REVISTA ELETRÔNICA DE JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

REVISTA OFICIAL DO TRIBUNAL DE
JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOLUME 13 – ANO 3

JANEIRO E FEVEREIRO DE 2016

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

COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA

Presidente

Desembargador José Carlos Gonçalves XAVIER DE AQUINO

Desembargador RICARDO HENRY MARQUES DIP
Desembargador ITAMAR GAINO
Desembargador ALBERTO GENTIL DE ALMEIDA PEDROSO NETO
Desembargador ARTUR CÉSAR BERETTA DA SILVEIRA
Desembargador HERMANN HERSCHANDER
Desembargador RONALDO SÉRGIO MOREIRA DA SILVA

SUMÁRIO

Clique nas chamadas para ser remetido diretamente ao texto

1- Doutrina 25

2- Jurisprudência Cível:

Seção de Direito Privado:

a) Ações Rescisórias 33
b) Agravos de Instrumento 40
c) Apelações 115
d) Embargos de Declaração 363
e) Embargos Infringentes 370
f) Mandados de Segurança 372

Seção de Direito Público

a) Agravos de Instrumento 376
b) Apelações 430
c) Apelações/Reexames Necessários 550
d) Embargos de Declaração 560

3- Jurisprudência Criminal:

a) Agravos em Execução Penal 564
b) Apelações 580
c) Correições Parciais 686
d) *Habeas Corpus* 690
e) Mandados de Segurança 716
f) Recursos em Sentido Estrito 723
g) Revisões Criminais 732

4- Jurisprudência do Órgão Especial:

a) Ações Diretas de Inconstitucionalidade (Adin's) 752
b) Agravos Regimentais 824
c) Arguições de Inconstitucionalidade 836
d) Conflitos de Competência 862

5- Jurisprudência da Câmara Especial:

a) Agravos de Instrumento 890
b) Agravos Regimentais 899
c) Apelações 904
d) Apelações/Reexames Necessários 908
e) Conflitos de Competência 919
f) *Habeas Corpus* 926

6- Conselho Superior da Magistratura 939

7- Noticiário 952

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 III, n. 13, jan./fev. 2016 - São Paulo: Tribunal de Justiça do Estado, 2016.

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 PAULO DIMAS de Bellis MASCARETTI

Vice-Presidente
Desembargador ADEMIR DE Carvalho BENEDITO

Corregedor-Geral da Justiça
Desembargador Manoel de Queiroz PEREIRA CALÇAS

Presidente da Seção de Direito Privado
Desembargador LUIZ ANTONIO DE GODOY

Presidente da Seção de Direito Público
Desembargador RICARDO Henry Marques DIP

Presidente da Seção de Direito Criminal
Desembargador Renato de SALLES ABREU Filho

Decano
Desembargador José Carlos Gonçalves XAVIER DE AQUINO

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
FRANCISCO Antonio CASCONI
RENATO Sandreschi SARTORELLI
CARLOS Augusto Lorenzetti BUENO
Augusto Francisco Mota FERRAZ DE ARRUDA
ADEMIR de Carvalho BENEDITO

PAULO DIMAS de Bellis MASCARETTI
José Henrique ARANTES THEODORO
Antonio Carlos TRISTÃO RIBEIRO
ANTONIO CARLOS VILLEN
LUIZ ANTONIO DE GODOY
José Roberto NEVES AMORIM
Dimas BORELLI THOMAZ Júnior
JOÃO NEGRINI Filho
SÉRGIO RUI da Fonseca
Luiz Fernando SALLES ROSSI
Manoel de Queiroz PEREIRA CALÇAS

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Presidente
Desembargador PAULO DIMAS de Bellis MASCARETTI

Vice-Presidente
Desembargador ADEMIR DE Carvalho BENEDITO

Corregedor-Geral da Justiça
Desembargador Manoel de Queiroz PEREIRA CALÇAS

Presidente da Seção de Direito Privado
Desembargador LUIZ ANTONIO DE GODOY

Presidente da Seção de Direito Público
Desembargador RICARDO Henry Marques DIP

Presidente da Seção de Direito Criminal
Desembargador Renato de SALLES ABREU Filho

Decano
Desembargador José Carlos Gonçalves XAVIER DE AQUINO

CÂMARA ESPECIAL

(sala 511 — 2ª feira — 13:30 horas — PJ)
Desembargador ADEMIR DE Carvalho BENEDITO***
Desembargador José Carlos Gonçalves XAVIER DE AQUINO
Desembargador LUIZ ANTONIO DE GODOY
Desembargador RICARDO Henry Marques DIP
Desembargador Renato de SALLES ABREU Filho
Desembargador ANA LUCIA ROMANHOLE MARTUCCI**
Desembargadora LÍDIA MARIA ANDRADE CONCEIÇÃO**
Desembargador IASIN ISSA AHMED**
Desembargador ANTONIO CARLOS ALVES BRAGA JÚNIOR**
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

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 510 — 4ª feira — 9:30 horas — PJ)

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 THEODURETO de Almeida CAMARGO Neto
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 José Carlos COSTA NETTO
Desembargador JOSÉ APARICIO COELHO PRADO NETO**
Desembargadora ANGELA MORENO PACHECO DE REZENDE LOPES**
Desembargador JAYME MARTINS DE OLIVEIRA NETO*
Desembargador ALEXANDRE BUCCI*

10ª Câmara de Direito Privado (sala 211/213 — 3ª feira — 13:30 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 RONNIE HEBERT BARROS SOARES**

6º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — QUARTA-FEIRA OU QUINTA-FEIRA — PJ — (SALAS 217 OU 404)

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

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

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 618/622)

13ª Câmara de Direito Privado (salas 618/622 — 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 509)

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

Desembargador EDISON VICENTINI BARROSO
Desembargador Luiz Antonio COELHO 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 618/622)

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 JOÃO BATISTA AMORIM DE VILHENA NUNES**
Desembargadora CLAUDIA SARMENTO MONTELEONE*

18ª Câmara de Direito Privado (sala 622 — 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 QUEIRÓZ

10º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — SEGUNDA-FEIRA — PJ — (SALA 509)

19ª Câmara de Direito Privado (sala 510 — 2ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador RICARDO José NEGRÃO Nogueira
Desembargador JOÃO CAMILLO DE ALMEIDA PRADO COSTA
Desembargador MARIO Carlos DE OLIVEIRA
Desembargador RICARDO PESSOA DE MELLO BELLI***
Desembargarora CLAUDIA GRIECO TABOSA PESSOA

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 ROBERTO MAIA Filho

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 — 13:30 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
Desembargador GILSON DELGADO MIRANDA**

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 ROBERTO Nussinkis MAC CRACKEN
Desembargador SÉRGIO RUI da Fonseca
Desembargador ALBERTO GOSSON Jorge Junior
Desembargador HÉLIO NOGUEIRA**

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

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

Desembargador José Benedito FRANCO DE GODOI
Desembargador JOSÉ MARCOS MARRONE
Desembargador SEBASTIÃO FLÁVIO da Silva Filho
Desembargador PAULO ROBERTO DE SANTANA***
Desembargador 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***
Desembargador WALTER Rocha BARONE
Desembargadora LUCILA TOLEDO Pedroso de Barros
Desembargador TERCIO PIRES**
Desembargador SILVIA MARIA FACCHINA ESPÓSITO MARTINEZ**

13º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — QUINTA-FEIRA — PJ — (SALA 407/425)

25ª Câmara de Direito Privado (sala 618/620 — 5ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador Vicente Antonio MARCONDES D'ANGELO
Desembargador HUGO CREPALDI NETO***
Desembargador CLÁUDIO HAMILTON Barbosa
Desembargador EDGARD Silva ROSA
Desembargador Eduardo AZUMA NISHI
Desembargadora CARMEN LUCIA DA SILVA**

26ª Câmara de Direito Privado (sala 407/425 — 5ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador RENATO Sandreschi SARTORELLI
Desembargador Tarcísio Ferreira VIANNA COTRIM
Desembargador Reinaldo FELIPE FERREIRA***
Desembargador ANTONIO BENEDITO DO NASCIMENTO
Desembargador Márcio Martins BONILHA FILHO
Desembargador JOSÉ PAULO CAMARGO MAGANO*

14º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — TERÇA-FEIRA — PJ — (SALAS 618/620)

27ª Câmara de Direito Privado (sala 403 — 3ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador José Carlos Gonçalves XAVIER DE AQUINO
Desembargador Paulo Miguel de CAMPOS PETRONI
Desembargadora ANA CATARINA STRAUCH***
Desembargadora DAISE FAJARDO NOGUEIRA JACOT
Desembargador Samuel Francisco MOURÃO NETO
Desembargador SÉRGIO LEITE ALFIERI FILHO**

28ª Câmara de Direito Privado (salas 618/622 — 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
Desembargadora SILVIA ROCHA
Desembargador FÁBIO Guidi TABOSA Pessoa
Desembargador CARLOS HENRIQUE MIGUEL TREVISAN***
Desembargador Marcelo FORTES BARBOSA Filho
Desembargador CARLOS DIAS MOTTA**
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 — QUARTA-FEIRA — PJ — (SALAS 232/236)

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

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
Desembargadora KENARIK BOUJIKIAN**

18º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — QUINTA-FEIRA — PJ — (SALAS 201/203)

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 RAMON MATEO JÚNIOR**

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 Hamid Charaf Bdine Júnior**

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 (Resoluções nº 643/2014 e 668/2014)

12ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

Desembargador ARTUR MARQUES da Silva Filho***
Desembargadora KENARIK BOUJIKIAN**
Desembargador RAMON MATEO JÚNIOR**
Desembargador ALFREDO ATTIÉ JÚNIOR**

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 DANILO PANIZZA Filho
Desembargador LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ
Desembargador RUBENS RIHL Pires Corrêa
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

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 MAURÍCIO FIORITO**
Desembargador KLEBER LEYSER DE AQUINO**

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 LEONEL Carlos da COSTA
Desembargadora Maria CRISTINA COTROFE Biasi***
Desembargador ANTONIO CELSO Campos de Oliveira FARIA
Desembargador RONALDO Alves de ANDRADE
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 — 13:30 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 (sala 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*

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**

CÂMARAS EXTRAORDINÁRIAS DE DIREITO PÚBLICO (Resolução nº 728/2015)

1ª Câmara Extraordinária de Direito Público

Desembargador Getúlio EVARISTO DOS SANTOS Neto***
Desembargador Decio LEME DE CAMPOS Júnior
Desembargador Sérgio COIMBRA SCHMIDT
Desembargador SIDNEY ROMANO DOS REIS
Desembargador José JARBAS de Aguiar GOMES

2ª Câmara Extraordinária de Direito Público

Desembargador Sérgio Godoy RODRIGUES DE AGUIAR
Desembargador EUTÁLIO José PORTO Oliveira***
Desembargadora VERA Lúcia ANGRISANI
Desembargador ROBERTO MARTINS DE SOUZA
Desembargadora Maria BEATRIZ Dantas BRAGA

3ª Câmara Extraordinária de Direito Público

Desembargador JOÃO NEGRINI FILHO***
Desembargador Dimas BORELLI THOMAZ Júnior
Desembargador Jeferson MOREIRA DE CARVALHO
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 Antonio de ALMEIDA SAMPAIO
Desembargador FRANCISCO ORLANDO de Souza
Desembargador ALEX Tadeu Monteiro ZILENOVSKI***
Desembargador Carlos Otávio BANDEIRA LINS
Desembargador Cassiano Ricardo ZORZI ROCHA

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
Desembargadora IVANA DAVID**

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 CARLOS Fonseca MONNERAT
Desembargadora ELY AMIOKA**

5º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CRIMINAL — QUINTA-FEIRA — PJ — (SALA 511)

9ª Câmara de Direito Criminal (sala 511 — 5ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador José Orestes de SOUZA NERY
Desembargador OTÁVIO HENRIQUE de Sousa Lima
Desembargador Antonio SÉRGIO COELHO de Oliveira***
Desembargador ROBERTO Caruso Costabile e SOLIMENE
Desembargador AMARO José THOMÉ Filho
Desembargador LAURO MENS DE MELLO**

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

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

6º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CRIMINAL — QUARTA-FEIRA — PJ — (SALAS 202/204)

11ª Câmara de Direito Criminal (salas 504/506 — 4ª feira — 9:30horas — 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**

7º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CRIMINAL — QUINTA-FEIRA — PJ — (SALA 511)

13ª Câmara de Direito Criminal (sala 403 — 5ª feira — 13:30 horas — PJ)

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

14ª Câmara de Direito Criminal (sala 511 — 5ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador FERNANDO Antonio TORRES GARCIA
Desembargador HERMANN HERSCHANDER
Desembargador WALTER DA SILVA
Desembargador MARCO ANTONIO DE LORENZI
Desembargador MIGUEL MARQUES E SILVA***

8º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CRIMINAL — 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 SÉRGIO MAZINA MARTINS**
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 201/203 — 4ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador RICARDO Cardozo de Mello TUCUNDUVA***
Desembargador GERALDO Luís WOHLERS Silveira
Desembargador LUIS AUGUSTO DE SAMPAIO ARRUDA**
Desembargador NELSON FONSECA JÚNIOR**
Desembargador AIRTON VIEIRA**

2ª Câmara Criminal Extraordinária (sala 218/220 — 3ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador FRANCISCO ORLANDO de Souza***
Desembargador ALEX Tadeu Monteiro ZILENOVSKI
Desembargadora CLAUDIA LÚCIA FONSECA FANUCCHI**
Desembargador EDUARDO CRESCENTI ABDALLA**
Desembargador LAERTE MARRONE DE CASTRO SAMPAIO**

3ª Câmara Criminal Extraordinária (sala 407/425— 4ª feira — 10:30 horas — PJ)

Desembargador IVAN Ricardo Garisio SARTORI***
Desembargador IVO DE ALMEIDA
Desembargador SILMAR FERNANDES**
Desembargador JULIO CAIO FARTO SALLES**
Desembargador DINIZ FERNANDO FERREIRA DA CRUZ**

4ª Câmara Criminal Extraordinária (sala 504/506 — 4ª feira — 14:00 horas — PJ)

Desembargador WILLIAN Roberto de CAMPOS***
Desembargador PAULO Antonio ROSSI
Desembargador MAURÍCIO VALALA**
Desembargador ALEXANDRE CARVALHO E SILVA DE ALMEIDA**
Desembargador CÉSAR AUGUSTO ANDRADE DE CASTRO**

*** — Presidente

** — Juiz de Direito Substituto em 2º Grau

* — Juiz Auxiliar

PJ – Palácio da Justiça (Praça da Sé s/nº)

JUÍZES DE DIREITO SUBSTITUTOS DE SEGUNDO GRAU

(em ordem de antiguidade)

Silmar Fernandes
Denise Andréa Martins Retamero
Marcelo Fortes Barbosa Filho
Lucila Toledo Pedroso de Barros
Kenarik Boujikian
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
Antonio Luiz Tavares de Almeida

DOUTRINA

SOCIOAFETIVIDADE PARENTAL – UMA ANÁLISE PSICO-JURÍDICA

Eliane Limonge Duri

Psicóloga e Advogada

EMENTA

Trata-se de análise técnica sobre o reconhecimento do cerne relacional que fundamenta o estabelecimento de um vínculo afetivo que justifique, com segurança galgada na seara Jurídica aliada a Psicologia científica, a declaração jurídica da existência da paternidade e/ou filiação socioafetivas.

Sumário: 1. Introdução. 2. Arcabouço originário quanto à afetividade parental. 3. Direito integrado com a Psicologia. 4. A tutela estatal da afetividade parental. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO:

A partir do pedido de um parecer psico-jurídico, com a finalidade de compor base técnica para o Magistrado decidir questão de retirada do nome do pai do registro civil de criança cuja genitora induziu o demandante à Erro, é que se realiza o presente trabalho.

Esta, dentre tantas outras questões na seara do Direito Familiar que envolve relacionamento humano, é uma questão que requer um debruçar no estudo da integração do Direito com as demais ciências, sobretudo, neste tema, com as Ciências Psicológicas.

Ainda que sem a pretensão de esgotar o tema, buscou-se base firme no campo da Psicologia quanto à afetividade, que fosse capaz de proporcionar adequada interpretação jurídica para o real conceito da formação dos laços afetivos e, em decorrência, base científica para fundamentar decisões que envolvam estes conceitos.

2. ARCABOUÇO ORIGINÁRIO QUANTO À AFETIVIDADE PARENTAL:

A base para se analisar tanto psicologicamente quanto juridicamente o grau de afetividade capaz de estabelecer um vínculo real de parentalidade é a profundidade e a duração no tempo desta afetividade. Estes requisitos quando

sólidos e profundos devem ser capazes de se sobrepor às adversidades que se apresentam como ameaças de desvinculação da afetividade existente.

