JOSÉ RENATO NALINI (Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo)

Discurso proferido por ocasião do recebimento do título de "Cidadão Brodosquiano" (Homenagem realizada em 19.09.2015).

Ser conterrâneo de Portinari é tudo o que um brasileiro almejaria alcançar um dia. Graças à generosidade da Câmara Municipal, chego a essa verdadeira glória. Sou, por força da vontade popular, evidenciada pela *caixa de ressonância das aspirações do povo,* como dizia Montesquieu, *à cidadania brodosquiana.*

E sou muito grato por isso. Enobrece-me ser considerado cidadão desta heráldica urbe, cujo lema *Via Ferrea Urbem Aedificavit – A ferrovia edificou a cidade*, tem muito a ver com o meu início profissional, como praticante de escriturário, referência XIII, da saudosa e extinta Companhia Paulista de Estradas de Ferro.

O nome é homenagem ao engenheiro polonês Alexandre Brodowski, responsável pela construção de um trecho de ferrovia da também extinta Companhia Mogiana de Estradas de Ferro. Aqui nasceu Cândido Portinari, em 30.12.1903, numa fazenda de café e também o saudoso Saulo Ramos, Ministro da Justiça no Governo Sarney e personalidade exuberante no cenário jurídico da República.

O legado de Portinari faz de Brodowski um centro obrigatório de visitação de todos os que reconhecem nele uma das mais elevadas expressões da arte pictórica universal. Cumprimento o Prefeito ELVES SCIARRETTA CARREIRA por manter viva essa chama e contribuir para que o nome de Portinari seja proclamado e reverenciado em todo o Brasil.

Sou muito grato à Câmara Municipal, pela generosidade da láurea que recebo em nome do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO e não em nome próprio, de transitório Chefe do Poder Judiciário bandeirante, ora em vias de encerrar sua gestão e sua carreira na Magistratura.

Sou profundamente reconhecido aos vereadores ARTUR CARLOS PEREIRA LIMA, BRAZ GONÇALVES DA SILVA FILHO, CRISTIANO DIAS BORBOREMA, ILDO SOATES FILHO, JEFERSON ANTONIO MIGUEL, JOSÉ AUREO FURLAN, JOSÉ ROBERTO NUNES DOS SANTOS, JOSÉ VILSON SOARES, MÁRIO FABBRI JÚNIOR, PAULO SÉRGIO CALEFI e RONI EUSTÁQUIO SILVA.

Agora, como brodosquiano, tenho legitimidade para entoar o Hino oficial de Brodowski, letra de Joaquim Seghetto Júnior e música de João Albarello:

Lírio azul nosso ardor é teu hastil
teu perfume embriaga mais que a luz
do arrebol ao sol por tuas manhãs
tem o langor da própria viração!
Teu fanal, tua lira é teu bouquet
Teu escrínio é teu nome a rescender
da tua corola que ao sol rutila
pende teu gênio a farfalhar!
Vamos pois tuas pétalas plasmar
na maçã que a tua glória entreabrirá
com suas mãos de festas do porvir
e a Deus pedir que em ti nos abençoe!
Flor hóstia de luz

Acesso ao Sumário

a acrisolar de todos a atenção
Deus vemo-la assim de tez ao sol
a perfumar entre vergéis!
Liz entre outras mil na seiva em flor
Tua prole é teu matiz
Nossa Brodowski é hoje um hino
desabrochando em seus perfis!

JOSÉ RENATO NALINI (Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo)

Discurso proferido por ocasião do recebimento do título de "Cidadão Pindamonhangabense" (Homenagem realizada em 21.09.2015).

Honra-me e gratifica-me a cidadania pindamonhangabense! É que aprendi a admirar PINDAMONHANGABA desde que a conheci, esta linda paragem, cujo cenário é a Mantiqueira pontilhada qual cenário de tantas tonalidades de verde e encanta aos privilegiados que conseguem visualizá-la. Cidade plena de tradições e de nobres testemunhos de um passado brilhante, que se tornou presente promissor no Vale do Paraíba.

Sua história é um sedutor conjunto de versões, a partir do nome *lugar em que se faz anzol,* a evidenciar a ciência indígena já em contato com o metal ou a curva de rio em formato dessa peça essencial à pesca artesanal, até à atuação da Condessa de Vimieiro, por volta de 1624.

O nome de Jacques Felix no desenvolvimento da pitoresca povoação de *São Francisco das Chagas de Taubaté,* a tradição do Padre João de Faria Fialho, a atrair freguesia para a sua paróquia, tudo faz de PINDA esta verdadeira *Princesa do Norte,* assim cognominada pelo poeta Augusto Emilio Zaluar, nos idos de 1860.

O Palacete Tiradentes é um exemplar magnífico da heráldica ventura pindamonhangabense na Província de São Paulo, assim como a Igreja de São José, que abrigou os restos mortais do nosso primeiro Imperador Pedro I , ao voltar à Terra de Piratininga. Imperador jovem, impetuoso e brilhante, que tanto percorreu a região e que hoje repousa no Monumento do Ipiranga, às margens do córrego onde tornou o Brasil um Império desvinculado da Metrópole.

Mas aqui também estão o Palacete 10 de julho, antiga residência do Barão de Itapeva e o Palacete Visconde da Palmeira, em que morou o Visconde do mesmo nome e depois seu genro, o Barão de Lessa. A belíssima Igreja Matriz, hoje Santuário Mariano Diocesano de Nossa Senhora do Bom Sucesso, reedificada em 1841 por ordem do vigário Monsenhor Marcondes, irmão do Barão de Pindamonhangaba e centro de peregrinação de todo o Estado.

Tinha razão a Rainha D. Catarina, quando elevou o povoado a Vila em 1705, tornando-se cidade em 1849. Cidade encantadora e misteriosa, em que a escrava Lavínia continua a seduzir os feitores, agora turistas que mergulham em suas atrações turísticas e a convertem num polo de visitação muito disputado.

Mas não é só a beleza que atrai em PINDA. Também o trabalho e o apreço ao ambiente, de que é testemunho a Reserva Ecológica Municipal do Trabiju. Ela preserva, em torno à bela cachoeira, espécies raras da flora exuberante da quase extinta Mata Atlântica: angico-branco, embaúba, guarantã, peroba, jaborandi, além de inúmeras palmeiras e samambaias. No setor do progresso, PINDA possui o maior polo industrial de reciclagem de latas de alumínio da América Latina. O Paraíba do Sul é sempre lembrado como reserva de salvação para a violenta crise hídrica a assustar o Brasil em geral e o sudeste em particular.

Daqui saiu o jovem anestesista GERALDO ALCKMIN, hoje uma esperança para a restauração dos bons costumes na sofrida República Federativa do Brasil. Mas também aqui nasceram Bertha Celeste Homem de Mello, criadora da versão em português do *Happy Birthday to You,* José Geraldo Nogueira Moutinho, meu antecessor na Academia Paulista de Letras, Juó Bananere, o consagrado músico, escritor e poeta, que nos legou obra tão ligada à absorção do italiano pela acolhedora sociedade paulista, Maria Hecilda Campos Salgado, fundadora do Lar Escola São Francisco, primeiro centro de Reabilitação para Deficientes Físicos no Brasil, o atleta olímpico João do Pulo, recordista mundial em salto triplo, o historiador, genealogista e empresário Leôncio Amaral Gurgel, o *Promotor das Américas,* José Augusto César Salgado, autor do decálogo do Promotor Público, outro antecessor meu na Academia Paulista de Letras, cujo busto, naquilo que já foi chamado "Jardim dos Escritores", no Largo do Arouche, bem defronte à sede da Casa dos Imortais Paulistas, foi inaugurado pelo então Prefeito GERALDO ALCKMIN.