> Afetividade pode ser definida como um conjunto de comportamentos e seus processos complexos subjacentes, que criam e sustentam as relações sociais individuais, ligando entre si os membros de uma espécie. O termo afetividade implica que existam certos fatores comuns entre todos estes laços de afetividade social, mas também que cada uma destas afetividades aja parcialmente segundo variáveis diferentes.[1]

Extraindo-se da leitura de René Zazzo sobre a obra de Henri Wallon[2], a Afetividade é gênero do qual emoção é espécie.

> A emoção será a matéria dos sentimentos electivos, mas é também, e em primeiro lugar, sensibilidade sincrética, contágio, confusão. (...)
>
> No entanto, a **função inicial da emoção** é a comunhão com outrem. Com efeito, à <<emoção cabe o papel de unir indivíduos entre si pelas suas reações mais orgânicas e mais íntimas, devendo esta confusão ter por consequência ulterior as oposições e os desdobramentos de onde poderão surgir gradualmente as estruturas de consciência>> ([6]).
>
> Desse modo, as influências afectivas do meio têm uma acção decisiva sobre a criança.
>
> (grifos pessoais)

O sentimento de afetividade não se confunde com atos oriundos de um conceito introjetado sobre o papel a ser desempenhado pela figura de pai ou mãe, como por exemplo atos emotivos momentâneos. A conduta socialmente esperada de um pai, mãe ou filhos não transforma os atos entre estes sujeitos em atos de amor ou consideração, como também não expressam a afetividade envolvida nos relacionamentos humanos. Estas condutas despidas da afetividade são condutas que meramente atendem as expectativas pessoais

Acesso ao Sumário

1 KEITEL, Liane. Construção de vínculos inter-pessoais e construção de grupos. Disponível em: (endereço eletrônico constante do texto original).

2 ZAZZO, René. **Henri Wallon: Psicologia e Marxismo**. Editorial Vega, Lisboa, 1978. págs. 40 a 41.

e sociais do desempenho de cada um destes papéis.

É possível desempenhar com primor social os papéis de pai, mãe ou filho, sem que haja nenhuma afetividade envolvida no desempenhar destas funções, bem como se pode ter condutas socialmente criticadas, mas que por estarem carregadas de afetividade justificam os resultados alcançados no convívio familiar.

O ponto essencial, que é comum a todo tipo de parentalidade e filiação, é o real e consciente sentimento, que brota da vontade de sentir afeto um pelo outro.

É um ato de decisão, consciente, natural, pessoal, próprio daquele que manifesta esta vontade de ter afeto, a despeito de qualquer imposição ou interferência externa.

No caso específico da parentalidade afetiva, o estabelecimento do vínculo afetivo capaz de gerar força contra qualquer ameaça de desvinculação é, necessariamente, bilateral.

Uma vez estabelecido o vínculo afetivo, fruto da vontade pessoal, sem interferência externa, de forma bilateral, tem-se o que se entende tanto na Psicologia como no Direito, como a formação de uma relação socioafetiva.

A unilateralidade não define, por si só, uma relação, apenas apresenta sentimentos de um único sujeito que são direcionados a outro sujeito, que a estes sentimentos não corresponde, deixando, portanto, de se estabelecer uma ligação afetiva entre estes dois sujeitos.

É comum, dado o desejo do sujeito que nutre sentimentos pelo outro, entender os atos pelo outro praticados, como sendo atos correspondentes aos sentimentos nutridos pelo primeiro sujeito. Porém, sem a ocorrência da reciprocidade, não há o estabelecimento de um vínculo afetivo.

O afastamento destes sujeitos é o caminho naturalmente percorrido. Seja pelo motivo de que o primeiro sujeito se cansa de nutrir sentimentos por alguém que não lhe corresponde, seja porque o segundo sujeito se cansa de ser alvo de sentimentos pelos quais não deseja corresponder.

Assim, o vínculo de afetividade somente se forma de maneira adequada psicologicamente quando há reciprocidade, do contrário, o sentimento afetivo carece de elementos essenciais para sua formação emocional saudável.

Uma vez desenvolvido um sentimento afetivo unilateral, é inevitável que ao ocorrer o afastamento natural dos sujeitos, aquele que nutre o sentimento afetivo unilateralmente, terá sua estrutura psicológica afetada e carecerá de acompanhamento terapêutico. Entretanto, a tomada de consciência e a busca de superação serão mais benéficas ao longo do tempo do que a continuidade de um sentimento afetivo não correspondido, apenas unilateral.

Acesso ao Sumário

Para se declarar um concreto e saudável estabelecimento de vínculo afetivo, tem-se que garantir que haja reciprocidade.

A afirmação é válida para todos os demais relacionamentos a que se queira atribuir o conceito de vínculo afetivo.

A forma como os demais relacionamentos serão formados depende de como se estabeleceram os vínculos afetivos primeiros, que são os vínculos afetivos parentais. Em razão disto há na sociedade adolescentes, jovens e adultos em diferentes fases da vida, que repetem a forma saudável ou anômala de seus primeiros vínculos afetivos.

Se os relacionamentos de parentalidade e filiação foram desenvolvidos num convívio hostil, fundado em inverdades, com sentimentos nutridos unilateralmente, sem a concretude real do vínculo, esta será a base em que se desenvolverão os demais relacionamentos deste sujeito. Isto se não houver intervenção externa, profissional ou informal, que contribua para uma acomodação e a busca de equilíbrio que traga conforto emocional para este sujeito.

Entretanto, quando os laços afetivos primeiros se formam num ambiente em que o convívio entre os sujeitos envolvidos neste relacionamento proporcionam segurança de que há vontade mútua de convivência e participação da vida em comum, os vínculos afetivos que se formam serão saudáveis, trarão para a estrutura da personalidade um conforto emocional e serão capazes de superar mais rapidamente as adversidades e desafios do dia-a-dia.

Trazendo esclarecimentos técnicos que corroboram as elucidações pretendidas, de forma sucinta, tem-se o que segue:

"Vínculos afetivos

Definição: **O termo vem do latim *vinculu* e significa tudo aquilo que ata, une; ligação. É o elemento psicológico que caracteriza e especifica a relação, seja ela interpessoal ou não.**

Histórico: **As relações humanas se constituem a partir dos vínculos afetivos construídos entre as pessoas ou a partir dos interesses que as unem.**

Ao estudar as relações interpessoais, que denomina relações objetais, a Psicanálise encontrou a existência de diferentes tipos de vínculos: diádico, edípico, de apego, simbiótico, fusional, de conhecimento, de raiva, de amor, de segurança. Alguns autores, como W.R. Bion (1897-1979) e Pichon Rivière (1907-1977), desenvolveram teorias próprias sobre os tipos de vínculos que existem nas relações pessoais.

Objeto de estudo da Psicanálise, os vínculos básicos começaram a ser estudados a partir de observações sobre as relações que se estabelecem entre os pais e seu bebê. Melanie Klein (1882-1960) foi a precursora do estudo da relação do bebê com sua mãe e Jacques Lacan (1901-1981) iniciou o estudo sobre

Acesso ao Sumário

o papel psicológico do pai. A partir destes estudos é que se chegou a formular as atribuições psicológicas relativas a cada um dos genitores, conhecidas com os nomes de função materna e função paterna. Este tema foi amplamente desenvolvido por John Bowlby na trilogia *Apego*, *Perda*, *Separação*, (Editora Martins Fontes, S.P.) a partir do estudo sobre a conduta de apego.

Estes vínculos são fundamentais para se estabelecer e viver as situações de dependência e de confiança, para o desenvolvimento do sentimento de segurança e, no processo de separação-individuação, a construção da identidade e do traquejo social." [3] (grifos próprios).

3. DIREITO INTEGRADO COM A PSICOLOGIA:

Para o Legislador brasileiro chegar à opção de parentalidade e filiação fundados em afetividade para situações específicas, evidentemente não foi de maneira dissociada das Ciências Médicas e Psicológicas, ao contrário, muitos estudos foram e continuam sendo desenvolvidos para se prover cada vez mais a área jurídica com ferramentas para o emprego deste conceito de forma a se chegar a uma melhor sistematização e hermenêutica que atenda o caso concreto e produza efetivamente uma pacificação social, sobretudo dentro da núcleo celular social de extrema importância que é o núcleo familiar.

Em movimento denominado "desbiologização da paternidade", construiu-se os entendimentos de que "paternidade e ascendência genética são conceitos que nem sempre se identificam no mesmo sujeito" (LUIZ EDSON FACHIN, 2002, p. 64)[4] e que o pai cujo exame hematológico o definiu como tal, por si só, não afirma a existência de laço parental "Porque a descendência genética é um mero dado, enquanto a filiação afetiva se constrói", (EDUARDO LEITE, 2002, p. 40).[5]

Há que se realizar um esforço profissional-científico conjunto de transmissão deste conhecimento, assimilação e adequação aos casos que se apresentam, pois disto resultará um maior número de assertivas decisões, tanto do ponto de vista Psicológico, como do ponto de vista Jurídico, como a que se apresenta na Decisão da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça[6], que a seguir se apresenta o excerto:

3 CENTRO DE MEDICINA PSICOSSOMÁTICA E PSICOLOGIA MÉDICA HOSPITAL GERAL DA SANTA CASA DE MISERICÓRDIA DO RIO DE JANEIRO. **Vínculos Afetivos**. 2015. Disponível em: (endereço eletrônico constante do texto original).

4 FACHIN, Luiz Edson. Paternidade e ascendência genética. In Leite, Eduardo de Oliveira. (Coord.). **Grandes temas da atualidade – DNA como meio de prova da filiação.** Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 164.

5 LEITE, Eduardo de Oliveira. Exame de DNA, ou, o limite entre o genitor e o pai. In Leite, Eduardo de Oliveira. (Coord.). **Grandes temas da atualidade – DNA como meio de prova da filiação.** Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 40.

6 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no Recurso Especial 1.330.404/RS**. Relator: BELIZZE. Marco Aurélio. Publicado no DJe de 19/02/2015, doc. 1380133. Disponível em: (endereço eletrônico constante do texto original).

Acesso ao Sumário

STJ-RECURSO ESPECIAL Nº 1.330.404 - RS (2012/0127951-1) EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA. EMBARGOS INFRINGENTES ACOLHIDOS, POR MAIORIA. Brasília (DF), 05 de fevereiro de 2015.

"Não obstante, o Tribunal de origem reconheceu a configuração de filiação socioafetiva entre pai e filho registrais, em que pese o primeiro ter incidido em vício de consentimento desde o nascedouro da relação afetiva estabelecida entre eles, e, assim permanecido, durante todo o desenvolvimento desta (compreendida nos primeiros cinco anos de vida da criança).

Tal compreensão, entretanto, não encerra a melhor exegese sobre a efetiva conformação da filiação socioafetiva. A filiação socioativa, da qual a denominada adoção à brasileira consubstancia espécie, detém integral respaldo do ordenamento jurídico nacional, a considerar a incumbência constitucional atribuída ao Estado de proteger toda e qualquer forma de entidade familiar, independentemente de sua origem (art. 227, CF).

No ponto, oportuno anotar que o estabelecimento da filiação socioafetiva perpassa, necessariamente, pela vontade e, mesmo, pela voluntariedade do apontado pai, ao despender afeto, de ser reconhecido como tal. É dizer: as manifestações de afeto e carinho por parte de pessoa próxima à criança somente terão o condão de convolarem-se numa relação de filiação, se, além da caracterização do estado de posse de filho, houver, por parte daquele que despende o afeto, a clara e inequívoca intenção de ser concebido juridicamente como pai ou mãe daquela criança. (...). **Registre-se, porque relevante: Encontrar-se-ia, inegavelmente, consolidada a filiação socioafetiva, se o demandante, mesmo após ter obtido ciência da verdade dos fatos, ou seja, de que não é pai biológico do requerido, mantivesse com este, voluntariamente, o vínculo de afetividade, sem o vício que o inquinava.**

Em conclusão, é de se acolher a pretensão de desconstituição da paternidade registral, porquanto evidenciado: i) que o declarante, ao proceder o registro de nascimento, sob a presunção pater is est, foi induzido em erro; ii) que a relação de afeto então estabelecida entre pai e filho registrais, igualmente calcada no vício de consentimento originário, restou definitivamente rompida; e iii) que não houve manifestação consciente e voluntária do apontado pai registral de ser reconhecido juridicamente como tal (pressuposto da configuração da filiação socioafetiva), após saber que não é o genitor da criança." (grifos próprios).

Em conformidade com o que se encontra nas situações do cotidiano, e que de forma alguma pode ser dissociado do sistema jurídico vigente, mas que também não pode por este mesmo sistema jurídico ser transformado em meros fatos objetivos/subjetivos sem que a vontade não seja considerada, é que a decisão mencionada se afeiçoa com a melhor análise Psicossocial para os casos concretos que versem sobre vínculo socioafetivo parental.

Acesso ao Sumário

4. A TUTELA ESTATAL DA AFETIVIDADE PARENTAL

Por meio de mecanismos legais, ainda que não explicitamente, o legislador prevê a tutela estatal da afetividade parental nos dispositivos: Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002 (Código Civil Brasileiro), SUBTÍTULO II, Das Relações de Parentesco, Art. 1.593 – "O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem."; Constituição Federal do Brasil de 1988, arts. 226, §§ 4º e 7º, 227, §§ 5º e 6º.

O Estado tem o dever-poder de obrigar, segundo a lei, quando a paternidade tem origem biológica, econômica, adotiva, socioafetiva parental com expressa vontade das partes, alimentícia, sucessória, etc, mas não pode obrigar que um vínculo afetivo seja formado ou religado sem que haja a decisão, pela própria vontade dos sujeitos, de que esta ligação aconteça e seja fundamento de uma paternidade ou filiação socioafetiva que gera obrigações as quais não se tem expressa vontade de assunção.

O prejuízo emocional que o Estado causar nestes sujeitos pela surreal imposição de afetividade ao caso concreto, se multiplicará e retornará contra o próprio Estado e contra a Sociedade em outros tipos de demandas a partir destes sujeitos, num círculo vicioso.

Obrigar a uma socioafetividade parental sem a expressa vontade das partes é fazer mau uso do conceito original de afetividade parental que se encontra na Psicologia. Este tem sido o entendimento de juristas como Christiano Cassetari, que em sua obra afirma: "... se não há reciprocidade, como iremos estabelecer uma parentalidade que não estará, nunca mais, calcada no afeto? Entendemos ser um verdadeiro absurdo a imposição de uma parentalidade se não há mais afeto entre pais e filhos." [7]

5. CONCLUSÃO:

Um vínculo afetivo não se forma unilateralmente. Para que o vínculo afetivo se forme, necessariamente, deverá existir reciprocidade.

Nenhum mecanismo externo ao indivíduo poderá obrigar ao estabelecimento de um vínculo afetivo.

A vontade própria, livre e desimpedida dos sujeitos é que permitirá uma ligação afetiva estabelecida de forma adequada e saudável emocionalmente.

Se o fundamento para atribuição de deveres e obrigações com relação à paternidade afetiva, ou socioafetiva, for a ligação afetiva estabelecida pelos sujeitos desta relação, e psicologicamente e juridicamente é este o fundamento, então, o sentimento unilateral, ainda que expressado pela vontade unilateral, não torna concreta a relação socioafetiva, portanto, carece esta de elemento

Acesso ao Sumário

7 CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva** - São Paulo: Atlas, 2014, p.67.

essencial para o seu reconhecimento como fundamento a ser aplicado aos casos que se encontram nesta seara.

6. REFERÊNCIAS:

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no Recurso Especial 1.330.404/RS. Relator: BELIZZE. Marco Aurélio. Publicado no DJe de 19/02/2015, doc. 1380133. Disponível em: (endereço eletrônico constante do texto original).

CASSETTARI, Christiano. Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva - São Paulo: Atlas, 2014, p.67.

CENTRO DE MEDICINA PSICOSSOMÁTICA E PSICOLOGIA MÉDICA HOSPITAL GERAL DA SANTA CASA DE MISERICÓRDIA DO RIO DE JANEIRO. Vínculos Afetivos. 2015. Disponível em: (endereço eletrônico constante do texto original).

FACHIN, Luiz Edson. Paternidade e ascendência genética. In Leite, Eduardo de Oliveira. (Coord.). Grandes temas da atualidade – DNA como meio de prova da filiação. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 164.

KEITEL, Liane. Construção de vínculos inter-pessoais e construção de grupos. Disponível em: (endereço eletrônico constante do texto original).

LEITE, Eduardo de Oliveira. Exame de DNA, ou, o limite entre o genitor e o pai. In Leite, Eduardo de Oliveira. (Coord.). Grandes temas da atualidade – DNA como meio de prova da filiação. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 40.