Aqui nasceram Dino Bueno, juiz e político, Presidente do Senado Estadual Paulista e Diretor da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, Ciro Gomes, Eloy Chaves, *Pai da Previdência Social,* tão ligado também à minha Jundiaí, Emílio Ribas, criador do Instituto Butantã, construtor da Estrada de Ferro Campos do Jordão, descobridor da forma de transmissão da febre amarela no Brasil e que hoje empresta seu nome ao nicho de excelência que é o Hospital Emílio Ribas na capital.

Mas não param nesses ilustres nomes os que tiveram a ventura de ser pindamonhangabense. Aqui veio à luz Manuel da Costa Manso, promotor de justiça, juiz de carreira chamado de sua Casa Branca para o Tribunal de Justiça de São Paulo e, após a Revolução Constitucionalista de 1932, onde exerceu papel relevante, foi escolhido pelo próprio STF para integrar a Suprema Corte brasileira, nomeado pelo Presidente Getúlio Vargas.

Pois é esta cidade que me confere a alegria de me receber como conterrâneo, um igual, um irmão e não mais um "juiz de fora". Agradeço ao Presidente FELIPE FRANCISCO CESAR COSTA, que teve a iniciativa de me propiciar esta honra, assim como ao Vereador RICARDO ALBERTO PEREIRA PIORINO e a quantos

os acompanharam na propositura que ora se converte em generosa realidade.

Poderia agora, já na condição de conterrâneo por lei, mas também de coração, entoar o lindo hino de PINDAMONHANGABA, letra de João Marcondes de Moura Romeiro e música do Maestro João Gomes de Araújo:

Salve! Ó Terra Querida!
Paraíso terreal
Onde tudo tem mais vida!
Salve! Ó Terra Natal!
Nos corações dos teus filhos
Não se apagarão jamais
Tradições que nos orgulham
Contadas por nossos país
Encantadora paragem
Linda, formosa, sem par!
Das belas plagas brasílias
O *mais formoso lugar!*
Céu azul estrelado
Vargens cobertas de flores
Prados de eterna verdura
Mil encantos, mil primores
A beijar-te o Paraíba
Em curvaturas tamanhas!
Um sol que doira a existência
Doira vales e montanhas
Tesouro tão precioso
Das mãos de Deus recebido
Pelas mãos *cruéis do tempo*
Nunca será destruído
Nas ricas terras paulistas
Todos te invejam a sorte
Por todo o *mundo aclamada*
Gentil "Princesa do Norte".

JOSÉ RENATO NALINI (Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo)

Discurso proferido por ocasião do recebimento do título de "Cidadão Cabreuvano" (Homenagem realizada em 22.09.2015).

Estou em casa ao me tornar cabreuvano. Jundiaienses têm Cabreúva como terra-irmã, contígua ao nosso município.

Uma ligação afetiva me vincula a Cabreúva: meu tio Padre Venerando Nalini, depois Monsenhor Venerando Nalini, foi vigário daqui nas primeiras décadas do século passado.

Cabreúva é uma das poucas cidades do País a contar com um Centro Histórico, Cultural e Artístico. A denominação foi aprovada graças à Lei Municipal 1483, de 20 de dezembro de 2000. O Centro Histórico de Cabreúva ganha em importância na medida em que foi ali que nasceu a cidade (quando foi erguida a primeira capela, em meados do século XVIII – onde hoje está a Paróquia de Nossa Senhora da Piedade).

Belas paisagens, entre as serras do Japi, Guaxatuba e Taguá, o serpentear do Rio Tietê, os seus bairros do Jacaré, do Caí, Bananal, Pinhal, Cururu e Vilarejo, a sua vocação aos *camping* e suas bonitas propriedades rurais, é lugar onde o futuro chegou.

Sou extremamente grato ao Presidente da Câmara, Vereador ADRIANO ALVES DE CASTRO, pela generosidade ao propor esta outorga e também aos demais Vereadores FÁTIMA BARBOSA, INIVALDO DOS SANTOS, PAULO HENRIQUE DIAS AMORIM, ANTONIO CARLOS PEREIRA, DEVANI CRISTINA DE ARAÚJO, JERACINO JOSÉ DE CARVALHO, JOSÉ ROBERTO PINTO e RENATO FERRARI LETRINTA, que acompanharam a propositura.

Cumprimento o Prefeito HENRIQUE MARTIN por sua juventude à frente de uma cidade tradicional e meu agradecimento à colega Juíza ALEXANDRA LAMANO FERNANDES.

Já posso agora, entoar como cabreuvano, o lindo Hino Oficial:

Cabreúva
Que entre verdes montanhas
Se ergues tão amiga
Teu luar, de um branco prateado
Os corações intriga
És a vida
E para os que te amam
És a felicidade
Terra de amor e amizade
Quem deixa o teu seio
Só pode levar saudade
Onde o sol no poente

Acesso ao Sumário

Deixa vermelho o céu de anil
P'ra enfeitar um pedaço
De São Paulo e do Brasil
Isto é Cabreúva
Aonde eu vivi
Meus dias mais felizes
E minhas mágoas esqueci

JOSÉ RENATO NALINI (Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo)

Discurso proferido por ocasião do recebimento do título de "Cidadão São-Roquense" (Homenagem realizada em 24.09.2015).

A minha proximidade com São Roque não deriva somente de uma vocação comum deste município – a indústria do vinho – em relação ao meu berço natal – Jundiaí. Aqui também passou boa temporada de sua vida sacerdotal como vigário da Paróquia de São Roque o meu tio padre, o saudoso Monsenhor Venerando Nalini.

Na minha infância, ouvi dele muitas vezes relatos de saudades da generosa gente de São Roque. A mesma generosa gente que hoje, por nobre ato de sua Câmara Municipal, me outorga a cidadania são-roquense.

Orgulha-me pertencer a esta urbe tradicional do Estado de São Paulo, originada no pioneirismo do bandeirante Pero Vaz de Barros, mais conhecido como Vaz-Guaçu. Em torno à Capela erigida sob a invocação de São Roque, floresceu a povoação e, município desde 1864, cedo evidenciou seu respeito à Justiça.

Assim é que, desde 1834, 30 anos antes de ser alçado à categoria de município, já fora criado o Cartório de Protesto de Notas e Títulos. Em 15.4.1873, um ano antes da instalação do Tribunal de Justiça, que é de 3.2.1874, já existia aqui o Fórum Judicial. Em 1874, criou-se o Registro de Imóveis e em 1.1.1889, instala-se o primeiro Registro Civil das Pessoas Naturais, pois até então o assento de nascimentos e óbitos era confiado ao registro paroquial, diante da vinculação entre Igreja e Estado.

As conquistas judiciárias resultaram da influência do político Antonio Joaquim da Rosa, o Barão de Piratininga, a quem este transitório Chefe do Poder Judiciário Bandeirante rende suas homenagens. O Barão de Piratininga era um dos respeitados luminares políticos à época imperial, amigo pessoal do Imperador Pedro II, que chegou a ser nomeado Presidente da Província de São Paulo em 1869.

Mas o trabalho dos italianos também ajudou a fortalecer São Roque. Um motivo a mais para me sentir em casa nesta oportunidade. Foi em 1890 que o industrial Enrico Dall'Acqua fundou a Brasital, uma das primeiras indústrias têxteis do Brasil, que funcionou até os anos 1970. Depois, engolida pelo poderio chinês, que fez definhar o setor no Brasil, aliado à pouca visão do governo que parece inibir

a iniciativa privada para acolher, sob o seu esgarçado guarda-chuva de benesses, uma população que sofre de carência de empreendedorismo.