ZAZZO, René. Henri Wallon: Psicologia e Marxismo. Editorial Vega, Lisboa, 1978. págs. 40 a 41.

INFORMAÇÕES SOBRE A AUTORA:

Eliane Limonge Duri é Psicóloga Clínica há mais de 25 anos (CRP 06/37951-6), Advogada (OAB/SP 293.033) e Mestranda em Direitos Especiais pela FADISP. Atua na área de Família e Sucessões, com ênfase em Conciliação e Mediação. Coordena o núcleo infanto-juvenil de uma Associação Beneficente, contribuindo com a comunidade local para um saudável desenvolvimento de vínculos afetivos pessoais e sociais.

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

Ações Rescisórias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória nº 2148101-23.2015.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que é autor BANCO DO BRASIL S/A, é réu SELMY ANTONIO DE ARAUJO.

ACORDAM, em 21ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente a ação rescisória. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32355)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SILVEIRA PAULILO (Presidente sem voto), MAIA DA ROCHA e ADEMIR BENEDITO.

São Paulo, 14 de dezembro de 2015.

VIRGILIO DE OLIVEIRA JUNIOR, Relator

Ementa: Ação rescisória. Violação a literal disposição de lei - art. 485, V, CPC. Processo que tramitou sob o rito sumário. Causa estipulada em R$ 50.000,00. Banco declarado revel. Condenação por ofensa moral em R$ 1.220.400,00 por negativação indevida do nome do autor junto aos órgãos de proteção ao crédito. Violação à literal disposição de lei verificada (art. 485, V, CPC). Julgados do STJ que dão amparo à tese defendida pelo banco. Cabimento da rescisória quando o provimento judicial, transitado em julgado, ofende direito em tese. Ausência de excepcionalidade para o juiz arbitrar o dano moral em valor estratosférico. Afronta aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Causa julgada para haver a redução daquele valor exorbitante para o importe equivalente a 60 salários mínimos, tal como pleiteado pelo banco na inicial da rescisória. Valor que, ainda assim, se mostra mais elevado que

Acesso ao Sumário

os concedidos em precedentes de igual fato. Afasta-se a possibilidade de o réu obter enriquecimento sem causa. Correção monetária devida a partir da data da sentença, quando houve o reconhecimento do dano moral (Súmula 362 do STJ). Juros de mora incidentes a partir evento dano negativação (Súmula n. 54 do STJ). Ação julgada procedente. Valor reduzido para 60 salários mínimos, acrescidos dos encargos legais.

VOTO

O Banco do Brasil S.A. ajuíza a presente ação rescisória em face de Selmy Antonio de Araujo, em razão de a r. sentença de Primeiro grau ter julgado procedente o pedido inicial, por força de revelia, quando se condenou o banco no pagamento de R$ 1.220.400,00 a título de danos morais decorrentes da negativação de seu nome junto aos órgãos de proteção ao crédito. Suscita a existência de violação a literal disposição de lei, tendo em vista que se utilizou o rito sumário, em razão do valor da causa ser de apenas R$ 50.000,00 e a condenação foi em valor absurdo e muito superior ao limite previsto para o procedimento adotado. Pede, por fim, a rescisão da sentença e, proferindo-se outro julgamento, que fique declarada a condenação estabelecida ao limite de 60 salários mínimos (R$ 43.440,00). Deferido o efeito suspensivo reclamado pelo banco. (verificar se houve ou não resposta do réu).

É o relatório.

Cuidam os autos de ação rescisória ajuizada pelo banco visando a rescisão da r. sentença de fls. 100/101 que julgou procedente, em razão de revelia, a ação de indenização ajuizada por Selmy Antonio de Araújo (autor da ação rescindenda), e condenou o banco no pagamento de R$ 1.220.400,00 a título de dano moral decorrente da negativação de nome junto aos órgãos de proteção ao crédito.

O ora autor se apega ao argumento de ter ocorrido violação a literal disposição de lei, nos termos do artigo 485, inciso V, do Código de Processo Civil, pois a parte se utilizou do rito sumário por atribuir à causa o valor de R$ 50.000,00, e, apesar disso, o d. juiz sentenciante lhe impôs, ao condená-lo, um valor absurdo, em muito superior ao limite previsto para o procedimento adotado.

Essa a tese defendida na inicial.

A seu favor há o entendimento exposto no julgamento do Agravo de Instrumento n. 12404004/SP, relatado pelo Ministro Luis Felipe Salomão e julgado em 17.12.2010, e publicado no dia 02.01.2011, que deixa ressaltado que:

Acesso ao Sumário

[1] A Brasil Telecom S/A, ajuizou ação rescisória, deduzida com base no inciso V, do art. 458, do CPC, contra Paganotti e Companhia Ltda., visando a desconstituição da sentença que a condenou ao pagamento de R$ 575.400,06 (quinhentos e setenta e cinco mil, quatrocentos reais e seis centavos), ou seja, em cem vezes o valor do apontamento, a título de indenização por danos morais, incluindo juros e correção monetária, em razão de inscrição indevida em cadastros de mau pagadores.

[2] Julgada improcedente a rescisória pelo Tribunal de Justiça paulista sob o enfoque de não se verificar violação a literal disposição de lei. Daí o recurso especial. São argumentos do digno ministro da Corte superior:

"(...) 3. Assiste razão à recorrente. Há tempos a doutrina lança críticas acerca da exigência de violação a 'literal disposição de lei' para o cabimento da ação rescisória, tal como previsto no art. 485, inciso V, do Código de Processo Civil, porquanto a lei, literalmente analisada, não coincide com o conceito de norma, a qual somente se revela depois da atividade intelectual do aplicador do direito. Por isso Pontes de Miranda, afastando o apego à literalidade da lei, pugna como rescindíveis até mesmo sentenças afrontosas a direito consuetudinário: 'Quanto à 'literal disposição de lei', que está no art. 485, V, temos sempre mostrado que não se pode acolher opinião apegada ao adjetivo. Letra, literal, está aí, como expresso, revelado. O art. 4 da Lei de Introdução ao Código Civil não pode ser postergado: 'quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito'. Dizer-se que, ao sentenciar, invocando costume ou princípio geral de direito, o juiz, que o ofende, apenas erra 'in procedendo', é erradíssimo. Sentenças proferidas contra algum costume, que se aponta como existente, escritível ou já escrito ('literal'), ou contra algum princípio geral de direito, ou contra o que, por analogia, se havia de considerar regra jurídica, são sentenças rescindíveis. Ao juiz da ação rescisória é que cabe dizer se existe ou não existe a regra de direito consuetudinário, ou o princípio geral de direito ou a regra jurídica analógica.' (Tratado da ação rescisória , atualizado por Vilson Rodrigues Alves, Campinas: ed. Bookseller, 1998, p. 267) No mesmo passo, é a mais moderna doutrina de Barbosa Moreira acerca da rescindibilidade da sentença de mérito que afronta 'literal disposição de lei': '78. Violação de literal disposição de lei - O inciso V do art. 485 reproduz expressão ('literal disposição de lei') que, no art. 798, n. I, letra c, do Código de 1939, fora objeto de severa crítica doutrinária. Melhor seria substituí-la por 'direito em tese', como sugeriu a Comissão Revisora. O ordenamento jurídico, evidentemente, não se exaure naquilo que a letra da lei revela à primeira vista. Nem é menos grave o erro do julgador na solução da 'quaestio iuris' quando afronte norma que integra o ordenamento sem constar literalmente de texto algum' (Moreira, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil, v. 5. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 131).

No mesmo sentido, tem sido a jurisprudência da Corte, de hoje e de ontem, acerca da exegese do art. 485, V, do CPC: 1. O fundamento para o ajuizamento da ação rescisória, mormente aquele previsto no inciso V do art.

Acesso ao Sumário

485 do CPC - violação de literal disposição de lei -, é de tipificação estrita, em respeito à estabilidade das relações jurídicas acobertadas pela coisa julgada, visando a paz social. 2. A interpretação restrita do art. 485, V, do CPC não importa em sua interpretação literal, sob pena de não ser possível alcançar seu verdadeiro sentido e intento, e, por conseguinte, assegurar uma efetiva prestação jurisdicional. 3. É cabível ação rescisória, com amparo no art. 485, V, do CPC, contra provimento judicial de mérito transitado em julgado que ofende direito em tese, ou seja, o correto sentido da norma jurídica, assim considerada não apenas aquela positivada, mas também os princípios gerais do direito que a informam. Precedente do STJ. (...) (EREsp 935.874/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Corte Especial, julgado em 17/06/2009, DJe 14/09/2009)

(...) Desta feita, procedente a alegação de violação ao artigo 458, V, do CPC, vez que verificada a ofensa ao direito em tese, ou seja, existente a vulneração aberrante aos artigos de lei apontados na ação rescisória. Isso porque o caso ora em exame não revela nenhuma excepcionalidade a ponto de justificar o arbitramento da indenização no valor fixado na referida sentença, quantia que supera a exacerbada cifra de meio milhão de reais. É de se ressaltar, nesse passo, que a jurisprudência da Casa é firme ao proclamar que a indenização por dano moral tem por base a extensão do dano, sendo absolutamente inadequada e aleatória a condenação com base no valor do título protestado, tal como determinado pelos decisórios de origem. Confiram-se os precedentes: 'Civil e processual. Ação de indenização. Protesto indevido. Dano moral. Multiplicação do valor apontado. Critério inadequado. Quantum do ressarcimento. Razoabilidade. I. Dano moral fixado de modo proporcional à lesão, a fim de evitar enriquecimento sem causa, considerando-se, também, as peculiaridades da espécie retratada. II. Critério indenizatório de multiplicação do valor dos títulos por determinado fator que se revela inadequado, por aleatório. III. Dissídio jurisprudencial, ademais, não demonstrado, ante a ausência de rigorosa similitude entre as espécies confrontadas. IV. Recurso especial não conhecido'. (REsp 686866/RS, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 12/06/2007, DJ 13/08/2007 p. 373) (...) 'Recurso especial. Ação de indenização por danos morais. Protesto indevido. Pretensão de diminuição do valor da indenização. Razoabilidade. Reexame fático- probatório. Verbete n.º 7 da súmula do stj. Agravo regimental improvido. 1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de evidente exagero ou manifesta irrisão na fixação, pelas instâncias ordinárias, viola aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sendo possível, assim, a revisão da aludida quantificação. In casu, não se mostra irrisório nem exagerado; ao contrário, fora fixado com moderação e razoabilidade, o que afasta qualquer possibilidade de revisão nesta instância superior. 2. A indenização deve ser proporcional ao dano sofrido pela vítima (artigo 403 do Código Civil), não havendo correspondência ao valor do título protestado. 3. Agravo improvido'. (AgRg no REsp 916864/RS, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Quarta Turma, julgado em 12/06/2007, DJ 29/06/2007 p. 659)

Sendo assim, resta evidente a violação aos artigos 884 e 944 do

Acesso ao Sumário

CC/2002, vez que manifestamente exorbitante o quantum indenizatório fixado a título de danos morais, razão porque rescindo a sentença, nos termos do art. 494 do CPC.

(...) 5. Por essas razões, o pedido deduzido na inicial deve ser julgado procedente, para condenar a ré Brasil Telecom S/A ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 25.500,00 (vinte e cinco mil e quinhentos reais), corrigidos monetariamente a partir desta data (Súmula 362), com juros de mora desde o evento danoso (Súmula 54). 6. Diante do exposto, com fundamento no art. 544, § 3º, do CPC, conheço do agravo de instrumento para dar provimento ao recurso especial, julgar procedente a ação rescisória, e, no rejulgamento da causa, julgar procedente o pedido inicial, para condenar a ré Brasil Telecom S/A ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 25.500,00 (vinte e cinco mil e quinhentos reais), com juros moratórios desde o evento danoso (Súmula 54) e correção monetária a partir desta data (Súmula 362), mantidos os ônus sucumbenciais".

Esses os fundamentos pelos quais a rescisória acabou julgada procedente, com expressiva redução do valor indenizatório.

Segue que, trazidos tais fundamentos para o caso em tela, torna-se possível, igualmente, o acolhimento da rescisória, dada a concreta violação ao art. 485, inciso V, do diploma processual civil, principalmente porque, em se cuidando de simples negativação envolvendo o valor de R$ 38.560,06 (relativamente à repactuação de dívida junto ao banco e que permanece, ainda, em aberto), acabou sobrevindo o valor de R$ 1.220.400,00, correspondente a 360 dias-multa, "como forma de satisfazer não apenas o aspecto compensatório, mas também, o punitivo" (fls. 101 - extraído da sentença). Tal valor se mostra excepcionalmente canhestro por envolver pretensão bem aquém dos cinquenta mil reais. Houve, como se infere dos dados coligidos dos próprios autos da rescisória vulneração aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

A esse propósito, é extremamente oportuno trazer à colação dados do REsp. n. 1512838 PE 2014/0091875-5, julgado monocraticamente pelo relator Ministro Mauro Campbell Marques, em 11.05.2015, e publicado em 22.05.2015, que irão dar maior estofo à vertente que ora se percorre neste julgamento, e que seguem adiante destacados:

"Constitucional, civil e administrativo. Embargos infringentes em ação rescisória. Art. 485, v, do CPC. Responsabilidade extracontratual do estado. Erro médico. Pretensão autoral de desconstituição de acórdão apenas no pertinente ao quantum fixado a título de indenização, sem discussão sobre o direito ao ressarcimento pelo dano. Violação à literal disposição do art. 159 do CC/1916, vigente à época. Configuração. Exorbitância do montante indenizatório. Manutenção do voto condutor. Desprovimento do recurso. 1. Embargos infringentes interpostos contra acórdão, não unânime, de procedência do pedido de ação rescisória, com imposição de diminuição do montante indenizatório fixado no acórdão rescindendo. 2. O panorama revelado

Acesso ao Sumário

pelos autos é o seguinte, no primacial ao deslinde do litígio: 2. 1 . Na petição inicial do feito originário (ajuizado em 18.12.92), os autores - esposo e filho menor da vítima do erro médico, durante parto cesariano, nas dependências de estabelecimento público de saúde - postularam: a) pensão equivalente a 5 salários mínimos mensais para o menor, desde o ilícito (11.01.92) até a maioridade auto-sustentável ou conclusão do curso universitário; b) pensão equivalente a 30 salários mínimos mensais para a vítima, vitalícia ou até que ela se recupere; c) indenização por danos físicos no importe de 2.580 salários mínimos; d) indenização por danos morais à vítima e sua família no montante, ao menos, de 2.580 salários mínimos. 2.2. A primeira sentença prolatada no feito foi de extinção por ilegitimidade ativa *ad causam*. Entretanto, ela foi reformada por acórdão deste TRF5 (AC n° 55881/PE) que definiu: '[...] é possível aos autores em indenização em face do dano reflexo, cujo exame do mérito pelo Juiz *a quo* haverá de observar os limites do pedido inicial, isto é, quanto ao menor a possibilidade da reparação por dano patrimonial (pedido de pensão mensal) e moral e quanto ao esposo da indigitada e pai do menor, apenas no tocante ao dano moral [...] o direito de [...] [da vítima direta do erro médico, mãe e esposa dos autores] só poderá ser questionado em outra ação, não havendo legitimação dos autores para requererem em seu nome' (negritos acrescidos). 2.3. Prosseguindo a demanda em Primeiro Grau, adveio a segunda sentença, na qual o ente público restou condenado a pagar: a) pensão alimentícia à vítima direta, vitalícia ou até sua recuperação, no valor requestado na exordial; b) pensão equivalente a 5 salários mínimos mensais para o menor, até a maioridade ou a conclusão do curso universitário; c) indenização pelos danos físicos e morais, no importe total de 5.160 salários mínimos. Essa sentença, contudo, foi modificada, em decorrência do parcial provimento da remessa oficial e da apelação manejada pela autarquia ré, eliminando-se da condenação a parcela relativa à pensão alimentícia à vítima direta, vitalícia ou até sua recuperação, no valor de 30 salários mínimos. Contra o acórdão em alusão, houve a interposição de recursos especial e extraordinário, admitidos na origem, mas não conhecidos nas Instâncias Superiores. E assim perfez-se o trânsito em julgado. 2.4. Na ação rescisória, ajuizada contra o menor (representado pelo avô, em decorrência do falecimento do pai, poucos dias antes do trânsito em julgado do acórdão rescindendo), a autarquia autora postulou a redução da indenização contra ela fixada, com a supressão da condenação a indenizar por danos físicos e a redução do *quantum* indenizatório atinente aos danos morais (destarte, não se insurgiu contra a pensão mensal percebida pelo menor no importe de 5 salários mínimos). Alegou que o acórdão telado teria violado a literal disposição do art. 159 do CC/1916, vigente à época dos fatos e do julgado, bem como do art. 944, caput e parágrafo único, do CC/2002. 2.5. Quando do julgamento da ação rescisória, firmaram- se duas posições: a) a do voto vencido, no sentido da improcedência da pretensão desconstitutiva; e b) a do voto condutor, no sentido da parcial procedência da postulação, para manter a cumulação de indenização por danos materiais (pensão mensal temporária de 5 salários mínimos) com indenização por danos físicos (dano

Acesso ao Sumário

material), mas reduzindo o valor correspondente à indenização por danos físicos, de 2.580, para 580 salários mínimos; e para reduzir a indenização por danos morais ao valor de 580 salários mínimos. 3. A leitura dos autos deixa claro que o voto condutor é o que melhor soluciona a demanda, haja vista que o acórdão rescindendo, efetivamente, resultou em violação à literal disposição do art. 159 do CC/1916, que vigia à época (com regra que restou inserida no art. 944 do CC/2002), ao fixar valores indenizatórios descompassados do razoável, considerados os parâmetros de definição dessa verba normalmente adotados. 4. Embora se depreenda dos autos que o pagamento, ao ora réu, filho menor da vítima, de indenização por danos físicos ofende a coisa julgada encartada na AC n° 55881/PE, não é possível neste momento, através deste instrumento processual, modificar o julgamento da ação rescisória, seja porque isso implicaria reformatio in pejus , seja porque o voto condutor não considerou esse defeito, mesmo quando chamado a sobre ele se manifestar em sede de embargos de declaração, quando reputou estar o autor, ora embargado, inovando em sua fundamentação, já que a alegação não constava na petição inicial do feito rescisório. 5. Pelo desprovimento dos embargos infringentes".