São Roque sempre atraiu a atenção dos brasileiros por ser um local onde o vinho se fabricava à luz dos longevos ensinamentos peninsulares. Hoje é um dos 29 municípios paulistas considerados Estância Turística. Para isso, preserva a Casa e Capela do Sítio Santo Antonio, conjunto tombado pelo Instituto do Patrimônio Histórico Nacional – IPHAN desde 1941. Residência senhorial edificada no século XVII, mais exatamente em 1681, pelo bandeirante Fernão Paes de Barros. Além do valor arquitetônico, é um complexo de historicidade muito cara a São Paulo. A casagrande e capela em taipa de pilão, a mais antiga da região, foi reconhecida como patrimônio singular pelo múltiplo Mário de Andrade. Sua família doou o imóvel ao Patrimônio Histórico Nacional após sua morte, conforme expresso desejo do pensador.

O meio ambiente é também objeto de veneração em São Roque, a partir da reserva ecológica "Mata da Câmara", que mantém amostra do que foi a combalida e dizimada Mata Atlântica.

Honra-me ser são-roquense e para isso cumprimento o Prefeito DANIEL DE OLIVEIRA COSTA e os dignos Vereadores que me honraram com esse galardão e cujos nomes faço questão de enunciar: a partir do caríssimo RAFAEL MARREIRO DE GODOY, que teve a iniciativa da propositura, mas que foi acompanhado por ALACIR RAYSE, ADENILSON CORREIA, ALEXANDRE R. SOARES, ALFREDO FERNANDES, FLÁVIO ANDRADE DE BRITO, ISRAEL, JOSÉ A. BARROS, JOSÉ CARLOS, LUIZ GONZAGA DE JESUS, MARCOS AUGUSTO, MAURO SALVADOR S. GOES, e RODRIGO NUNES DE OLIVEIRA.

Agora, já são-roquense, teria legitimidade para entoar o Hino da Cidade, letra de Edson João Gonçalves e melodia de Cândido Francisco de Camargo:

Surge estância altaneira
Um sol ardente por ti
Do verde das tuas matas
Brotam águas do Aracaí
Embala um sono sereno
Berço de colo moreno
Poetas da natureza são índios
Do Vale Carambeí
O grande eleva teu nome
O forte luta até o fim
Rio de sangue nas veias
Da terra onde nasci.
São Roque, São Roque?
Agosto dourado de Ipê
São Roque, São Roque!
Guardo em meu peito você

Acesso ao Sumário

Da serra do Taxaquara
Ao morro do Saboó
Do Ibaté se avista
A surgir "Minha gente Paulista"
O *teu céu cor de anil resplandece*
Sob a *luz do Cruzeiro do Sul*
Homens frutos da tua videira
Semeando o chão de Vaz Guaçu
Herdeiros das tuas glórias
Cantam o *teu esplendor*
Filhos do solo sagrado
Bebem na fonte o amor
São Roque, São Roque!
Agosto dourado de ipê
São Roque, São Roque!
Guardo em meu peito você.

MARCO ANTONIO MARQUES DA SILVA (Desembargador)

Discurso proferido por ocasião da homenagem prestada ao poeta **PAULO BOMFIM** pelo Instituto dos Advogados de São Paulo (Cerimônia realizada em 25.09.2015).

É com satisfação e júbilo que cumpro a missão que me foi atribuída pelo Presidente José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro para saudar o Poeta **PAULO LEBEIS BOMFIM** por ocasião da sua admissão como Associado Honorário do Instituto dos Advogados de São Paulo.

Paulo Bomfim é cidadão Paulistano, nascido aos 30 dias de setembro de 1926; sua vida é rica de histórias, muitas delas se misturando com o próprio acontecer do cenário jurídico e cultural. Não seria o caso de lembrar o vasto currículo de nosso homenageado, já declamado, registrado e conhecido por todos, senão pela maioria.

Seu vasto e riquíssimo currículo mostra que nosso Poeta é um "Cidadão do Mundo", onde propaga o conhecimento e a cultura como expoente das letras, da poesia e da vida.

Autor de inúmeros livros, sendo um lídimo representante da cultura e da história, sabendo como poucos das cidades paulistas, suas origens e tradições; realiza suas obras com sentido de divulgação da fraternidade, do bem querer e amor, em versos e prosas.

Defensor aguerrido da Semana de Arte Moderna, conhecida como "Semana de 22", conviveu em sua juventude com Anita Malfati, Guilherme de Almeida, Menotti Del Picchia, Di Cavalcante, Guiomar Novaes, Cândido Mota Filho, Mário de Andrade, Plínio Salgado, Paulo Prado e muitos outros modernistas.

Decano da Academia Paulista de Letras, onde ocupa a cadeira 35, confraternizando-se com Anna Maria Martins, Ada Pellegrini Grinover, Celso Lafer, Eros Roberto Grau, Gabriel Chalita, Ignácio de Loyola Brandão, Ives Gandra da Silva Martins, José Gregori, José Renato Nalini, Juca de Oliveira, Julio Medaglia, Lygia Fagundes Telles, Miguel Reale Junior, Paulo Nathanael Pereira de Souza, Raul Marino, Ruth Rocha e Tercio Sampaio Ferraz Júnior, dentre outros ilustres Acadêmicos.

Teve várias de suas obras traduzidas para o francês, alemão, italiano, inglês e espanhol; foi alvo de inúmeras homenagens, nacionais e estrangeiras, destacando-se o "Intelectual do Ano", conquistando o *Prêmio Juca Pato*. Recebeu também o título de "**Príncipe dos Poetas Brasileiros**", pela Revista Brasília, além do Prêmio da União Brasileira de Escritores, por ocasião dos seus 50 anos de poesia. Em 2004, o Governo do Estado de São Paulo criou, em sua homenagem, o "Prêmio Paulo Bomfim de Poesia", entre outros.

Tendo a cidade de São Paulo como principal ponto de repercussão de suas iniciativas poéticas, *Paulo Bomfim* transformou-se de fato em um "cidadão" de nossa Cidade, Estado e País, merecendo o reconhecimento de todos os brasileiros que o admiram.

Homem do porte de *Paulo Bomfim* não é acomodado em visão canhestra de mundo .Ao contrário, tem visão de mundo diferenciada, com olhar sempre jovial e com vistas para o futuro.

Peço licença para dizer como conheci Paulo Bomfim; nos idos de 1978/79, quando ele recebeu o Prêmio de Intelectual do Ano – JUCA PATO, integrei a "parte universitária do júri", sendo seu eleitor. E não é só. A partir dessa oportunidade, tive a ventura de passar a conhecê-lo, mas não faria o abuso de dizer que o "reconheci", o que lhe foi dito por Guilherme de Almeida, de quem "Paulo" herdou o título de *Príncipe dos Poetas Brasileiros*.

Desde então, tivermos vários encontros com a escrita: *Homenagem da Academia Paulista de Magistrados – Tributo a Paulo Bomfim; Guia Histórico de Lisboa – Roteiro da Saudade e da Esperança; Prece inserida no Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana; Prelúdio da obra Diário do Anoitecer, que também conta com a Apresentação do Acadêmico e Des. Presidente do TJSP, José Renato Nalini*.

Em seus mais de 60 anos de poesia, com a maestria que lhe é peculiar, traduziu a alma humana: "*Às vezes, escrevemos o poema, outras, somos por ele escritos*"[1]. Tem ele a característica do descobridor, de paixões, poesias, músicas, alegrias e tragédias. Descobridor de sentimentos, de amores e dores. Descobridor como nós, como vós,

1 Paulo Bomfim – ***Navegante*** – Amaral Gurgel Editorial: São Paulo – SP, 2007, pág., 67.

como todos, descobridores de nós mesmos...

Sua obra representa uma aventura cultural, uma ventura poética que traz ao leitor uma forma diferenciada de ver, visitar, passear, aprender e apreender sobre a poesia, as letras e a forma de transformá-las.

Além disso, imprescindível a essa causa maior, o amor e a poesia do descobrir, o redescobrir, o visitar e o revisitar a escrita, não apenas por escrito, mas a inspiração de alma e de vida.

Posto isto, agora, certo de que melhor momento não poderia haver, cumprimento o IASP pela admissão do Poeta **PAULO LEBEIS BOMFIM** como Associado Honorário, tendo em vista seus méritos e qualificações. Cumprimento, uma vez mais nosso querido Poeta, que no próximo dia 30 de setembro completa maravilhosos 89 anos de vida, com a alma de 20.

Bem haja PAULO BOMFIM!

JOSÉ RENATO NALINI (Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo)

Discurso proferido por ocasião do recebimento do título de "Cidadão Barueriense" (Homenagem realizada em 29.09.2015).

BARUERI está instalada na minha memória afetiva desde a mais tenra idade. Foi aqui, na saudosa *Vila Dom José,* Casa de Retiros erigida em homenagem ao jovem Arcebispo Dom José Gaspar de Affonseca e Silva, tão precocemente levado à eternidade num acidente de aviação, que passou seus últimos dias o meu tio sacerdote, Monsenhor Venerando Nalini.

Lembro-me da comemoração de seu Jubileu Áureo de vida sacerdotal, em 1961 e de seu sepultamento, em 2.2.1962, quando uma legião de barueriense o con. duziu até o Cemitério da Ordem Terceira do Carmo, junto à necrópole Consolação.

Não posso esquecer o carinho com que BARUERI envolveu o velho pregador, sacerdote que foi o último confessor do Cardeal D. Carlos Carmelo de Vasconcellos Mota e que era padre às antigas. Austero, mas terno. Trocava mudas de cravos com minha mãe. Ambos possuíam o "dedo verde", pois tudo o que colocavam na terra em poucos dias brotava.

Retornei a Barueri em 18.8.1989, por ocasião da instalação da 4ª Vara da Comarca, a acompanhar o então Presidente do Tribunal de Justiça, o notável Desembargador NEREU CÉSAR DE MORAES, há pouco falecido. Em seus magníficos pronunciamentos, ele se destacava como dos maiores oradores do Poder Judiciário brasileiro.

Acesso ao Sumário

Naquela oportunidade, sua oração enalteceu BARUERI e sua História. Textualmente:

"*A saga de Barueri, nos lances mais importantes de sua história, muito se interpenetra, nos seus primórdios, com os tempos heroicos de Piratininga. Aqui estiveram o Padre José de Anchieta e o Padre João de Almeida; aqui os índios tupis e guaranis terçaram suas armas; aqui estiveram os badeirantes Antonio Raposo Tavares, Sebastião Ramos e Pedro Lemos. Depois dos jesuítas, os carmelitas.*

*Se a história se mescla em seus pródromos, trouxe também para Barueri, os mesmos sonhos de grandeza que animava os fundadores de nossa cidadania maior. Da pequenina '**Aldeia de Nossa Senhora da Escada**', que se subordinava à Matriz de Santana do Parnaíba, o burgo foi crescendo e se agigantando, para tornar-se uma das células vivas mais expressivas do progresso de São Paulo*"[1].

Esta a grande cidade que me emociona ao me conceder a Cidadania. Esta "*flor vermelha que encanta*", que completará no próximo 11 de novembro seus 455 anos, não parou de crescer, desde que fundada por um santo, o educador São José de Anchieta. Por sinal que Barueri, segundo a etimologia, deriva de mescla entre a palavra francesa *barrière* – barreira, queda, obstáculo – com o vocábulo indígena *mbaruery* – rio encachoeirado. Isso porque a área em que se instalou a povoação ficava na bifurcação do Anhembi, como era chamado o Tietê. Àquela época, os hibiscos vermelhos à margem de um rio cheio de vida e piscoso, sugeriram ao burgo ser chamado "*flor vermelha que encanta*".

Aceito esta homenagem que a Câmara Municipal hoje presta, como reverência ao Poder Judiciário Paulista, ora rumo ao seu Sesquicentenário. Foi em 8.12.1964 que o Desembargador Euclides Custódio da Silveira entregou à comunidade barueriense a primeira unidade judiciária e instalou a Comarca.

BARUERI possui uma vida cultural muito ativa e é cidade que se destaca no estímulo à leitura. Ainda há pouco recebi na Presidência a visita das "autoridades mirins", todas elas muito compenetradas de seus papéis e interessadas no funcionamento da Justiça, o que permite vislumbrar melhor aproveitamento das lições escolares por parte de crianças que recebem noção adequada do funcionamento das instituições.

Além do Museu Municipal, possui o Museu da Bíblia da Vila Porto e contribui com a Justiça ao edificar prédio do Fórum de forma autônoma, diante de invencível crise orçamentária desta gestão.

A Arena Barueri é uma das mais modernas praças esportivas do Brasil, com capacidade para 32 mil pessoas. Lamentavelmente, o Tietê passa por aqui inteiramente degradado, fruto do descaso e da falta de educação ambiental da população. Ainda neste domingo, no jornal "O Estado de São Paulo", o ator Flávio Barollo, que integra o projeto "Vidas Secas" e produz material de conscientização a respeito da crise hídrica em nosso Estado, entrou nas águas pútridas do Tietê e escreveu: "*Como alguém pode achar*

Acesso ao Sumário

1 MORAES, Nereu César de, *Senhoras e Senhores*, SP: RT, 1997, p. 256.

que está tudo certo com nosso modo de vida? É uma evidência claríssima da nossa inoperância. Somos um projeto de ser humano fracasso, falido. Encaremos o fato." Mas termina com uma palavra de esperança: "*Desejo que a natureza reaja, se revigore, se regenere. Engula os bilhões desperdiçados para despoluir esse rio e a catástrofe da gestão da crise hídrica. Hecatombe das ganâncias. Que a sabedoria da natureza supere a estupidez do ser humano imediatista. Busquemos a utopia*"[2].

Utopia que os homens públicos podem tentar converter em realidade. Sem sonho não se pode viver. Quão melhor será a qualidade de vida do barueriense quando o Tietê for um rio vivo!

Agradeço imensamente aos Vereadores da Câmara Municipal de BARUERI, por este título de *Cidadão Benemérito*, contido no Decreto Legislativo 4/2015, a começar pelo Presidente SEBASTIÃO CARLOS DO NASCIMENTO, mas a minha gratidão a cada um dos nobres edis desta Casa de Leis: MIGUEL FRANCISCO DE LIMA, CELSO CALEGARE, SILVIO MACEDO, JOSÉ DE MELO, SAULO GÓES, CHICO VILELA, DR. JUNIOR MUNHOZ, BARCELAU OLIVEIRA SANTOS, O BAÚ, MARCO ANTONIO DE OLIVEIRA, O BIDU, FÁBIO LUIZ DA SILVA RHORMENS, O FABIÃO, JÂNIO GONÇALVES DE OLIVEIRA, JOSUÉ PEREIRA DA SILVA, o JÔ, ANTONIVALDO RIOS GOMES, o *Cascata*, JOSÉ ROBERTO MENDONÇA, o Robertinho, SÉRGIO BAGANHA, ANTONIO CARLOS DOS SANTOS, o Tarzan, ANTONIO FURLAN FILHO, o Toninho Furlan, JOSÉ FRANCISCO DE LIMA, o Zé Baiano, OROZIMBO DONIZETE LUSTOSA, o Zetti Bombeirinho e MARIA DE LOURDES EVANGELISTA, a Maria Evangelista. A todos o meu *Deus lhes pague*.