O banco se apega à violação literal do art. 275, I (e não o inciso V, como constou da inicial), do Código de Processo Civil, que reza dever ser observado o procedimento sumário para as causas cujo valor não seja superior a 60 vezes o salário mínimo, dado que, na condenação, não só esse limite foi extrapolado, como a cifra de ultrapassagem chegou à casa de mais de R$ 1.200.000,00 a título de indenização por simples negativação.

Em que pese entendimento pertinente de que, embora observado o rito sumário, o juiz não fica adstrito ao valor de 60 salários mínimos, podendo condenar o réu em valor superior a esse teto (cf. STJ, REsp. 212.576, 3ª Turma, rel. Ministro Ari Pargendler, j. 28.05.2002, DJ de 05.08.2002), no presente caso, porém, houve afronta aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, porque, em se cuidando de dívida não paga, e se a questão central fosse certamente analisada com mais apuro, sem dúvida o resultado plausivelmente seria outro. Contudo, sendo impossível a modificação na rescisória de julgado que se mostra defeituoso, é possível, no entanto, a redução do montante indenizatório por não guardar qualquer medida proporcional com possível afronta do banco que tenha resultado em negativação do nome do autor (réu na rescisória), nem se mostra razoável a quantificação da indenização em valor superior a um milhão de reais, para caso corriqueiro de inclusão de nome em rol de devedores.

O banco se tornou revel e nem mesmo agora combate a higidez do mandado de citação, de sorte que, nesse particular, não há nulidade a se enfrentar. Todavia, quando do cumprimento da sentença, o banco tomou ciência da absurda sentença condenatória.

Em razão disso se apega à rescisória para obter a modificação daquele valor, reduzindo-o para o patamar compatível com o pedido inicial do autor

Acesso ao Sumário

(agora réu na rescisória).

Houve, incontestavelmente, violação a literal disposição de lei, a permitir a ação rescisória, porque a condenação em R$ 1.220.400,00 a título de danos morais em razão da negativação do nome do autor junto ao Serasa, evidencia valor teratológico, mostrando-se extremamente superior ao valor máximo permitido por lei para a utilização do rito sumário.

Assim, a r. sentença de Primeiro grau tem que ser rescindida, por afrontar as normas legais e os princípios processuais indicados antes.

E para que seja dado a cada parte o que a cada uma há de caber sem afrontas à lógica jurídica, impõe-se estabelecer, neste julgamento em torno da indenização, que cabe ao banco pagar ao correntista (réu na rescisória) o importe correspondente a 60 salários mínimos, a título de dano moral, evitando-se, assim, o enriquecimento sem causa do ora réu.

E, por força da súmula n. 362, incide a correção monetária sobre o principal a partir da data de arbitramento do dano moral, que ocorreu quando foi exarada a r. sentença de Primeiro grau, ou seja, em 15 de agosto de 2014 (fls. 97). E os juros de mora são devidos, de acordo com a Súmula 54 do STJ, partir da data do evento danoso, que diz respeito à negativação.

Restitua-se o depósito em favor do banco.

Arcará o vencido pelas despesas da rescisória e, ainda, pela verba honorária, arbitrada por equidade, à falta de condenação em R$ 5.000,00 (cinco mil reais), como permite o art. 20, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil.

Ante do exposto, julga-se procedente o pedido da ação rescisória e reduz-se a quantia arbitrada a título de dano moral ao patamar de 60 salários mínimos, acrescidos dos encargos legais, restituindo-se o depósito ao banco e respondendo o vencido pelo ônus de sucumbência.

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2139424-04.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante SAB EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA., é agravado JOSÉ CARLOS VICTOR SERGIO HAUER SANTOS JUNIOR.

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 n° 23455)**

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

São Paulo, 10 de dezembro de 2015.

JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - Ação de cobrança - Cumprimento de sentença - Desconsideração da personalidade jurídica da executada - Possibilidade - Ausência de indicação e bens livres à penhora - Inexistência de ativos financeiros, embora a executada faça parte de grupo econômico que opera ativamente no mercado imobiliário - Utilização abusiva da personalidade jurídica, com o fim único de frustrar direito de credores - Aplicação da *disregard doctrine* que se impõe - Decisão mantida. Recurso desprovido

VOTO

RELATÓRIO.

1. Trata-se de agravo de instrumento interposto por SAB Empreendimentos Imobiliários Ltda. contra a r. decisão digitalizada às fls. 20 que, nos autos da ação de cobrança ajuizada pelo agravado, José Carlos Victor Sérgio Hauer Santos Júnior, em face da agravante, desconsiderou a personalidade jurídica desta, a fim de incluir seus sócios no polo passivo da demanda.

2. Inconformada, a agravante sustenta, em apertada síntese, que o simples fato de ter sido infrutífera a tentativa de penhora online de seus ativos financeiros não dá ensejo à desconsideração de sua personalidade jurídica, notadamente porque, "No caso, nem se verifica 'insuficiência de patrimônio'". Pede a concessão de efeito suspensivo, bem como que, ao final, o recurso seja provido.

3. O recurso foi recebido com efeito suspensivo (fls. 158/159). Informações judiciais prestadas às fls. 163/261. Contraminuta do agravado às fls. 265/275, acompanhada de documentos (fls. 276/348).

FUNDAMENTOS.

4. O recurso não merece provimento.

5. Incluo-me entre os muitos que defendem uma posição mais proativa do Judiciário para a satisfação de créditos perseguidos em Juízo. Deveras, pudesse a

Acesso ao Sumário

parte resolver "per si" o conflito de interesses surgido com a pretensão resistida, desnecessária se revelaria a intervenção do Estado Juiz. Sem isso, poder-se-ia estimular retrocesso à *manus injectio*, exercício arbitrário das próprias razões.

6. Justamente por este motivo, é de rigor que se busque, da maneira mais efetiva possível, a satisfação de um crédito que tem como base título executivo judicial, sob pena de desprestigio de o próprio Poder Judiciário. Destaque-se que a execução de origem está fundada em título executivo judicial, transitado em julgado em outubro de 2013 (fls. 44 deste recurso).

7. Conforme consta dos autos, a agravante encontra-se em plena atividade, pois faz parte de grupo societário que vêm promovendo o lançamento de diversos empreendimentos imobiliários no mercado de consumo e anunciado, a plenos pulmões, crescimento médio de 30% ao ano, mesmo em tempos de crise, e a parceria com empresa estrangeira (fls. 323/324 e 327/328).

8. Contudo, toda esta saúde financeira não é suficiente para que salde o débito que tem para com o agravado. Ademais, causa espécie o fato de que uma empresa que, "no encerramento do ano de 2013, mais de R$ 5 milhões em dinheiro depositado, um total de R$ 20 milhões realizável a longo prazo e um ativo total superior a R$ 61 milhões", não tenha sequer o valor de R$ 1.000,00 em seus ativos financeiros para a satisfação do crédito do agravante. Ainda, indicou bens à penhora que já estão alienados fiduciariamente a terceiro, conforme bem apontou o D. Magistrado *a quo* em suas informações.

10. Logo, assiste razão ao recorrido quando, temeroso pelas diversas demandas judiciais atualmente existentes em face da agravante (fls. 314/315), bem como pelas garantias que esta vem prestando em contratos de empréstimos tomados pelas outras empresas do SABGROUP, persegue a satisfação de seu crédito como pode.

11. Diante deste cenário, parece lícito concluir que a frustração sofrida pelo recorrido nesse período em busca da satisfação de seu crédito tende a eternizar-se sem qualquer solução, fato indicativo de que a personalidade jurídica de mencionada empresa está sendo utilizada de forma abusiva.

Acesso ao Sumário

12. Com efeito, tenho para mim que ao pretender o legislador caracterizar o abuso da personalidade jurídica pelo desvio de finalidade, na expressa disposição do referido artigo 50 do Código Civil, deu margem, com muito maior razão, que esse abuso se caracterizasse, também e principalmente, pela manutenção, por longo período, de uma sociedade empresária aparentemente sem nenhum bem, com dívidas que não teriam como ser cobradas dela, e "sem finalidade nenhuma" que não seja, aparentemente, impedir que seja atingido o patrimônio de seus sócios.

13. Nestes casos, entendo plenamente aplicável a *disregard doctrine* para o fim de possibilitar a satisfação do crédito do exequente, sob pena, repita-

se, de absoluto desprestígio do Poder Judiciário, que assistiria impassível o descumprimento de condenação por ele imposta.

14. Correta, então, a r. decisão agravada, razão pela qual, por meu voto, NEGO PROVIMENTO ao recurso, nos termos da fundamentação supra.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2068455-61.2015.8.26.0000, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é agravante O.B.F.F., é agravado G.M.F.S. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto 25064)**

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

São Paulo, 4 de fevereiro de 2016.

PIVA RODRIGUES, Relator

Ementa: Execução de alimentos. Penhora dos valores constantes de conta vinculada ao FGTS - ponderação dos valores envolvidos aponta para sua admissibilidade. Decisão mantida. Agravo de instrumento não provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por O.B.F.F. contra decisão (p. 33/35 - MMª. Juíza de Direito Dra. Fátima Cristina Ruppert Mazzo) que, nos autos da *ação de execução de alimentos* em sua face ajuizada por seu filho G.M.F.S., afastou a impugnação ao cumprimento de título judicial, mantendo a penhora dos valores da conta vinculada do FGTS.

Pugna o executado, ora agravante, pela reforma da decisão agravada, bem como pela concessão de efeito suspensivo ao presente recurso. Afirma ser possível a penhora de valores referentes ao FGTS apenas quando o beneficiário já os sacou da conta vinculada e os depositou em conta corrente, nos termos do artigo 2º, parágrafo segundo, da Lei nº 8.036/90, hipótese que não se amolda ao caso vertente. Cita posição doutrinária de Yussef Said Cahali e precedentes jurisprudenciais que abonariam o seu entendimento.

Acesso ao Sumário

Os autos foram distribuídos a esta Nona Câmara de Direito Privado, mais especificamente a este Relator, em 17 de abril de 2015 (p. 55), data em que o recurso foi recebido com o efeito suspensivo pleiteado e com determinações para o seu regular processamento (pp. 56/57).

A MMª. Juíza de Primeiro Grau prestou informações (pp. 65/66), o exequente, ora agravado, apresentou contraminuta (pp. 68/72) e a Douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo não provimento do presente recurso (p. 75/86).

Os autos foram conclusos para julgamento em 29 de setembro de 2009.

É o relatório do necessário.

Não merecem ser acolhidas as razões apresentadas para que seja reformada a respeitável decisão de Primeiro Grau, vez que, não havendo outros bens que possam satisfazer dívida de natureza alimentar, possível a penhora do saldo da conta vinculada ao FGTS.

Realmente.

Da ponderação entre dois valores protegidos constitucionalmente, quais sejam, o direito ao FGTS (artigo 7º, inciso III) e o direito aos alimentos (artigo 227, *caput*), o próprio constituinte deixa claro, no *caput* do artigo 227, qual deles deve prevalecer, ao valer-se da expressão "*com absoluta prioridade*":

> *"É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação (...)".*

Saliente-se, ainda, que a Carta Magna pauta a dívida de alimentos como a única (ao lado da controvertida hipótese da prisão do depositário infiel) a possibilitar prisão civil, o que demonstra a preocupação do legislador constitucional em privilegiar a dignidade e subsistência do ser humano.

A penhora do FGTS, de outra feita, mostra-se menos drástica do ponto de vista da proporcionalidade, pois a um só tempo evita-se a prisão do devedor e satisfaz-se, ainda que momentaneamente, o direito à percepção dos alimentos, mantendo a sobrevivência dos dependentes do trabalhador.

Acesso ao Sumário

Assim sendo, faz-se necessário flexibilizar os rigores do rol de hipóteses que autorizam o levantamento dos saldos das contas vinculadas do FGTS, para o fim de considerá-lo não taxativo, o que autoriza a interpretação extensiva albergando também restrições à impenhorabilidade legal das contas vinculadas do FGTS para solver dívidas de alimentos.

Nesse sentido tem se manifestado o Superior Tribunal de Justiça (RMS 26540/SP) e também esta Colenda Câmara, como se depreende do Agravo de Instrumento nº 660.172-4/2-00, de Relatoria do Ilustre Desembargador Dácio Viviani Nicolau, e do Mandado de Segurança nº 614.187-4/9-00, de Relatoria

do Ilustre Desembargador Grava Brazil.

Razões pelas quais, nega-se provimento ao presente agravo de instrumento a fim de que seja mantida a decisão de Primeiro Grau que determinou a penhora dos valores constantes na conta vinculada ao FGTS para satisfação do débito alimentar.

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 2221182-05.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante ITAÚ UNIBANCO S/A, é agravada CAROLINA ALVES MEIRA LATTES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da(o) 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. (Voto nº 15.261)

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

São Paulo, 14 de dezembro de 2015.

SANDRA GALHARDO ESTEVES, Relatora

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE COBRANÇA. CITAÇÃO POR EDITAL. NÃO ESGOTAMENTO DOS MEIOS NECESSÁRIOS À LOCALIZAÇÃO DA RÉ. DECISÃO REFORMADA. Como a citação por edital é medida excepcional, devem ser esgotadas as tentativas de citação pessoal da ré na ação, o que não restou configurado no presente caso. Agravo provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos,

1. Trata-se de recurso de agravo na forma de instrumento com pedido

liminar, interposto contra decisão proferida nos autos da ação de cobrança, proposta pelo agravante, que não autorizou a realização de diligências para localização da ré e determinou sua citação na forma ficta.

Em síntese, aduz o recorrente que não foi autorizada a realização de diligências para permitir a localização da ré antes de determinar sua citação por edital e, é assentado pela Jurisprudência, que para possibilitar a citação editalícia devem ser esgotados todos os meios para sua localização.

Requereu, assim, a reforma da r. decisão, para autorizar a tentativa de localização da ré através de solicitação junto às empresas de telefonia móvel (Vivo, Tim, Claro e Oi).

Formalmente em ordem, o recurso foi processado com efeito suspensivo.

Uma vez que não ocorreu a citação no processo principal, deixou-se de intimar a agravada para oferecer contraminuta ao recurso.

É o relatório do necessário.

Decide-se.

2. Compulsando os autos, vislumbra-se que o agravante promoveu a ação monitória em face da agravada.

Diante da não localização da ré no endereço fornecido, e após restarem infrutíferas as tentativas naqueles fornecidos pelos sistemas BECENJUD e INFOJUD, o autor protestou pela expedição de ofícios às companhias de telefonia Vivo, Tim, Claro e Oi, na tentativa conseguir outros endereços para possibilitar a citação pessoal da agravada.

O pedido foi indeferido pelo r. Juízo "a quo", que determinou a realização da citação por edital, conforme abaixo se transcreve:

"*Esgotados os meios para localização da ré, providencie a autora o necessário a citação editalícia, sob pena de extinção.*" (fl. 11)

3. O recurso merece provimento.

Efetivamente, da análise das peças digitalizadas, vislumbra-se não houve o esgotamento das diligências para tentativa de citação da ré, situação que não autorizaria o provimento da medida excepcional determinada.

Como cediço, a citação por edital é o último recurso do qual deve se valer o Magistrado para dar ciência à ré de que contra ela fora proposta uma determinada demanda.

Nesse sentido, NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY lecionam que: "Deve ser tentada a localização pessoal do réu por todas as formas. Somente depois de resultar infrutífera é que estará aberta a oportunidade para a citação por edital" (In Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante, 11ª Ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais,2010, nota 01 ao art. 231, p. 502).

Acesso ao Sumário

Dispõe o art. 231, inc. II, do CPC que, far-se-á a citação por edital quando ignorado, incerto ou inacessível o lugar em que se encontrar o réu.

Nesse sentido, a jurisprudência é firme:

"*Para o deferimento de pedido de citação por edital é imprescindível o esgotamento de todos os meios possíveis para localização do réu.*" (AI 490.879 - ext. 2TACivSP/3ª Câm. - Rel. Juiz MILTON SANSEVERINO - j. 20.5.1997)

"*Citação. Edital. Nulidade. Realização sem o prévio esgotamento dos recursos para a localização do réu. Artigo 231 do Código de Processo Civil. Sentença anulada. Recurso provido para esse fim.*" (JTJ 124/46)

No caso em tela, respeitado o posicionamento adotado pelo d. Juízo "a quo", verifica-se que ainda não foram tentados todos os meios de localização da ré.

Como já esclarecido, para o provimento da medida determinada, é mister que antes tenha sido tentada a localização do paradeiro da requerida, por todos os meios possíveis, observando-se, ademais, que o próprio Tribunal possui convênios com Órgãos que podem facilitar essa busca.

Portanto, ausente a demonstração de que a ré efetivamente se encontra em lugar incerto e não sabido, a respeitável decisão deve ser reformada, devendo ser autorizada a expedição de ofícios às companhias telefônicas (Vivo, Tim, Claro e Oi) para tentativa de localização de possíveis endereços para citação da agravada.

4. Em face ao exposto, dá-se provimento ao recurso de agravo de instrumento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2204205-35.2015.8.26.0000, da Comarca de Diadema, em que são agravantes ANITA RONDINA e SANDRA RONDINA FONTANESI GOMES, são agravados CAMILO DE LELIS ARNALDI e RENATO FERNANDES TIEPPO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "por votação unânime, e para o fim determinado, é que deram provimento ao recurso", em conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.862)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FRANCISCO LOUREIRO (Presidente) e TEIXEIRA LEITE.

São Paulo, 14 de dezembro de 2015.

Acesso ao Sumário

MAIA DA CUNHA, Relator

Ementa: Valor da causa. Custas Iniciais Complementares. Discussão em recursos especial sem efeitos suspensivos não afastam a obrigatoriedade uma vez considerados corretos o valor da causa e o indeferimento da gratuidade. No entanto, se o Juízo opta pela inscrição em dívida ativa, cuja cobrança se fará coercitivamente pela Fazenda do Estado, não pode simultaneamente exigir o recolhimento no processo, sob pena de extinção. Recurso provido para afastar a exigência de recolhimento uma vez determinada a inscrição do valor das custas na dívida ativa.

VOTO

Insurgem-se as agravantes contra a r. decisão que, nos autos da ação ordinária, determinou o recolhimento em 48 foras do valor das custas processuais, após o recálculo, sob pena de extinção do processo sem julgamento de mérito, sustentando, em suma, que a ilustre Magistrada já havia, anteriormente, diante do não recolhimento, determinado a inclusão dos nomes das agravantes em Dívida Ativa, ao invés de extinguir a ação.

Assim, pontuam que houve inexplicável mudança de entendimento do Juízo após o processo ter corrido por aproximadamente um ano. Não concordam com a ordem de recolhimento, seja porque o Tribunal já se manifestou de forma a permitir o curso da ação com a inscrição na dívida ativa dos devedores de custas, sem aplicação do art. 265, III, do CPC, seja porque, mesmo sem efeito suspensivo, ainda estão pendentes os recursos à Superior Instância para afastar a majoração do valor da causa e o indeferimento da concessão dos benefícios da justiça gratuita ou diferimento de custas.

Em razão da possibilidade de extinção do feito antes que a Turma Julgadora apreciasse a controvérsia, deferi o pedido de efeito suspensivo. (fl. 463)

Os agravados manifestaram-se pelo improvimento do recurso (fls. 467/469 e fls. 470/472).

Este é o relatório.

Esta 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial em julgamento realizado em 12.09.2013, confirmou a alteração do valor da causa que implicou recolhimento das custas complementares (VT29443), que tentaram evitar solicitando os benefícios da assistência judiciária gratuita ou diferimento das

Acesso ao Sumário

custas, o que foi indeferido por esta 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, em julgamento realizado em 03.02.2015 (VT33628), ao fundamento de o pedido não encontrar respaldo legal. E os recursos à Superior Instância para reversão dos julgamentos não possuem efeito suspensivo.

O recurso, sob esse prisma, não mereceria provimento.

O provimento é por outra razão.

É que, antes de determinar o recolhimento das custas, sob pena de extinção do processo, a digna Magistrada determinou a expedição de ofício para a sua inclusão na dívida ativa, o que significa que o valor das custas não recolhido será cobrado pela Fazenda do Estado através de execução própria.

Assim agindo, a ordem para recolhimento das custas, sob pena de extinção do processo, afigura-se indevida, com a devida vênia. E isso pela simples e boa razão de que as duas providências simultâneas configuram dúplice exigência forçada das custas complementares: uma pela dívida ativa através da Fazenda Estadual e outra diretamente no processo, sob pena de extinção.

Ambas as medidas são coercitivas para recebimento das custas complementares, podendo o Juízo optar por uma delas. Mas não pode, "*data venia*", fazer uso das duas. Bem por isso que, em regra, o envio da dívida de custas judiciais para cobrança através da inscrição da dívida ativa só se faz quando, terminado o processo, ainda restam custas em aberto. No correr do processo a consequência do não recolhimento é a extinção sem apreciação do mérito por falta de um dos seus pressupostos de constituição válida e regular do processo (AI nº 2066288-71.2015, 1ª CRDE, rel. Des. Teixeira Leite, em 10.06.2015).

Por isso se revelava correto o prosseguimento sem a complementação, como ocorreu, na medida em que, repita-se, o problema das custas não recolhidas passou para a Fazenda do Estado através da sua inscrição na dívida ativa.

Nesse contexto, preservado o entendimento da digna Juíza de Direito prolatora da r. decisão agravada, de rigor o provimento do recurso para afastar a exigência do recolhimento das custas, sob pena de extinção do processo, dado que serão cobradas em execução a ser feita pela Fazenda Pública.

Pelo exposto, e para o fim determinado, é que se dá provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2248161-04.2015.8.26.0000, da Comarca de Guarulhos, em que são agravantes

Acesso ao Sumário

DECOLAR.COM LTDA. e TRAVEL RESERVATIONS S.R.L., é agravado EDESTINOS.COM.BR AGÊNCIA DE VIAGENS E TURISMO LTDA.

ACORDAM, em 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento parcial, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 9.834)**

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

São Paulo, 16 de dezembro de 2015.

FABIO TABOSA, Relator

Ementa: Propriedade industrial. Concorrência desleal. Pretensão de tutela antecipada, no sentido de impor à ré a desvinculação de palavras-chaves relacionadas à marca "decolar.com" do serviço de divulgação *Google Adwords* por ela contratado, a abstenção do uso de expressões que remetam à referida marca em seu nome de domínio na *internet* e a retirada de elementos visuais de seu site que possam dar ensejo à confusão com o site da coautora Decolar.com. Denegação em Primeiro Grau. Comparecimento espontâneo da ré, confirmando do uso do nome da marca concedida às autoras nos serviços de divulgação de seu *site*. Indevido desvio de clientela, a partir da confusão entre consumidores. Art. 195, IV, da Lei nº 9.279/96. Caracterização, à primeira vista, de concorrência desleal, conforme entendimento adotado pelas C. Câmaras Reservadas de Direito Empresarial. Utilização do vocábulo "decola" no nome de um dos domínios da ré que também restou confirmado. Inadmissibilidade. Provável desvio de clientela e confusão entre consumidores. Risco de dano às autoras. Presentes os requisitos para a concessão, nesses pontos, da tutela antecipada requerida. Ausência, por outro lado, de prova inequívoca acerca da alegada usurpação, pela ré, de elementos visuais do site da coautora Decolar.com. Decisão reformada em parte, com a concessão parcial do provimento antecipatório requerido. Agravo de instrumento das autoras parcialmente provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

VISTOS.

Trata-se de agravo interposto contra a r. decisão reproduzida a fls. 230/232 deste instrumento (fls. 193/195 do feito originário), que, no âmbito de demanda condenatória em obrigações de fazer e não fazer cumulada com pedido indenizatório, fundada em alegada concorrência desleal, denegou antecipação de tutela requerida pelas autoras no sentido de impor à ré a imediata desvinculação de palavras- chaves relacionadas à marca "*decolar.com*" do serviço de divulgação *Google Adwords* por ela contratado, a abstenção do uso de termos que remetam à referida marca em seu nome de domínio na *internet* e a retirada de seu *site* de elementos visuais semelhantes àqueles encontrado no *site* da coautora Decolar.com; considerou o MM. Juiz, para tanto, estar a ré utilizando o termo "*decola*" para a divulgação de seu negócio, o que não configuraria concorrência desleal, entendendo, por outro lado, inexistir violação ao *trade dress*, a ensejar confusão entre consumidores.

Insurgem-se as autoras, reiterando, em síntese, a configuração de concorrência desleal por parte da ré, pela utilização dos termos relacionados à marca "*decolar.com*" no serviço de divulgação *Google Adwords*, bem como pelo emprego da expressão "*decola*" no seu domínio na *internet*. Afirmam estar clara a utilização de tais vocábulos com o intuito de induzir os consumidores em erro, já que a palavra "*decola*" e suas variáveis não teriam relação direta com os serviços prestados por ela. Ressaltam a comprovação do benefício econômico indevido tido pela ré em decorrência do acesso de usuários ao seu *site* após pesquisa pela expressão "*decolar.com*", o que configuraria aproveitamento parasitário da marca registrada por elas, autoras. Insistem, por outro lado, na reprodução indevida pela ré de elementos visuais encontrados no *site* da coautora Decolar.com, em violação ao *trade dress* dessa última, o que configuraria concorrência desleal. Sustentam a possibilidade de confusão pelos consumidores entre o serviço prestado pelas autoras e a pela ré, alegando presentes os requisitos para a concessão do provimento antecipatório voltado a impor à ré a imediata desvinculação das palavras-chaves relacionadas à marca "*decolar.com*" do serviço de divulgação *Google Adwords*, a abstenção do uso de termos que façam referência a tal marca em seu nome de domínio na *internet* e a retirada de seu *site* de elementos visuais semelhantes àqueles encontrados no *site* da coautora Decolar.com. Batem-se, em conclusão, pela reforma da r. decisão agravada.

No mesmo dia em que distribuído o presente agravo a este Relator (fl. 413), manifestou-se a agravada em contrarrazões (fls. 415/449), juntando documentos a fls. 450/509.

Acesso ao Sumário

Deferiu-se o processamento sob a forma de agravo de instrumento, denegando-se todavia a antecipação de tutela recursal pleiteada, dispensando-se outrossim a prestação de informações pelo MM. Juízo *a quo*, bem como a intimação para resposta da agravada, em razão de seu comparecimento espontâneo aos autos com a apresentação, desde logo, de suas contra-razões.

O recurso, que é tempestivo, veio instruído com as peças obrigatórias e acompanhado do comprovante de recolhimento das custas de preparo.

É o relatório.

Prospera em parte o inconformismo.

Embora a denegação do requerimento de tutela antecipada pela r. decisão agravada tenha se dado previamente ao contraditório, deve-se atentar para o posterior comparecimento espontâneo da ré-agravada, tanto nos autos principais com a apresentação de contestação (fls. 233/266 deste instrumento), como no presente recurso com a manifestação por meio de contrarrazões (fls. 415/449 deste instrumento), as quais devem ser levadas em consideração por este E. Tribunal, por serem elementos de convicção a esta altura já disponíveis e que confirmam, em parte, as alegações feitas pelas autoras.

Nesse sentido, forçoso reconhecer, ao menos à luz do juízo perfunctório próprio desta fase processual, a existência de risco de dano às autoras, em decorrência das condutas tomadas pela ré.

Com efeito, afirmam as ora agravantes a utilização pela ré das expressões "*decolar*", "*decolar.com*" e suas variáveis no sistema de divulgação *Google Adwords* por ela contratado, que tem o escopo de sugerir ao usuário da *internet* o acesso ao *site* da empresa contratante quando da realização de buscas pelas palavras-chaves apontadas. Dessa forma, estaria a ora agravada utilizando-se de expressões relacionadas às marcas concedidas às agravantes (cf. fls. 151/155 do instrumento recursal), para obter acessos ao próprio *site*, o que configuraria, segundo alegado pelas autoras, concorrência desleal, notadamente por serem as empresas concorrentes diretas, atuando no mesmo segmento de atividades.

Note-se, nesse contexto, que a ré, ao comparecer de forma espontânea nos autos, acabou por confirmar a utilização de referidos vocábulos no serviço de divulgação *Google Adwords*, afirmando que "*de fato, o anúncio da Agravada aparece quando se colocam na busca os termos 'decolar' e 'decolar.com'*" (fl. 434 deste instrumento).

Justifica-se a ré, no entanto, sustentando que teria a coautora Decolar.com adotado o mesmo expediente, inclusive com o uso do termo "*edestinos*", referente à marca dela, ré, para obter acessos ao seu próprio *site*, e tendo defendido a legalidade desse comportamento em demanda ajuizada pela CVC Brasil Operadora e Agência de Viagens S/A, de modo que o ajuizamento da presente demanda fundada na ilegalidade da conduta configuraria *venire contra*

Acesso ao Sumário

factum proprium.

Cabe destacar, em primeiro lugar, que a figura do *venire contra factum proprium* não tem, à primeira vista, a extensão atribuída pela ora agravada, que pretende, em outras palavras, impedir o autor de determinada conduta ilegal de ir a juízo defender-se da mesma conduta ilegal praticada por terceiro contra o seu interesse.

Assim, o simples fato de ter a coautora Decolar.com sido condenada a cessar a prática relativa ao uso de expressões que façam referência à marca de empresa concorrente no sistema de divulgação *Google Adwords*, tendo defendido, naquela oportunidade, a legalidade da conduta, não a impede de buscar a cessação de tal prática por outrem, em seu prejuízo, na presente demanda.

Note-se, nesse sentido, que a utilização do nome de marca concedida a uma empresa concorrente como palavra-chave no sistema de divulgação nas pesquisas feitas por usuários na *internet* caracteriza concorrência desleal, por permitir a atração indevida de clientela, com a confusão ao consumidor, a teor do art. 195, IV, da Lei nº 9.279/96.

Tal entendimento foi pacificado pelas C. Câmaras Reservadas de Direito Empresarial deste E. Tribunal, valendo-se ressaltar, além dos casos trazidos pelas agravantes em suas razões recursais (fls. 17/18 deste instrumento), recentíssimo precedente, em caso em tudo assemelhado ao presente:

> "*Agravo de instrumento. Direito Comercial/Empresarial. Concorrência desleal. Ação de obrigação de não fazer (abstenção do uso) cumulada com pedido de indenização. Serviço, conhecido como 'Google Adwords', contratado para divulgar negócio. Utilização de marca alheia em pesquisa. Possibilidade de desvio de clientela. Cabimento de tutela antecipada. Agravo a que se nega provimento.*" (Agravo de Instrumento nº 2111819-83.2015.8.26.0000, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Pereira Calças, j. 12/8/2015)

Dessa forma, confirmada pela própria ré-agravada a utilização dos termos "*decolar*" e "*decolar.com*" no serviço de divulgação de seu negócio, com clara alusão à marca das autoras-agravantes, e tendo em vista o risco de dano grave, consubstanciado pela alta probabilidade de desvio indevido de clientela, a partir da confusão entre os consumidores, mostra-se de rigor a concessão de provimento antecipatório voltado à determinação da imediata desvinculação de referidas palavras do serviço de divulgação *Google Adwords* por ela contratado.

As agravantes pleiteiam, por outro lado, a concessão de tutela antecipada para impedir que a agravada utilize o vocábulo "*decola*" e suas variáveis, em referência às marcas registradas por aquelas (cf. fls. 151/155 deste instrumento), no nome do domínio do *site* dessa última, como feito em (endereço eletrônico

Acesso ao Sumário

constante do texto original).