Cumprimento o Prefeito GILBERTO MACEDO GIL ARANTES, a quem agradeço pelas parcerias mantidas com o Poder Judiciário e termino a invocar novamente o saudoso Desembargador NEREU CESAR DE MORAES, que em sua fala em 18.8.1989, assim se manifestou:

"*Virtude quase teologal, a Justiça sempre prevalecerá, como tem prevalecido nas centúrias e nos milênios. A razão desse primado está nas palavras de Ippolito Nievo: a Justiça está entre nós, está acima de nós, está dentro de nós. É ela que pune e é ela que recompensa. A Justiça é a grande nutriz das coisas, é ela que assegura a felicidade das almas, na grande alma da humanidade*".

Hino Municipal, letra e música de Jorge Pereira da Cruz:

Gloriosa, nasceu no passado
A história de Barueri
Majestosa em civilidade
Coroada de belezas mil
A memória traz ao presente
A aldeia que um dia surgiu
Entre grandes acontecimentos

2 BAROLLO, Flávio. *O bagre sou eu*, Caderno *Aliás*, O Estado de São Paulo, 27.9.15, p. E-3.

Que o curso do tempo urdiu
Barueri, uma paixão que se agiganta
Flor vermelha que encanta
O coração do meu Brasil
Dos pioneiros aos que hoje vivem
Neste berço tão acolhedor
A nobreza é a prosperidade
Nos abrigam com o canto do amor
E as cores que o brasão retrata
Ouro, prata, vermelho e anil
Representam suas riquezas
E as virtudes de um povo gentil
Da cultura, és grande expoente
Do seu povo, és mãe, proteção
Aguerrida, bonita pra frente
Bom exemplo pra toda nação
Vão erguendo troféus pelo mundo
Os seus filhos, seus bravos heróis
És a terra da felicidade
Que cantamos a uma só voz.

ALEXANDRE DAVID MALFATTI (Juiz Diretor do Fórum Regional de Santo Amaro)

Discurso proferido por ocasião da inauguração do novo prédio do Foro Regional de Santo Amaro (Cerimônia realizada em 05.10.2015).

– EXMO SR. DES. PRES. DO E. TJSP – DR. JOSÉ RENATO NALINI

– EXMO. SR. DES. VICE-PRES. DO E. TJSP – DR. EROS PICELI

– EXMO. SR. DES. CORREG. GERAL DA JUSTIÇA DO ESTADO SP – DR. HAMILTON ELLIOT AKEL

– ILUSTRES DESEMBARGADORES E JUÍZES PRESENTES, os quais cumprimento na pessoa do Presidente da Associação Paulista de Magistrado Dr. JAYME MARTINS DE OLIVEIRA NETO.

– DEMAIS AUTORIDADES PRESENTES, às quais cumprimento nas pessoas do Secretário Adjunto de Segurança Urbana do Município de São

Paulo DR. CLÁUDIO SCHEFER e do SUBPREFEITO de Santo Amaro DR. VALDERCI MALAGOSINI MACHADO

– ILUSTRES ADVOGADOS, os quais cumprimento na pessoa da Dra. LISANDRA GONÇALVES,

– ILUSTRES FUNCIONÁRIOS e DEMAIS CONVIDADOS, registrando a presença de representantes da FUNCEF, senhor ROBERTO FONTENELE.

HOJE, dia 05.10.2015, temos a honra de participar da cerimônia de inauguração do Prédio III do Foro Regional de Santo Amaro e da instalação de 11 novas Varas – 06 Varas Cíveis e 05 Varas de Família, todas digitais.

SANTO AMARO...

Foram muitos anos de espera, uma história de luta e própria da região de Santo Amaro.

Desde que cheguei a Santo Amaro para trabalhar como juiz, maio de 1994, havia necessidade de melhoria da estrutura material e humana do Poder Judiciário.

Como bem lembrou o Dr. Hamilton Ackel, se fosse comarca (e Santo Amaro foi município por aproximadamente 100 anos), Santo Amaro seria a segunda maior comarca do Estado. Perderia em tamanho apenas para a comarca da Capital.

MAS, como hoje temos motivos para comemoração, optamos por fazer da nossa fala não uma narrativa de lamentações ou de novas cobranças, mas de sim uma fala de homenagens:

1. UM POUCO DA HISTÓRIA DE SANTO AMARO. UMA SOCIEDADE DE VALOR. UMA POPULAÇÃO TRABALHADORA. MAIS DE 02 MILHÕES DE HABITANTES.

Muitas pessoas aqui moram ou trabalham, mas não sabem como tudo começou.

Após a fundação da Vila de São Paulo (1554), os jesuítas foram distribuídos em 03 grandes regiões, conforme determinado pelo Padre Manuel da Nóbrega. UMA DAS REGIÕES FOI A DE JERIBATIBA – que deu origem a Santo Amaro.

E na ALDEIA DE JERIBATIBA foi construído um povoado, a partir de uma capela em terras da região do CUPECÊ, onde moravam João Pais e sua esposa Susana Rodrigues, que doaram a imagem de Santo Amaro – um santo nascido em 513 na Itália e identificado como protetor dos carroceiros, carregadores e fabricantes de velas.

O povoado de Santo Amaro passou a freguesia (distrito), em 1686.

Em 1832, o distrito de Santo Amaro torna-se um município distinto de São Paulo, sendo instalado em 07.4.1833. Abrangia desde o sul do antigo córrego da Traição (atual Avenida dos Bandeirantes) até a Serra do Mar (incluía os municípios que hoje correspondem a Itapecerica da Serra, Embu, Embu-Guaçu, Taboão da Serra,

Acesso ao Sumário

São Lourenço da Serra e Juquitiba).

Em 1908, foi concluída a construção da represa de Guarapiranga pela São Paulo Tramway, Light and Power Company – na época a responsável pelo fornecimento de energia na cidade. Depois, a represa também passou a servir como reservatório para o abastecimento de água potável.

Várias linhas de trens e de bondes passaram pela região – naquilo que hoje denominamos Indianópolis, Campo Belo, Brooklin Paulista – deram origem às avenidas Ibirapuera e Vereador José Diniz.

O Largo Treze de Maio foi referência da história de Santo Amaro, não somente pelas saídas das Bandeiras, mas também porque funcionou como local de festas e comemorações religiosas e regionais.

Em 1934, foi inaugurado o Aeroporto de Congonhas.

Aliás, o Poeta Paulo Eiró e o Vereador José Diniz foram personagens da história de Santo Amaro.

Podemos citar outros dois ilustres moradores de Santo Amaro:

– Júlio Guerra – escultor (autor da estátua do BORBA GATO), pintor e escritor

– Edmundo Zenha – escritor, historiador e advogado.

Na Revolução de 1932, o Município de Santo Amaro teve um importante papel na busca da defesa dos interesses do Estado de São Paulo.

Mas, destaco que a o MUNICÍPIO DE SANTO AMARO durou entre 1832-1935.

Pelo Decreto n. 5.983, de 22.2.1935, o Dr. ARMANDO SALLES OLIVEIRA, Interventor Federal do Estado de São Paulo, foi extinto o Município de Santo Amaro, anexando-o à cidade de São Paulo.

De qualquer forma, mesmo como bairro, a região de Santo Amaro foi e continua um importante polo de desenvolvimento de São Paulo.

Repito: são mais de 2,5 milhões de habitantes. Alguns falam já em 03 milhões de habitantes.

A partir da década de 1940, a região de Santo Amaro experimentou uma industrialização e um crescimento desordenado.

Em 1985, foi realizado um plebiscito, com vitória da manutenção de Santo Amaro como região e bairro de São Paulo.

Uma região de contrates. ESSAS DIFERENÇAS REPERCUTEM NAS CAUSAS LEVADAS À JUSTIÇA!