Novamente, confirma a ré a anterior utilização de tal vocábulo em um de seus domínios, indicando, porém, seu cancelamento, de forma que inexistiria razão para a insurgência das autoras. Ressalta, por outro lado, não ter sido concedido o registro da marca "*decolar*" às agravantes, por ser palavra de uso comum, pelo o que não restaria configurada a concorrência desleal.

Ainda que o referido domínio já tenha, de fato, sido cancelado, como é possível constatar em tentativa informal de acesso ao referido endereço eletrônico, cabe analisar, em abstrato, a possibilidade da utilização do termo "*decolar*" e suas variáveis em *sites* da ré, notadamente se levada em consideração a alegação feita por ela de que, por não ter sido concedido o registro de marca com a referida expressão às autoras (cf. *print* na fl. 439 deste instrumento), inexistiria concorrência desleal.

Nesse sentido, destaque-se que, mesmo não sendo concedido o registro da marca "*decolar*" às autoras, o uso do referido termo, ou de suas variáveis, em nome de domínio da ré na *internet* tem a nítida intenção de criar confusão nos consumidores entre os serviços prestados por ela e pelas autoras, especialmente se considerada a proximidade de tal expressão com uma das marcas concedidas ("*decolar.com*"), e o fato de que a atividade empresarial exercida por ambas, relativa à aquisição de passagens aéreas e pacotes de viagens, bem como a reserva de hotéis e o aluguel de carros, não está diretamente vinculada ao vocábulo "*decolar*".

De rigor, pois, a constatação de que o uso do termo "*decolar*" ou de suas variáveis em nomes de domínios da ré-agravada configura, à primeira vista, concorrência desleal, a teor do art. 195, IV, da Lei nº 9.279/96, devendo, diante do risco de dano grave às autoras, decorrente da probabilidade de desvio de clientela e confusão entre consumidores, ser concedido provimento de urgência para impor a vedação de tal conduta.

Por derradeiro, no tocante ao requerimento de tutela antecipada voltado à imposição da retirada de elementos visuais do *site* da ré, que, segundo alegam as agravantes, induziriam o consumidor em erro, ante a reprodução das mesmas cores e da mesma diagramação de quadros encontrada no *site* da coautora Decolar.com, não se vislumbra prova inequívoca a conferir verossimilhança à pretensa apropriação do *trade dress*.

Isto porque, não obstante a inegável semelhança entre ambos os *sites* (cf. imagem reproduzida na fl. 22 deste instrumento), não é possível constatar, desde logo, a possibilidade de confusão pelos consumidores e, bem assim, o risco de dano grave às autoras, a justificar a concessão da tutela antecipada nesse ponto requerida, notadamente pela comprovação da similaridade da estrutura dos *sites* de algumas das concorrentes das empresas em questão (cf. fls. 444/446 deste

Acesso ao Sumário

instrumento).

De mais a mais, a concessão de provimento antecipatório no sentido de determinar à ré a imediata desvinculação das palavras-chaves relacionadas à marca "*decolar.com*" do serviço de divulgação *Google Adwords* por ela contratado e a abstenção do uso de termos que remetam à referida marca em seu nome de domínio já se mostra suficiente a evitar a confusão entre consumidores, atenuando o risco de dano às autoras, sem que se faça necessária a concessão de tutela de urgência relativa à alteração do *trade dress* de seu *site*.

Fica, em tais termos, parcialmente reformada a r. decisão agravada, com a concessão da tutela antecipada voltada à imposição à ré (i) da imediata desvinculação das palavras-chaves relacionadas à marca "*decolar.com*" e suas variáveis do serviço de divulgação *Google Adwords* por ela contratado e (ii) da abstenção da utilização de expressões que façam referência à marca "*decolar.com*" em seu domínio, sob pena de multa diária de R$ 1.000,00 (mil reais) em caso de descumprimento de cada um dos deveres impostos.

Ante o exposto, **dá-se parcial provimento** ao agravo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2099115-38.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante TOK ARTE- SERVIÇOS E COMÉRCIO DE PRODUTOS SUSTENTÁVEIS LTDA. (MASSA FALIDA) e Interessado SÃO PAULO MODERNA SERVIÇOS EM RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS EIRELLI-EPP, é agravado AGILIZE COBRANÇA E FOMENTO MERCANTIL LTDA.

ACORDAM, em 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.263)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO NEGRÃO (Presidente), CARLOS ALBERTO GARBI e CAIO MARCELO MENDES DE OLIVEIRA.

São Paulo, 16 de dezembro de 2015.

RICARDO NEGRÃO, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - Falência decretada - Pedido formulado pela faturizadora contra faturizada com base em nota promissória

Acesso ao Sumário

vinculada a instrumento de confissão de dívida atrelado a contrato de factoring - Constatação de que o título foi emitido em favor da empresa de fomento mercantil para representar crédito decorrente de mútuo financeiro, operação privativa de instituições autorizadas e fiscalizadas pelo Banco Central - Contrato de factoring desvirtuado - Exigibilidade do título afastada, o que impede que seja utilizada para instruir o pedido falimentar Decisão de quebra revogada Agravo provido.

Dispositivo: Dão provimento

VOTO

Agravo de instrumento interposto por Tok Arte Serviços e Comércio de Produtos Sustentáveis Ltda. dirigido à r. decisão digitalizada em fl. 22-24 proferida pelo Dr. Daniel Carnio Costa, MMº. Juiz de Direito da E. 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central da Comarca de São Paulo que, atendendo ao requerimento formulado por Agilize Cobrança e Fomento Mercantil Ltda. decretou a falência da agravante.

Ao fundamentar a decisão, o nobre Magistrado singular, consignou a presença dos requisitos para a quebra: dívida vencida, não paga, protestada, fundada em título executivo.

Inconformada, a falida interpôs o presente agravo de instrumento. Suscita: (a) a autora concedeu moratória à devedora ao concordar com a concessão de 5 dias de prazo para tentativa de conciliação (art. 96, V); (b) o pedido de falência baseia em contrato de confissão de dívida e cheque, desacompanhado do contrato de fomento e títulos supostamente inadimplidos.

Recurso tempestivo (fl. 25-26 e fl. 117), regularmente preparado (fl. 20-21).

Distribuídos os autos ao Exmo. Des. Ramon Mateo Júnior, o efeito suspensivo pleiteado foi deferido (fl. 118-119).

Prestadas informações em fl. 127.

Ausente contraminuta.

A administradora judicial e o Ministério Público declinaram de manifestarem-se em razão da concessão do efeito suspensivo (fl. 124 e fl. 129-133).

Por determinação da E. Presidência de Direito Privado, os autos vieram redistribuídos a este Relator (fl. 136-137).

É o relatório.

Acesso ao Sumário

I - DO MÉRITO RECURSAL

A falência da agravante foi requerida com base no art. 94, I, da Lei no 11.101/05, em razão da impontualidade no pagamento de débito representado pelo instrumento de confissão de dívida que acompanhou a inicial (fl. 29-52).

Em aludido instrumento, a agravante declara-se devedora da agravada em razão da existência de saldo devedor existente em contratos de compra de ativos indicados no instrumento (fl. 39)

A recorrente apresentou defesa, porém, não realizou depósito elisivo. Suscitou a nulidade da cláusula do contrato de fomento mercantil que prevê a responsabilidade do vendedor pela ausência dos títulos repassados às sociedades de fomento. Com base nesta premissa, requereu a improcedência da ação, vez que a inicial não veio instruída com o contrato de fomento e os títulos inadimplidos (fl. 53-72).

Em réplica, a autora do pedido falimentar alegou que as alegações da devedora não afastam a executividade do título protestado para fins falimentares. Afirma descabida a discussão envolvendo os contratos de fomento que originaram o instrumento de confissão de dívida (fl. 75-80).

Realizada audiência de tentativa de conciliação, a autora requereu prazo de 5 dias para uma possível composição (fl. 81).

A executividade do crédito é pressuposto do pleito de quebra. Há nos autos cópia do instrumento de confissão de dívida, notas promissórias emitidas em garantia e o instrumento de protesto.

O próprio instrumento de confissão de dívida objeto do pedido falimentar indica que o débito reconhecido decorre dos contratos de factoring firmados entre 24 de abril de 2012 e 17 de maio de 2012.

A r. decisão de quebra não converge com precedente desta C. Câmara:

> PEDIDO DE FALÊNCIA. Nota promissória vinculada a contrato de factoring. Cláusula de regresso para recompra de títulos viciados na origem. Emissão de nota promissória para recompra de "duplicatas simuladas". Admissibilidade. Agravante que admite ter emitido "duplicatas frias". Hipótese em que se admite o direito de regresso para ressarcimento dos prejuízos. Origem do crédito e liquidez comprovados (contrato de factoring, borderôs e títulos faturizados). Pedido de falência procedente, nos termos do art. 94, inc. I, da LFRE. Sentença mantida. Recurso não provido, com determinação.
>
> (TJSP, Agravo de Instrumento n. 2066751-81.2013.8.26.0000, Rel. Des. Tasso Duarte de Melo, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. em 10 de dezembro de 2014)

Não há dúvida de que o crédito que embasa o pedido falimentar vincula-

Acesso ao Sumário

se com atividade típica de faturização.

Conceituamos factoring como "contrato não privativo de instituição financeira pelo qual aquele que exerce atividade econômica de forma organizada cede, em todo ou em parte, a título oneroso, os direitos creditícios decorrentes de sua atividade a empresa regularmente registrada no Conselho Regional de Administração, apta a lhe prestar, de forma cumulativa e contínua, serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção de riscos e administração de contas a pagar e a receber" (Manual de Direito Comercial e de Empresa, v. 2, p. 384, Saraiva, 2.010).

No contrato de factoring os riscos pertencem ao fomentador, não podendo terceiro ou empresa fomentada assumirem os riscos e prejuízos dos títulos negociados como constou da redação do contrato juntado nos autos.

Em outras palavras, o fomentado responde perante a empresa de factoring pela existência do crédito e não por sua solvência. A fomentadora não desconta títulos de seus clientes porque se assim agisse operaria contrato de desconto, privativo de instituição financeira; realiza, isto sim, gestão de crédito e seleção de riscos, entre outras atividades.

Ao selecionar para cessão, títulos de seu cliente, o factor assume o risco da operação e somente pode valer-se de ação contra o cedente no caso de inexistência do crédito ou má-fé deste. Por outro lado, contra o factor, o terceiro emitente do título acionado pode suscitar as mesmas defesas que detinha em relação ao faturizado, daí porque torna-se essencial a declaração da causa debendi, permitindo-se ampla investigação sobre a existência de motivo justo para o não cumprimento da obrigação cambial.

Por conceito, o faturizado não responde pela obrigação, salvo se demonstrado se deu causa ao não pagamento, como por exemplo ao emitir título sem causa. Nisso reside a distinção entre desconto de títulos, atividade privativa das instituições financeiras e contrato de factoring.

Nesse sentido:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FOMENTO MERCANTIL - FACTORING.

RESPONSABILIDADE DO CEDENTE.

1.- Na linha dos últimos precedentes desta Corte o faturizado não pode ser demandado regressivamente pelo pagamento da dívida.

2.- Agravo Regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1305454/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/08/2012, DJe 04/09/2012)

O prejuízo ressarcível à empresa de fomento somente pode ser compreendido na hipótese de inexistência de crédito, isto é, nos casos em que

Acesso ao Sumário

se demonstrar que houve simulação na criação de crédito, recebimento do pagamento total ou parcial pelo fomentado ou, ainda, se este deu causa à justa recusa do pagamento por parte do devedor no título objeto de fomento, como por exemplo, as hipóteses dos arts. 8º, 10º e 21º da Lei n. 5.474/68.

Todos esses casos em que se permite o direito de regresso no contrato de factoring são hipóteses que deveriam estar indicadas na inicial e demonstradas pela juntada dos títulos nessas condições que somassem o valor indicado na inicial.

Didático o fundamento encontrado no seguinte aresto:

FALÊNCIA. NOTA PROMISSÓRIA. RELAÇÕES DECORRENTES DO CONTRATO DE DESCONTO DE TÍTULOS. FACTORING.

- Nota promissória emitida para o resgate de duplicatas frias objeto de factoring. Tal promissória é título hábil para instruir pedido de falência.

- É lícita a recompra de títulos "frios" transferidos em operação de factoring.

(REsp 419.718/SP, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/04/2006, DJ 22/05/2006, p. 191)

O pedido falimentar veio, entretanto, pautado apenas em nota promissória inadimplida vinculada a instrumento de confissão de dívida decorrente do inadimplemento de títulos cedidos em contrato de fomento, sendo necessário ingressar na causa subjacente à criação da cambial para se aquilatar sua executividade e exigibilidade.

Na verdade, o que se tem nos autos é um título firmado em garantia de um contrato de mútuo. Ocorre que tal prática não poderia ser realizada pela empresa de Factoring agravada.

Isto posto, forçoso é concluir que a autora do pedido falimentar não possui título executivo, o que culmina no afastamento do decreto de falência. Resta-lhe apenas a propositura de ação monitória ou outra de conhecimento, demonstrando como se consolidou o crédito, mas não há como se lhe permitir o uso da via executiva nem o requerimento da falência do devedor.

II - DISPOSITIVO

Em razão do exposto, dá-se provimento ao recurso para revogar o decreto de falência.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2104429-62.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante

Acesso ao Sumário

RT9 DESENVOLVIMENTO LTDA., é agravado ITAÚ UNIBANCO 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: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.688)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOVINO DE SYLOS (Presidente) e SIMÕES DE VERGUEIRO.

São Paulo, 17 de dezembro de 2015.

COUTINHO DE ARRUDA, Relator

Ementa: Agravo de instrumento - Ação de prestação de contas - Prova pericial determinada pelo juiz - Antecipação do custeio da prova a cargo da autora - Inteligência do artigo 33 do Código de Processo Civil - Decisão mantida - Agravo improvido.

VOTO

Vistos, etc..

Trata-se de agravo de instrumento buscando a reforma de decisão que, em ação de prestação de contas, determinou a realização de prova pericial, carreando à autora, ora agravante, o ônus do custeio dos honorários periciais.

É o ***RELATÓRIO***.

Inicialmente, destaque-se que a r. decisão guerreada, ao determinar, tão somente, que o "***os honorários periciais deverão ser custeados pelo autor***", não tratou do "***ônus da prova***", mas, sim, do ônus do "**custeio**" da prova, que está regulamento no art. 33 da lei de rito.

Neste trilho, concernentemente à antecipação do "custeio" da prova, para sua aferição, é de se entender que deva prevalecer a regra do art. 33 da lei de rito, suportando-a a autora, ora agravante, posto que o exame pericial foi "***determinado de ofício pelo juiz***".

Destarte, para o fim de manter a decisão agravada, é de rigor a não acolhida das razões recursais.

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

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

2228300-32.2015.8.26.0000, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é agravante NANCY DA GRAÇA MAGAZONA (JUSTIÇA GRATUITA), são agravados WANDERLEY WALDERRAMA RIBEIRÃO PRETO - ME. e LEANDRO COSTA DA ROCHA.

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 20247)**

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

São Paulo, 15 de dezembro de 2015.

PAULO PASTORE FILHO, Relator

Ementa: RECURSO - Agravo de instrumento - Pretensão de reconhecimento de sucessão empresarial - Ausência de prova nesse sentido - Decisão que indeferiu o pedido mantida - Recurso não provido.

VOTO

A agravante pretende a reforma da r. decisão copiada a fls. 21, que indeferiu o pedido de reconhecimento de sucessão empresarial formulado nos autos da ação de restituição de valores pagos c.c. indenização por danos morais movida em face agravados, em fase de cumprimento de sentença.

Afirma que o *decisum* não pode prosperar, sustentando, em síntese, que Wanderley Walderrama é proprietário das empresas WW Construções e Serviços e Esquadrum Construções e Serviços Ltda., sendo que esta última possui endereço idêntico ao da empresa executada, estando, portanto, comprovada a sucessão empresarial e a responsabilidade das referidas empresas pelas dívidas da empresa sucedida, o que autoriza a inclusão delas no polo passivo da demanda.

Recurso instruído com as peças obrigatórias, processado no efeito devolutivo e não contrariado, porquanto os agravados não constituíram advogado nos autos.

É o relatório.

A decisão merece ser mantida.

Consoante se depreende das peças que instruem o presente recurso, não há prova alguma de sucessão empresarial, uma vez que a agravante não juntou um único documento para comprovar suas alegações, nem mesmo a mencionada consulta ao sistema da Junta Comercial do Estado de São Paulo.

Portanto, uma vez que não há qualquer comprovação, nem sequer indício,

Acesso ao Sumário

de que as empresas mencionadas pela agravante são efetivamente sucessoras da executada, outra solução não havia senão o indeferimento da pretensão da agravante.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2130596-19.2015.8.26.0000, da Comarca de Guararapes, em que é agravante JAIR DETOMINI, é agravado EDSON LUIS BARTOL.

ACORDAM, em 22ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 5.620)**

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

São Paulo, 10 de dezembro de 2015.

ALBERTO GOSSON, Relator

Ementa: EMBARGOS À EXECUÇÃO. IMPUGNAÇÃO DAS ASSINATURAS APOSTAS NOS CHEQUES QUE ACOMPANHAM A EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. PEDIDO DE REALIZAÇÃO DE PERÍCIA. O ÔNUS DA PRODUÇÃO DA PERÍCIA GRAFOTÉCNICA CABE À PARTE QUE PRODUZIU O DOCUMENTO NOS AUTOS, DE ACORDO COM O ART. 389, II, DO CPC, TODAVIA, O SEU CUSTEIO DEVE SER IMPUTADO À PARTE QUE REQUEREU O EXAME, SEGUNDO O ART. 33, "CAPUT", DO MESMO DIPLOMA. PRECEDENTES DO C. STJ. RECURSO IMPROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos,

JAIR DETOMI interpõe agravo de instrumento contra a r. decisão de fls. 41/42, proferida nos autos dos embargos à execução opostos contra **EDSON**

LUÍS BERTOL DIAS, que imputou a responsabilidade pelo adiantamento das despesas da perícia grafotécnica à parte que suscitou a falsidade material, no caso, o ora agravante.

Insiste em que o agravado deve suportar o pagamento das despesas da perícia grafotécnica porque ele produziu o documento que contém as assinaturas impugnadas.

Não foi concedido efeito ao recurso em razão da ausência de pedido (fls. 45).

O r. juízo de origem encaminhou informações (fls. 49/52).

O agravado não apresentou contraminuta (fls. 53).

É o relatório.

De acordo com o art. 389, II, do CPC, no caso de impugnação às assinaturas apostas em documentos apresentados nos autos, o ônus da prova incumbe à parte que os produziu.

Por outro lado, vale dizer que a regra do ônus da prova não se confunde com a do seu custeio, uma vez que, segundo a regra do art. 33, *caput*, do mesmo diploma legal, a remuneração do perito cabe àquele que requereu a realização da perícia grafotécnica.

Nesse sentido, o C. Superior Tribunal de Justiça:

"RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. IMPUGNAÇÃO À AUTENTICIDADE DA FIRMA APOSTA NO TÍTULO EXECUTADO. ÔNUS DA PROVA DA AUTENTICIDADE PERTENCENTE AO EMBARGADO-EXEQÜENTE, QUE TROUXE O DOCUMENTO. ARTIGO 389, II, DO CPC. PROVA PERICIAL REQUERIDA PELO EMBARGANTE-EXECUTADO. ADIANTAMENTO DOS HONORÁRIOS DO PERITO POR QUEM REQUEREU A PERÍCIA. ARTIGO 19 DO CPC.

1. Tratando-se de contestação de assinatura, o ônus da prova da sua veracidade incumbe à parte que produziu o documento. A fé do documento particular cessa com a impugnação do pretenso assinante, e a eficácia probatória do documento não se manifestará enquanto não comprovada a sua veracidade.

2. As regras do ônus da prova não se confundem com as regras do seu custeio, cabendo a antecipação da remuneração do perito àquele que requereu a produção da prova pericial, na forma do artigo 19 do CPC.

3. Recurso especial provido."

(REsp 908.728/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 06/04/2010, DJe 26/04/2010 - negrito não original)

Assim também já decidiu esta C. Câmara:

Acesso ao Sumário

"HONORÁRIOS PERICIAIS - Arguição de falsidade de assinatura - Ônus da prova - Art. 289, inciso II, do CPC - Responsabilidade pelo custo da perícia - Art. 33, caput, do CPC - Redução da verba honorária - Descabimento - Parcelamento - Matéria não apreciada pelo Juízo a quo - Litigância de má-fé não caracterizada.

I - Impugnada a assinatura aposta no contrato, cabe àquele que produziu tal documento comprovar a sua autenticidade. Inteligência do artigo 289, inciso II, do Código de Processo Civil.

II - Todavia, compete à parte que requereu a produção da prova técnica o pagamento dos honorários periciais. Aplicação do artigo 33, caput, do indigitado Diploma Legal.

(...)".

(Agravo de instrumento nº 0223228-06.2012.8.26.0000, Rel. Des. Andrade Marques, julgamento em 17/1/2013 - negrito não original).

Portanto, mantém-se a r. decisão agravada, que entendeu que o agravante deve suportar o pagamento da perícia grafotécnica, tendo em vista que ele requereu o exame (fls. 13/19).

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2190748-33.2015.8.26.0000, da Comarca de Santos, em que é agravante ECOPORTO SANTOS S.A., é agravado R&D INTERNATIONAL IMPORTADORA E EXPORTADORA LTDA.

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 28018)**

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

São Paulo, 17 de dezembro de 2015.

SOUZA LOPES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Tutela antecipada - Contrato de depósito - Liberação de carga retida em razão do não pagamento das despesas decorrentes da armazenagem - Possibilidade, desde que prestada caução em dinheiro - Recurso provido.

VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento lançado contra a r. decisão copiada a fls. 49/51, que deferiu o pedido de tutela antecipada para determinar a liberação da carga a favor da agravada, no prazo de cinco dias, sob pena de multa diária de mil reais.

A agravante alega que é um terminal portuário devidamente alfandegado pela Receita Federal, especializado nas operações de armazém e movimentação de contêineres. Diz que os valores de armazenagem são livres, sendo que a tabela de preços é pública e avalizada pelo Executivo (ANTAQ), e discutir tais valores ultrapassa a esfera do Poder Judiciário. Discorre sobre o direito de retenção da carga e a necessidade de prestação de caução.

Nesta Instância, foi deferido o efeito suspensivo ativo, a fim de se manter a liberação da carga, porém, condicionada à prestação de caução em dinheiro.

A agravada apresentou pedido de reconsideração, pleiteando, inclusive, a prestação da garantia no valor incontroverso.

É o relatório.

De início, nada há para se reconsiderar.

O recurso apresentado prospera.

Observa-se que a agravada ajuizou ação ordinária com pedido liminar, objetivando a declaração de abusividade dos valores cobrados pela agravante pelo período de armazenagem e a liberação imediata das mercadorias retidas.

Pelo que se depreende dos documentos juntados, a agravada não atribui qualquer falha na prestação de serviço, apenas questiona o valor da tarifa cobrada, em comparação às taxas portuárias cobradas por outros Estados, em valores menores.

Como é cediço, em contratos desta jaez, a retenção da mercadoria é autorizada, até que seja efetuado o pagamento das despesas decorrentes de armazenagem (art. 643 e 644 do CC; art. 14 da Lei 1.102/1903).

Por outro lado, a liberação da mercadoria se mostra possível, desde que oferecida caução em dinheiro, tal como pleiteado pela agravante, nos termos do art. 799 do CPC.

A subordinação da entrega da liminar à prestação de garantia é medida legítima, inserida no poder geral de cautela do Magistrado.

Deve-se observar que a caução deve ser em dinheiro, em valor equivalente ao exigido, de forma a garantir a obrigação e demonstrar a solvabilidade da agravada.

Pelo exposto, dá-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2227840-45.2015.8.26.0000, da Comarca de São Roque, em que são agravantes GILBERT BASILI CAMENZIND e SÃO ROQUE PARK HOTEL LTDA. ME., é agravada GISELE BASILI CAMENZIND BALDASSI.

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 nº 28.785)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MAIA DA CUNHA (Presidente) e ENIO ZULIANI.

São Paulo, 29 de janeiro de 2016.

PEREIRA CALÇAS, Relator

Ementa: Agravo. Direito Empresarial. Sociedade Limitada. Ação com pedido de destituição de administrador c/c alteração de contrato social. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Desnecessidade de produção de prova testemunhal para esclarecer os pontos controvertidos. Decisão mantida. Agravo a que se nega provimento.

VOTO

Vistos.

1. Trata-se de agravo de instrumento manejado por **GILBERT BASILI CAMENZIND** e **SÃO ROQUE PARK HOTEL LTDA. ME.** nos autos da ação de destituição de administrador cumulada com alteração de contrato social que lhe move **GISELE BASILI CAMENZIND BALDASSI**. Insurge-se contra decisão reproduzida às fls. 30/31, que, dentre outras providências, indeferiu a produção de prova testemunhal, concluindo que a prova pertinente ao caso seria apenas pericial.

Afirmam que apesar de a prova pericial elucidar as características da gerência e os resultados financeiros, entendem indispensável a produção de prova testemunhal com o depoimento dos que presenciaram a dinâmica e o cotidiano da sociedade, que podem esclarecer fatos que nem sempre constam dos balanços contábeis. Alegam que o indeferimento da produção de qualquer prova acarreta cerceamento de defesa, violando o artigo 5º, LV, da Constituição

Acesso ao Sumário

Federal.

O efeito suspensivo foi indeferido às fls. 109/110.

Instada a se manifestar, a agravada apresentou contraminuta às fls. 112/113.

Relatados.

2. O agravo não comporta provimento.

O juiz somente está obrigado a abrir a fase instrutória se, para o seu convencimento, permanecerem os fatos controvertidos, pertinentes e relevantes, passíveis de prova testemunhal ou pericial.

Outrossim, "*o julgamento conforme o estado do processo é uma decisão reservada, em princípio, à prudente discrição do juiz, da prova que apreciará a causa assim como posta na petição do autor, na resposta do réu e pela prova produzida, avaliando-se como um conjunto útil ao esclarecimento dos pontos relevantes para o julgamento. Se ele concluir pela suficiência, a revisão de sua decisão nesta instância especial somente se aplica se constatada violação à regra sobre a prova ou ofensa aos princípios do processo*". (AI nº 53.975-SP, Rel. Min. RUY ROSADO DE AGUIAR, DJU 20.04.95).

Assim, tendo ele entendido como suficientes os elementos constantes dos autos e a produção de prova pericial, não há que se falar em cerceamento de defesa, já que o princípio do devido processo legal não implica concessão da produção de todas as provas, mas somente as necessárias e que de fato contribuam para a convicção do Juiz, tanto que o Código de Processo Civil prevê a possibilidade de indeferimento daquelas inúteis, julgando antecipadamente a lide.

Dos elementos constantes dos autos, afigura-se correta a orientação do juiz de primeiro grau, que considerou desnecessária a produção de prova testemunhal.

Como não poderia deixar de ser, é nesse sentido que se mostra a uníssona jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça:

"*(...) No sistema de persuasão racional, ou livre convencimento motivado, adotado pelo Código de Processo Civil nos arts. 130 e 131, de regra, não cabe compelir o magistrado a autorizar a produção desta ou daquela prova, se por outros meios estiver convencido da verdade dos fatos. Isso decorre da circunstância de ser o juiz o destinatário final da prova, a quem cabe a análise da conveniência e necessidade da sua produção. (...).*" (REsp 469557/MT; j. 06/05/2010 Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO).

No caso da ação de destituição de administrador, os pontos controvertidos, detalhadamente pormenorizados pelo magistrado, serão esclarecidos por meio de prova pericial. Como bem observado na decisão recorrida, as opiniões e impressões das partes ou testemunhas não são capazes de indicar causa concreta

Acesso ao Sumário

para o afastamento ou manutenção do agravante Gilbert como administrador da sociedade.

Bem por isso, será integralmente mantida a decisão recorrida.

3. Isto posto, pelo meu voto, nego provimento ao agravo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2250283-87.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante JIANGLING MOTORS CO. LTD, são agravados JAGUAR LAND ROVER LIMITED e JAGUAR LAND ROVER BRASIL IMPORTAÇÃO E COMÉRCIO DE VEÍCULOS LTDA.

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 22.616)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CARLOS ALBERTO GARBI (Presidente), CAIO MARCELO MENDES DE OLIVEIRA e FABIO TABOSA.

São Paulo, 3 de fevereiro de 2016.

CARLOS ALBERTO GARBI, Relator

PROPRIEDADE INTELECTUAL. MARCA. DESENHO INDUSTRIAL. Agravo de instrumento contra a decisão que concedeu a tutela inibitória a fim de que o agravante cesse a comercialização, distribuição e exploração do veículo Land Wind, cujo desenho industrial se revelou imitação do veículo primeiramente distribuído pelos agravados Range Rover Evoque.

Ausência de registro. Os agravados trouxeram aos autos laudo elaborado por especialistas, que apontaram significativas semelhanças nos desenhos dos veículos: em especial, nas linhas de faróis e grades, na lateral e também na parte traseira. Ainda que os agravados não tenham registrado o design do veículo, seguramente, precederam o agravante na exploração desse desenho de veículo no mercado.

Acesso ao Sumário

Esta precedência, por si só, inibia qualquer imitação. As semelhanças extrapolam o dimensionamento dos carros e vê-se, claramente, que buscou o agravante imitar, inclusive, pequenos detalhes dos automóveis produzidos pelos agravados para criar memória genérica do veículo Range Rover. E, por isso, há indicativo de concorrência desleal.

Livre iniciativa e concorrência. Não se desconhece que a Constituição Federal preserva a livre iniciativa e a livre concorrência. Não obstante, abusos não são admitidos. Não se pode permitir a adoção de condutas empresariais pautadas na imitação de marcas e desenhos industriais. Exige-se a concorrência de superação, e não de imitação, esta última geradora da concorrência parasitária. Decisão agravada mantida. Recurso não provido.

VOTO

Recorreu o agravante da decisão, proferida pela *Doutora Denise Cavalcante Fortes Martins*, que deferiu a tutela inibitória a fim de que o agravante se abstenha de *importar, distribuir, vender ou explorar comercialmente* o veículo "Land Wind X7", produto que representou imitação de desenho industrial do veículo comercializado pelos agravados - *Range Rover Evoque*. A decisão agravada fixou multa diária, em caso de descumprimento da tutela, no valor de R$ 50.000,00.

Sustentou o agravante, no recurso, que os agravados não comprovaram o registro do desenho industrial do veículo *Evoque*, sendo certo que os veículos apresentam *design* diverso. Alegou que o veículo "Land Wind" foi devidamente registrado junto ao INPI, de modo que não se justifica a tutela inibitória concedida, ausente conflito de desenhos industriais. Afirmou, ainda, que não comercializa *kits* de peças, que supostamente seriam instalados em veículos para caracterizá-los como se fossem da marca "*Land Rover*". Impugnou o reconhecimento de marca de alto renome atribuído aos agravados, visto que a anotação não foi renovada, segundo determina a Resolução nº 121, do INPI. A semelhança entre os desenhos dos veículos deve ser atribuída ao fato de que integram a mesma categoria de utilitários (SUV). Sustentou que a tutela antecipada concedida afronta o princípio da livre iniciativa, sendo certo que não se caracterizou concorrência desleal, visto que os agravados produzem veículo de alto luxo dirigido a mercado não pretendido pelos veículos produzidos pelo agravante.

Acesso ao Sumário

Indeferida a antecipação da tutela recursal, foram dispensadas as informações.

Os agravados, preliminarmente, pediram o não conhecimento do recurso. Afirmaram que o agravante deixou de juntar aos autos a procuração outorgada por *Jaguar Land Rover Brasil Importação e Comércio de Veículos Ltda.* Teria sido juntada aos autos apenas a procuração outorgada à agravada *Jaguar Land Rover Limited.*

A agravante tomou conhecimento da contraminuta apresentada pelos agravados e pediu o conhecimento do recurso.

É o relatório.

Os agravados - *Jaguar Land Rover Limited* e *Jaguar Land Rover Brasil Importação e Comércio de Veículos Ltda.* - puderam oferecer resposta ao recurso, de modo que não houve prejuízo processual por não ter sido juntada aos autos deste recurso a procuração outorgada por *Jaguar Land Rover Brasil Importação e Comércio de Veículos Ltda.* O recurso, portanto, deve ser conhecido.

Os agravados ajuizaram ação com pedido inibitório a fim de que o agravante cesse a importação, comercialização e distribuição do veículo "*Land Wind E32*", cujo desenho industrial imitaria o veículo previamente distribuído pelos agravados - *Land Rover Evoque*, que começou a ser comercializado no ano de 2011.