Temos regiões muito desenvolvidas em termos sociais – Alto da Boa Vista

(retrato da colonização alemã), Brooklin, Campo Belo e outros.

Temos outras regiões muito carentes.

2. NOSSO PATRONO. E UM POUCO DA HISTÓRIA DO PODER JUDICIÁRIO DE SANTO AMARO. ÚLTIMOS 20 ANOS.

Nosso patrono é o DR. ANICETO LOPES ALIENDE, Presidente do E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA entre 1990—1991.

Coincidência, o Desembargador Aniceto era o Presidente quando ingressei – ingressamos eu, José Ernesto e Jucimara, hoje juízes em Santo Amaro – na magistratura, em 1991.

E o destino nos proporciona a possibilidade de inauguração do Fórum Regional de Santo Amaro – Prédio III com patrono tão ilustre.

O Dr. ANICETO é justamente homenageado pela sua brilhante trajetória na magistratura paulista. Bacharel em direito pela USP, em 1948. Ingressou na magistratura em 1952, sendo juiz em Brotas, Taquaritinga até chegar em São Paulo. Foi promovido para o 2º. TAC, tribunal que presidiu entre 1976-1977. E chegou a desembargador em 1979. SEMPRE ativo, dedicado e culto magistrado. Preocupado com a questão do recrutamento de juízes, o que revelava a importância emprestada à prestação de um serviço jurisdicional adequado.

NOSSAS HOMENAGENS AO DR. ANICETO LOPES ALIENDE. Cumprimentamos seus familiares presentes!

GOSTARIA DE HOMENAGEAR magistrados que fizeram parte da história de Santo Amaro.

ENCONTRAM-SE AQUI ALGUNS DELES, os magistrados: Décio Luiz José Rodrigues, Franco Cocuzza, Gilberto Gomes Macedo Leme, Carlos Eduardo Pachi, Edson Luiz de Queiroz, Lídia Maria Andrade Conceição, Lidia Regina Rodrigues Monteiro Cabrini, Luiz Geraldo Cunha Malheiro, Luiz Tolosa Neto, Maria Lucia Pizzotti Mendes, Jayme Martins de Oliveira Neto, Oscild de Lima Júnior, Aguinaldo de Freitas Filho, Samuel Francisco Mourão Neto, Valdecir José do Nascimento, Fábio Eduardo Basso. O próprio Presidente Nalini foi juiz em Santo Amaro.

Logicamente, seria impossível dizer o nome de todos juízes que já trabalharam e judicaram no Foro Regional de Santo Amaro. NOSSA HOMENAGEM A TODOS ELES.

Há ainda TRÊS MAGISTRADOS que trabalharam em Santo Amaro e que já nos deixaram, todavia merecedores de lembrança e iguais homenagens:

– EDSON JORGE

– PLINIO TADEU DO AMARAL MALHEIROS,

Acesso ao Sumário

– ANTONIO RODRIGUEZ

MAS GOSTARIA TAMBÉM DE HOMENAGEAR magistrados que, atualmente, fazem parte da história de Santo Amaro. Todos eles terão um desafio pela frente. Tenho certeza do sucesso dos meus queridos amigos juízes. A população estará muito bem servida.

AINDA NO CAMPO DAS HOMENAGENS aos funcionários e servidores, optamos por fazer uma homenagem àquele que está há mais tempo em Santo Amaro – mais de 25 anos:

JOSÉ FRANCISCO SÉRVULO. Meu querido Francisco obrigado pela sua dedicação!

Também gostaria de homenagear os ilustres Promotores de Justiça que passaram por Santo Amaro, além dos que aqui ainda exercem suas funções, registrando-se alguns dos brilhantes que aqui trabalharam.

Por fim, gostaria de homenagear os advogados e defensores públicos, que sempre trabalharam em cooperação, buscando a promoção da Justiça juntamente com os magistrados e promotores de justiça.

Registramos uma homenagem especial a alguns advogados experientes (alguns deles ex-Presidentes da OAB), todos muito atuantes em Santo Amaro e alguns deles presentes:

– AMÉRICO ANGÉLICO;

– ANTONIO AUGUSTO C.B. PERFEITO

– ANTONIO CARLOS CARUSO

– ARNALDO PEREIRA DE SOUZA JÚNIOR

– EDMO JOÃO GELA

– MOACIR GONÇALVES POSSI

– PAULO SEJO SATO

– ROBERTO PAVANELLI

– VITO ROLIM DE FREITAS

Também me lembro com carinho do Dr. ZACHARIAS SEBASTIÃO FILHO, falecido em 2013.

Necessário e oportuno falar dos advogados CLAUDIO SCHEFER e LISANDRA GONÇALVES, responsáveis pela última gestão da OAB. Representantes dessa cooperação estabelecida de longa data entre os atores da Justiça. Uma cooperação ética e producente.

Acesso ao Sumário

Caros Doutores Schefer e Lisandra, meus sinceros agradecimentos pelo empenho de Vossas Excelências na instalação do Fórum e das novas Varas. Incansáveis na ajuda e na busca de soluções para os problemas que se apresentaram. Incluo neste agradecimento todos os advogados que se empenharam nessa luta conjunta que hoje tem sua comemoração. E foram muitos!

Nossos agradecimentos ao Dr. VALDERCI MALAGOSINI MACHADO, subprefeito de Santo Amaro.

3. O NOVO FÓRUM. AS NOVAS VARAS. A EXPECTATIVA DE UMA JUSTIÇA MELHOR PARA O FUTURO.

Caro Presidente Nalini, falamos do passado, fizemos homenagens – justas por sinal – das pessoas que aqui trabalharam.

Falamos ainda dos profissionais que aqui atuam.

A população de Santo Amaro merecia um Poder Judiciário com mais estrutura. Felizmente, a sensibilidade de Vossa Excelência tornou isso possível.

Agradecemos e registramos que tudo começou na gestão passada do nobre Presidente Ivan Sartori. E o juiz Regis de Castilho Barbosa Filho muito contribuiu para a identificação do prédio e as negociações iniciais.

Aliás, quando falamos no início do processo, a Diretoria do Fórum de Santo Amaro era exercida pela juíza LIDIA MARIA ANDRADE CONCEIÇÃO. Juíza exemplar e que tão bem conduziu a administração desse fórum por anos. Sua Excelência chegou a buscar por várias vezes prédios disponíveis para locação e instalação dos Fóruns de Capela do Socorro e M'Boi Mirim, então recém criados.

Registro também como merecedor de homenagens os Drs. JOEL PAULO SOUZA GEISHOFER e EDSON LUIZ DE QUEIROZ, que foram Diretores do nosso Fórum e por anos buscaram soluções para os problemas de Santo Amaro.

Também registramos que, na atual gestão, tudo se concluiu. Muito trabalho. NÃO PODEMOS DEIXAR DE REGISTRAR OS AGRADECIMENTOS aos juízes e funcionários que tanto se empenharam:

– FERNANDO FIGUEIREDO BARTOLETTI;

– MARIO SÉRGIO LEITE;

– MARIA DE FÁTIMA PEREIRA DA COSTA E SILVA;

– MARIA FERNANDA DE TOLEDO RODOVALHO;

– EDUARDO ROBERTO ALCÂNTARA (Secretário do TJ e toda sua equipe – incansável na mudança).

Presidente não poderia deixar de agradecer a Juíza ADRIANA BORGES DE

CARVALHO, minha querida amiga da 7ª. Vara Cível de Santo Amaro e que auxiliou no período de mudança. Na verdade, comandou grande parte do período crítico da mudança, diante da minha ausência em período de férias.

Aos colegas servidores e Juízes das Varas já instaladas e por instalarem que demonstraram paciência, compreensão e cooperação durante o período da mudança. Quero registrar a imensa cooperação das diretoras Sueli, Rose e Silvia, cumprimentando e agradecendo todos os funcionários nas pessoas delas.

Nos mais de 20 anos de passagem por Santo Amaro, tenho sido testemunha da preciosa dedicação de todos.

E, logicamente, ao nosso Coordenador da Administração de Santo Amaro, MARCELO COSTA DE SOUZA e toda equipe – José Francisco Sérvulo, hoje já homenageado, Percival Gomes Beduschi.

E, por fim, DR. JOSÉ RENATO NALINI quero agradecer novamente sua atenção com Santo Amaro. Uma atenção sem igual! Uma disposição para a solução dos problemas dessa região jamais vista anteriormente. Não lhe faltou coragem para levar adiante a solução necessária para que nosso Foro Regional pudesse ter não somente uma instalação digna, mas também a instalação de 11 novas Varas digitais. Mais ainda, a Administração do TJSP se preocupou com a reocupação adequada do prédio da Avenida Adolfo Pinheiro.

A gestão de Vossa Excelência tem sido marcada pela busca da eficiência administrativa e melhoria da prestação jurisdicional. Tenha certeza Excelência que deixa uma marca indelével no Poder Judiciário de São Paulo e, evidentemente, nas nossas vidas do Foro Regional de Santo Amaro.

MUITÍSSIMO OBRIGADO PRESIDENTE!

Por fim, aos colegas magistrados e servidores das 11 novas Varas Digitais nossas homenagens. Todos aceitaram o desafio de uma instalação em novo formato – Cartório do Futuro. Temos certeza do sucesso dos juízes e servidores.

Acesso ao Sumário

O serviço de Justiça em Santo Amaro ficará, a partir dessa data, mais estruturado. Uma inigualável conquista.

ENCERRAMENTO

Para encerrar vou lembrar a frase de JULIO GUERRA, expoente santamarense:

“Arte a gente faz pra gente e pra gente como a gente”

Mas vamos ousar e adaptar:

“JUSTIÇA A GENTE FAZ PRA GENTE COMO A GENTE”.

ESPERO QUE POSSAMOS CORRESPONDER À ESPERANÇA

DEPOSITADA NA JUSTIÇA PELO POVO DE SANTO AMARO!

CONVIDAMOS A TODOS PARA UMA EXPOSIÇÃO EM HOMENAGEM A SANTO AMARO E QUE SE LOCALIZA DO MEU LADO DIREITO ASSIM QUE FOR ENCERRADA A SOLENIDADE.

AGRADECEMOS A PRECIOSA COLABORAÇÃO DO CETRASA – Centro de Tradições de Santo Amaro na realização dessa exposição.

E, AGORA, QUEBRANDO O PROTOCOLO TENHO A HONRA DE DIRIGIR-ME AO PRESIDENTE, VICE-PRESIDENTE E CORREGEDOR, PARA HOMENAGEÁ-LOS COM LEMBRANÇAS DE SANTO AMARO. Um sinal dos nossos agradecimento e reconhecimento.

JOSÉ RENATO NALINI (Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo)

Discurso proferido por ocasião da inauguração do novo prédio do Foro Regional de Santo Amaro (Cerimônia realizada em 05.10.2015).

Sinto-me singularmente privilegiado por instalar, neste 5 de outubro de 2015, exatamente 27 anos após a promulgação da *Constituição Cidadã,* 11 (onze) novas Varas no FORO REGIONAL DE SANTO AMARO.

Privilegiado porque, nada obstante um ano dramático, terrível mesmo, não só no aspecto político-econômico, mas principalmente – no âmbito moral, o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO consegue resgatar sua dívida com o povo santamarense. Instala-se num edifício digno, compatível com as exigências da Justiça. A dimensão da Justiça em SANTO AMARO exigiu um Prédio III, a corresponder à crescente demanda de sua população.

As Varas Cíveis da nona à décima primeira, foram criadas pela Lei Complementar 877, de 29.8.2000. A 12ª Vara Cível foi criada pela Lei Complementar 1108, de 6.5.2010, como 3ª Vara Cível do Foro Regional M'Boi Mirim. A 13ª Vara Cível foi criada pela Lei Complementar 762, de 30.9.1994, como 2ª Vara Criminal de Ermelino Matarazzo. A 14ª Vara Cível foi criada pela Lei 6.166, de 29.6.1988, com 2ª Vara do Foro Distrital de Perus. Estas três últimas, foram remanejadas pela Resolução 597/2013.

Idênticas vicissitudes incidiram sobre as Varas da Família e das Sucessões, criadas entre 1994 e 2010. Não foi fácil para o Poder Judiciário entregar a SANTO AMARO estas onze novas unidades de produção do justo concreto.

Uma legião de atores participou, direta ou indiretamente, das gestões que chegam a este dia histórico. Não posso deixar de mencionar o Juiz Diretor do Fórum,

Doutor ALEXANDRE DAVID MALFATTI, zeloso e batalhador, mas também os Juízes Assessores da cúpula do Tribunal, Secretários e funcionários responsáveis pela elaborada e complexa estratégia para a instalação.

Fui juiz de Santo Amaro na década de oitenta do século passado, residi no bairro, trabalhei na consulta popular sobre a sua emancipação. Desde aqueles tempos, reclamava-se um tratamento correspondente ao desenvolvimento desta populosa, complexa e desafiadora Zona Sul.

Numa época terrível, a administração do Judiciário bandeirante faz "*escolhas de Sofia*", consciente de que alguns serão atendidos e a imensa maioria continuará a depender de melhores dias. Mas isso não impede que SANTO AMARO passe a contar com um equipamento moderno, disponha de inovações como o Cartório do Futuro, tentativa de administrar com eficiência maior um complexo integrado por mais de cinquenta Juízes e mais de 500 funcionários.

Permite-se o transitório Presidente do Tribunal de Justiça, ora em final de gestão e de carreira, manifestar sua alegria por poder homenagear a figura símbolo de magistrado ético, prudente, erudito e de excepcional capacidade de trabalho que foi o Desembargador ANICETO LOPES ALIENDE.

Dentre os inumeráveis favores que, imerecidamente, recebi da Providência, incluo como um dos mais expressivos o convívio com o eminente Magistrado, há pouco chamado à eternidade, primeiro como Vice-Presidente e, depois, como Chefe do Poder Judiciário de São Paulo, a quem assessorei em sua gestão.

Padrão de virtudes, todas elas tão necessárias para inspirar a juventude brasileira neste momento crítico da República, o Desembargador ANICETO LOPES ALIENDE servirá como inspiração a todos quantos militarão neste portentoso edifício, na tentativa de reduzir a carga de aflição que recai sobre quantos recorrem ao equipamento Justiça.

Todos somos chamados a continuar a repensar o sistema Judiciário brasileiro, cuja profunda reforma estrutural ainda não se fez e é urgente resulte do consenso entre todos os interessados, mas com a primazia da sociedade civil, que custeia e sustenta este serviço estatal.

Auguro a todos os que trabalharão e dependerão deste Foro, consciência apurada sobre as responsabilidades assumidas, espírito sensível às deficiências do semelhante e vontade firme de solucionar problemas, para a edificação da Pátria justa, fraterna e solidária que o constituinte prometeu no pacto fundante promulgado no dia 5 de outubro de 1988.

A Justiça é a avalista da Democracia Participativa e o principal pilar do Estado de Direito de índole democrática, opção reafirmada e pelo qual anseia o povo brasileiro.

Muito obrigado a todos, está encerrada esta solenidade.

JOSÉ RENATO NALINI (Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo)

Discurso proferido por ocasião do recebimento do título de "Cidadão Itapetiningano" (Homenagem realizada em 09.10.2015).

"*A vida dos grandes homens não tem data, porque, paradoxalmente, somos guiados, cada vez mais, pelo passado e pelo futuro;* '*os mortos não morrem*', *adverte Maeterlinck: sabemos que não há um gesto, um pensamento, um pecado, uma lágrima ou um átomo da consciência adquirida que se perca nas profundidades da terra; e que, ao mais insignificante dos nossos atos, os nossos avoengos se levantam, não nos seus túmulos onde não se mexem, mas no fundo de nós próprios, onde vivem sempre*"[1].

Com essas palavras, o ilustre itapetiningano Desembargador NEREU CESAR DE MORAES iniciou o seu pronunciamento na celebração do Centenário de JÚLIO PRESTES, em 14.3.1982.

Se a outorga da cidadania é sempre um galardão resultante de excessiva generosidade, ser itapetiningano como NEREU CESAR DE MORAES, recém-chamado à eternidade, é glória que me emociona. Pois "*ser itapetiningano é ter amor às tradições, é emprestar riqueza às singelezas da vida, é valorizar a cultura, é confiar em sua terra e em sua gente, é defender seu torrão contra intervenções espúrias. Como falam* a *ITAPETININGA sua Escola Normal Modelo, sua Escola de Farmácia e seu cognome de* '*Atenas do Sul*'*! Como Atenas, tivemos e temos as nossas ágoras, as nossas fratrias e as nossas vias sacras*"[2].

A Câmara Municipal de ITAPETININGA, a *Casa do Povo*, esta verdadeira *caixa de ressonância das aspirações populares* me torna conterrâneo dessa verdadeira legenda no Poder Judiciário brasileiro, que em 7.10.1989, instalava a 4ª Vara e observava – há exatos 26 anos!: "*A litigiosidade e a criminalidade são filhas diletas das crises econômicas; o número de processos distribuídos no Estado tem crescido assustadoramente; um dia um dos filhos desta terra encontrou o apoio de sua comunidade e de seu Tribunal e só por encontrar esse apoio lhe foi possível contribuir para que Itapetininga desse um passo agigantado nos altos destinos que se traçou; é por essa magnanimidade de minha gente que me sinto extremamente reconhecido*"[3].

Esta cidade abençoada, *Terra das Escolas,* é um dos inúmeros municípios

Acesso ao Sumário

1 MAETERLINCK, O *Tesouro dos Humildes,* p. 211, citado por NEREU CESAR DE MORAES, no discurso pronunciado na Câmara Municipal de Itapetininga, em 14.3.1982, na celebração do Centenário de JÚLIO PRESTES, in MORAES, Nereu Cesar de, *Senhoras & Senhores,* São Paulo: RT, 1997, p. 23.

2 MORAES, Nereu Cesar de, oração na oportunidade em que recebeu a Medalha de Mérito outorgada pela Câmara Municipal de Itapetininga, em 18.3.1988, in *Senhoras & Senhores,* idem, p. 70.

3 MORAES, Nereu Cesar de, discurso proferido por ocasião da instalação da 4ª Vara da Comarca de Itapetininga, em 7.10.1989, in *Senhoras & Senhores, idem,* p. 363/364.

cujo nome deriva do tupi-guarani: caminho das pedras secas ou caminho seco das pedras, cuja origem está ligada à abertura de um caminho novo para o sul que não permanecesse encharcado, é o terceiro maior município do Estado.

Mas a sua grandeza não é apenas territorial. É gigante na cultura, na tradição de sua gente, no legado de grandes vultos fornecidos à política e à Justiça desta República.

Aqui nasceram VENÂNCIO AIRES, vulto legendário da História, JÚLIO PRESTES, o inolvidável injustiçado paulista, três Presidentes do Tribunal de Justiça: TEODOMIRO DIAS, NEREU CESAR DE MORAES e DIRCEU DE MELLO, mas também CYRO ALBUQUERQUE, o Procurador JORGE LUIZ DE ALMEIDA, os desembargadores NEY DE MELLO ALMADA, FRANK CÉLIO SOARES HUNGRIA, DÉCIO BARRETI, WALTER CRUZ SWENSON, ANTONIO CARLOS MUNHOZ SOARES, ROBERTO DE MORAIS AGUIAR, HÉLIO LOBO JÚNIOR, MARIANO DE SIQUEIRA NETO, JOÃO LUIZ MORENGHI, AVELINO CESAR DE ASSUNÇÃO, JOSÉ LUIZ e JOSÉ RAUL GAVIÃO DE ALMEIDA, MARCO ANTONIO MARQUES DA SILVA.

Esta é a cidade em que a Câmara Municipal, presidida pela Dra. MARIA LUCIA L. DA FONSECA HAIDAR homenageia não este transitório Chefe do Poder Judiciário, ora em final de gestão e de carreira, por iniciativa bondosa do Vereador Vice-Presidente, FERNANDINHO ROSA. Oferece um preito de reverência à Justiça de nosso Estado, Justiça que sempre tentou atender, da melhor maneira possível, as legítimas aspirações do povo itapetiningano.

Justiça que, nas palavras de NEREU CESAR DE MORAES, "*é uma virtude quase teologal; o dever de prestar justiça aos povos não constitui invenção dos homens. Os discursos de Moisés, recordando os grandes acontecimentos do Êxodo e do Sinai, mencionam o caráter imperioso da Justiça, para que a herança da terra não fosse uma palavra vã. Lá está no Código Deuteronômico: 'Juízes e oficiais constituirás em todas as tuas cidades, que o Senhor teu Deus te der entre as tuas tribos. Eles julgarão os povos com sentenças justas. Não perverterás o Direito e não farás acepção de pessoas. Busca somente a Justiça, para que vivas e possuas a terra que Iaweh teu Deus te dará*'.

Atualíssima, por isso – nestes dias de desassossego e de inquietação –, a advertência do Alcorão: 'a justiça é uma fortaleza inexpugnável, construída no alto de uma montanha, que não pode ser abatida pela violência das torrentes, nem demolida pela força dos exércitos"[4].

Esta a Justiça que merece o gesto de respeitosa reverência da gente itapetiningana, aqui representada pelo Prefeito LUIS ANTONIO DI FIORI FIORES COSTA, pela Presidente da Edilidade, Dra. MARIA LUCIA L. DA FONSECA HAIDAR, por todos os demais Vereadores, por meus colegas e pelos amigos aos quais agradeço o prestígio da presença.

Acesso ao Sumário

4 MORAES, Nereu Cesar de, op. cit., idem, p. 367.

Agora, como itapetiningano por direito, posso entoar o lindo hino municipal, de tão belos versos:

Do que fora a capela de outrora,
marco erguido em manhã de ouro-azul
nossos olhos contemplam agora,
estajoia que é a Atenas do sul
Tua história é um sacrário guardando
a bravura dos teus ancestrais
com Venâncio e os Prestes vibrando
na defesa dos teus ideais
Teu amor à liberdade
tua garbosa mocidade
Tudo emti, Terra querida
é inspiração, é pujança
é tradição, é esperança
é um vibrante hino à *vida*
Dadivosa, gentil, fascinante
terno pouso da felicidade
Pulsa em ti o ardor bandeirante
do civismo e da Liberdade
Teu valor, tua grandeza presente,
que teus filhos, lutando forjaram
é o fruto da opima semente
que Vieira e Leme plantaram!
Nobre exemplo de brasilidade,
filha amada de Piratininga
Berço augusto da Paz, da Igualdade
Salve heroica Itapetininga
Teu pendão simboliza a vitória
E assim vais teu futuro rasgando,
Sob as *bênçãos de Deus caminhando*
Para os *cimos mais altos da glória!*

Acesso ao Sumário