A tutela antecipada foi deferida nos seguintes termos:

> "Trata-se de Ação Inibitória com pedido de Antecipação da Tutela a fim de que as rés sejam impedidas de importar, distribuir, vender e/ou explorar comercialmente, a qualquer título, no Brasil, o veículo atualmente denominado pelas rés de 'Land Wind X7', podendo vir a ser anunciado também como 'Land Wind E32', 'Land Breeze' ou 'JX7200L', ou qualquer outro que imite os elementos característicos do veículo RANGE ROVER EVOQUE, bem como de importar, distribuir, vender ou explorar comercialmente quaisquer peças que constituam réplicas daquelas utilizadas no veículo RANGE ROVER EVOQUE e de reproduzir indevidamente as marcas de titularidade da autora, incluindo LAND ROVER, RANGE ROVER E RANGE ROVER EVOQUE.
>
> A primeira requerida, AGRA 8000 SHANGHAI IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA, nome fantasia S. AUTO (fls. 89), anunciou a importação, distribuição e comercialização do LAND WIND X7 no mercado brasileiro (fls. 96/97).
>
> A segunda requerida, JIANGLING MOTOR HOLDING CO. LTD, também conhecida como JIANGLING MOTOR CO. LTD, é responsável pela fabricação do LAND WIND X7.
>
> A petição inicial veio acompanhada de vários documentos, que bastam, nesse juízo de cognição sumária, para o deferimento da medida de urgência.

Acesso ao Sumário

Com efeito, há prova inequívoca (entenda-se segura) da verossimilhança das alegações contidas na inicial, especialmente quanto à existência da proteção especial conferida à marca da autora, considerada de alto renome, nos termos do artigo 125 da Lei de Propriedade Industrial, independente de registro.

Também demonstrado está o receio de dano irreparável, ou de difícil reparação, decorrente dos atos das empresas rés, que importam em violação aos direitos da autora, já que pretendem importar, distribuir, e comercializar veículos com marca e desenho industrial que caracteriza imitação da marca e dos veículos fabricados pela requerente, em possível crime de concorrência desleal.

Assim sendo, presentes os requisitos legais, DEFIRO parcialmente a antecipação dos efeitos da tutela para determinar que as rés se abstenham de importar, distribuir, vender ou explorar comercialmente no Brasil, a qualquer título, o veículo denominado 'Land Wind X7' ou qualquer outro que imite os elementos característicos do veículo RANGE ROVER EVOQUE, bem como peças que constituam réplicas daquelas utilizadas no aludido veículo Range Rover Evoque, sob pena de incorrerem em multa diária que arbitro em R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Cópia desta decisão servirá como ofício a ser encaminhado pela autora às rés.

Citem-se as rés, observadas as formalidades legais"

Primeiramente, cumpre asseverar que o caso em exame atrai a proteção conferida ao desenho industrial, mas também a proteção devida à marca dos agravados.

Os agravados trouxeram aos autos laudo elaborado por especialistas que apontaram significativas semelhanças nos desenhos dos veículos: em especial, nas linhas de faróis e grades, na lateral e também na parte traseira (fls. 62/66).

Claro restou também que o agravante posicionou o nome de seu veículo (*Land Wind*) no capô, exato lugar em que também os agravados posicionam a marca *Range Rover*. O posicionamento idêntico dos nomes dos veículos também foi observado na traseira. Utilizam-se também de letras muito semelhantes na identificação dos carros, como se vê das fotografias juntadas à petição inicial (fls. 62 e 66).

As semelhanças inegáveis e observadas sem maior esforço não podem ser atribuídas ao fato de que os veículos se encontram inseridos na mesma categoria de automotores, categoria intitulada SUV. As semelhanças extrapolam o dimensionamento dos automóveis e vê-se, claramente, que buscou o agravante **imitar**, inclusive, pequenos detalhes dos automotores produzidos pelos agravados para criar memória genérica do veículo *Range Rover*.

Não é por outra razão que a imprensa especializada reconheceu a imitação: "Marca chinesa prepara 'clone' do Evoque" (fls. 184); "A arte da cópia: chinesa

Landwind cria Land Robert Evoque 'genérico'" (fls. 187); "Xerox: Landwind X7 é cópia chinesa nada discreta do Range Rover Evoque" (fls. 201); "SUV chinês Landwind é 'irmão bastardo do Range Rover Evoque'" (fls. 204).

E, por isso, há indicativo de concorrência desleal, como esclarece DENIS BORGES BARBOSA: "A dimensão da exclusividade das marcas é fixada na proporção em que o consumidor passe a adquirir um produto de terceiro pensando que é do titular, ou pelo menos induzido pela memória genérica da marca deste" (Tratado de Propriedade Intelectual, Ed. Lumen Juris, 2010, p. 465 - negritei).

Ao contrário do que alegou o agravante, há indicativo de que sejam os agravados titulares de marcas de alto renome. Isto porque os veículos *Land Rover* são mundialmente conhecidos. Utilizados, inclusive, pela família real britânica, que conferiu à Land Rover prêmio (*royal warrants*) pela excelência dos produtos desenvolvidos (fls. 207). Assim sendo, não se exigia o registro junto ao INPI para garantia da proteção ao desenho industrial criado pelos agravados, amparados que estavam no art. 130, inc. III, da Lei nº 9.279/96.

Ainda que assim não fosse, seguramente os agravados precederam o agravante na exploração desse *design* de veículo no mercado. Esta precedência, por si só, inibia qualquer imitação. Neste ponto, escreveu LÉLIO DANICOLI SCHMIDT: "Mesmo as marcas desprovidas de qualquer depósito ou registro são protegidas pelas normas que reprimem a concorrência desleal. A reprodução ou imitação da marca já explorada por um concorrente, ainda que não registrada, configura emprego de meio fraudulento para desviar em proveito próprio a clientela de outrem" (A proteção das marcas no Brasil *in* Tratado de Direito Comercial, Ed. Saraiva, 2015, Vol. 6 p. 257).

Não se desconhece que a Constituição Federal preserva a livre iniciativa e a livre concorrência. Não obstante, abusos não são admitidos. Não se pode permitir a adoção de condutas empresariais pautadas na imitação de marcas e desenhos industriais. Exige-se a concorrência de superação, e não de imitação, esta última geradora da concorrência parasitária. Sobre os abusos cometidos no direito concorrencial, aponta NEWTON SILVEIRA, em lição dirigida à proteção de patentes, mas que também se aplica ao desenho industrial: "É necessário enfrentarmos a questão dos tipos de abusos vinculados ao direito de patente. [...] A palavra *abuso* se refere aqui ao exercício do direito além de seus limites e independentemente de qualquer elemento intencional. Com efeito, a vantagem concorrencial que cabe ao inventor não é prerrogativa de natureza individual, mas antes prerrogativa de um direito com conteúdo concorrencial complexo: a vantagem contra a concorrência de imitação só tem sentido em complementação ao fomento da concorrência de superação inovadora (é necessário insistir: a vantagem concorrencial - o 'prêmio' pela invenção, como muitos querem - não tem finalidade imediata a satisfação de interesse patrimonial do inventor, mas a

Acesso ao Sumário

viabilização de um processo concorrencial). [...] A garantia da vantagem contra a concorrência de imitação está imediatamente voltada a fomentar a concorrência de superação inovadora." (Propriedade Intelectual, Ed. Manole, 5ª ed., p. 133).

As condutas empresariais, acima de tudo, devem ser norteadas pelos preceitos morais: honestidade e lealdade. É o que afirma CARLOS ALBERTO BITTAR: "Aceita-se que cada qual se esforce para atrair clientela, ou para conservá-la, ou mesmo, aumentá-la, de acordo com as suas necessidades ou conveniência, **mas dentro dos meio normais de sua atividade [...] e com seu próprio engenho e labor**. Nesse sentido, ao influxo das necessidades gerais e das próprias, as empresas acham-se autorizadas a valer-se de todos os meios possíveis para a expansão de seus mercados, observadas as exigências legais cabíveis para a defesa dos interesses em jogo. De fato, não é ilimitada a potencialidade de iniciativa, eis que a atividade empresarial se deve manifestar à luz de preceitos de moral, que a governam, para sua perfeita higidez. **Com efeito, domina o mundo negocial o princípio da honestidade, pressuposto necessário ao regime da livre concorrência, ao qual se associa o da lealdade (ou correteza profissional), voltado especialmente para o respeito e a defesa da concorrência como pilastras mestras na matéria**" (Concorrência desleal: a imitação de marca (ou de seu componente) como forma de confusão entre produtos *in* Informativo Legislativa ano 22, nº 85, 1985, p. 348 - negritei).

Sobre a concorrência desleal cometida pelos agravantes, vale a reprodução do seguinte excerto do parecer da Doutora MAITÊ CECÍLIA FABBRI MORO, trazido aos autos pelos agravados:

> "Garante-se aos agentes econômicos a possibilidade de competir no segmento de mercado que escolherem. Do ponto de vista político, livre concorrência e garantia de oportunidades iguais a todos os competidores.
>
> No entanto, assegurar a livre concorrência em um mercado tem por objetivo não só manter a livre iniciativa para que outros empresários consigam adentrar no mercado, mas também manter a competição no mercado.
>
> Nesse sentido, não basta estabelecer uma regra de livre concorrência para manter a livre iniciativa e a competição mercadológica. Afinal, para competir e ganhar mercado muitos concorrentes não medem esforços, muitas vezes abusando e praticando atos que visam justamente aniquilar a concorrência e os demais concorrentes.
>
> Faz-se importante também a existência de limites a livre concorrência e esse fato não passou desapercebido nas regras constitucionais, que em seu art. 173, § 4º, estabelece que devera ser reprimido por lei o abuso de poder econômico que tenha por objetivo a dominação de mercados, a eliminação da concorrência ou o aumento arbitrário de lucros.
>
> A proteção do mercado, portanto, visa garantir os princípios da

Acesso ao Sumário

ordem econômica assegurados na Constituição Federal, restando clara a necessidade que há de se tutelar o mercado para garantir que os empresários possam efetivamente concorrer.

No entanto, não basta regular o mercado de forma abstrata e genérica, pois, como ensina Nuno Carvalho, 'há meios e 'meios' de concorrer'. Em outras palavras, para se ganhar de forma rápida reputação e razoável clientela no mercado, há empresas que ultrapassam os limites moralmente aceitáveis de uma relação concorrencial. **Nesse contexto, enquadra-se a questão da lealdade e da honestidade na concorrência, aspecto que também deve ser observado, posto que necessário para se manter a livre concorrência e a livre iniciativa. [...]**.

No caso concreto que ora se analisa, não ha dúvida, da intenção de Jiangling de se parecer, por meio do LAND WIND X7, com o ousado e diferenciado modelo de automóvel RANGE ROVER EVOQUE de JLR. Ademais diante de tantas comparações em noticias veiculadas na mídia e com a concreta previsão de importação e comercialização do veículo no mercado brasileiro, não ha como negar que, há uma evidente imitação do modelo EVOQUE por parte de Jiangling, em seu modelo LAND WIND X7. Caracteriza-se ato de concorrência desleal por parte de Jiangling em face de JLR, posto que ha concreta indução ou clara possibilidade de confusão/associação entre eles no mercado brasileiro" (fls. 205/233).

Assim, presente indicativo claro de imitação do *design* do veículo dos agravados, que confere verossimilhança ao quanto alegado na inicial, a tutela antecipada era medida necessária e adequada à proteção dos direitos da agravada e por isso a decisão impugnada deve ser mantida nos seus termos exatos.

Pelo exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2246023-64.2015.8.26.0000, da Comarca de Botucatu, em que são agravantes SURF CO. LTDA., JR ADAMVER INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS ÓTICOS LTDA., RC BRASIL LTDA., MORMAII IND., COM. EXP. E IMP. DE ARTS ESPORTIVOS LTDA., DC SHOES, INC., 54TH STREET HOLDINGS S.A.R.L., SUNTECH SUPPLIES INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS ÓTICOS E ESPORTIVOS LTDA. e BRAZILIAN LAB EXPORTAÇÃO E IMPORTADORA LTDA., são agravados PEREIRA DOS SANTOS COMÉRCIO DE ROUPAS LTDA. – ME., MINGYUE & LUO LTDA. – ME., KAILUA BOLSAS E ACESSÓRIOS LTDA. - EPP, GONG JIN PENG – ME., MARIA LIONEIDE MELO DE LIMA. – ME., TROPA DE

ELITE COMÉRCIO DE CONFECÇÕES E ACESSÓRIOS LTDA. – ME. e ROBERTO PINHEIRO DA SILVA BATISTA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 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 n. 28.517)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MAIA DA CUNHA (Presidente sem voto), HAMID BDINE e FORTES BARBOSA.

São Paulo, 11 de fevereiro de 2016.

FRANCISCO LOUREIRO, Relator

Ementa: PROPRIEDADE INDUSTRIAL. Contrafação. Decisão que indeferiu parte da petição inicial da ação de obrigação de não fazer ajuizada pelas agravantes. Comportamento das rés que em tese configura simultaneamente ilícito civil, passível de medidas acautelatórias para fazer cessar o comportamento contrário à lei. Perigo na demora do provimento judicial, já que a comercialização de produtos supostamente falsificados que levam as marcas das autoras certamente lhe diminuem o prestígio junto ao público consumidor, afetando a imagem e sobretudo o risco da diluição e da denigrição. Extinção afastada para análise da viabilidade do requerimento de busca e apreensão. Recurso provido.

VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento, com pedido de liminar, tirado de decisão que indeferiu parte da petição inicial da ação de obrigação de não fazer ajuizada por Surf Co Ltda. e outros em face de Pereira dos Santos Comércio de Roupas Ltda. – ME. e outros.

Fê-lo o *decisum* recorrido, nos seguintes termos:

"Vistos.

Indefiro em parte a petição inicial por carência do interesse processual.

Tal condição da ação consiste no binômio 'necessidade-adequação', ou seja, que o autor necessite satisfazer sua pretensão através do Poder Judiciário pela via da ação, a qual deve ser adequada à tutela pretendida.

As autoras noticiam que as rés ilicitamente estão comercializando produtos sem a competente licença, o que configuraria os crimes previstos na Lei nº 9.279/96.

Ocorre que a prática de crime enseja a provocação da Polícia Judiciária, a qual deverá buscar e apreender os bens, conforme previsto nos artigos 200 a 202 do supracitado diploma legal e na alínea 'c', do §1º, do artigo 240, do Código de Processo Penal.

Assim, desnecessária a cumulação da ação de busca e apreensão. As autoras, na condição de vítimas, deverão representar ao Delegado de Polícia local.

Não se desconhece que o artigo 207 da Lei nº 9.279/96 autoriza a propositura de ações cíveis cabíveis na forma do Código de Processo Civil.

Todavia, a medida cautelar de busca e apreensão prevista no Código de Processo Civil se destina a bens de natureza não criminosa. Caso contrário, as autoras ficariam depositárias de coisas ilícitas.

Igualmente não há interesse processual no pleito da ordem de abstenção do uso da marca, uma vez que já proibidos pela própria Lei de Propriedade Industrial, sob sanções penal e civil.

Posto isso, extingo o processo em parte com fundamento no inciso I, do artigo 267, c.c. o inciso III, do artigo 295, do CPC.

Prosseguir-se-á apenas quanto ao pedido de ressarcimento de danos.

Citem-se as rés. P.R.I.".

Alegam as agravantes, em síntese, que as provas juntadas nos autos são aptas a demonstrar a prática de "pirataria", sendo certo que comprovaram serem detentoras das marcas indicadas por meio de certificados de registro e declaração de que os produtos não são licenciados e originais.

Em razão do exposto e pelo que mais argumentam às p. 1/12 pedem, ao final, o provimento do recurso.

Não convertido o presente agravo de instrumento em agravo retido, foram dispensadas as informações do Juízo *a quo*, porque clara a questão em debate, bem como intimação da parte contrária, ainda não citada.

Houve decurso de prazo sem oposição ao julgamento virtual, conforme certidão de p. 294.

É o relatório.

Conforme ficou estabelecido em sede de liminar, cujo entendimento ratifico integralmente, o recurso comporta provimento para afastar o decreto de extinção do pedido de busca e apreensão dos produtos contrafeitos, viabilizando o pedido de busca e apreensão liminar.

Tem razão o D. Magistrado ao afirmar que a contrafação em tese é tipificada como crime se trata de crime, o que autoriza a intervenção da Polícia Judiciária, nos termos do Código de Processo Penal.

Porém, o comportamento das rés também configura simultaneamente ilícito civil, passível de medidas acautelatórias para fazer cessar o comportamento

Acesso ao Sumário

contrário à lei.

Sob esse aspecto, a busca e apreensão dos produtos supostamente contrafeitos potencialmente traz maior dose de efetividade, se determinada uma única vez, pelo mesmo Juiz de Direito em favor dos autores contra os réus.

Há, outrossim, evidente perigo na demora do provimento judicial, já que a comercialização de produtos falsificados que levam as marcas das autoras certamente lhe diminuem o prestígio junto ao público consumidor, afetando-lhe a imagem. Há não somente desvio de clientela, mas sobretudo o risco da diluição e da denigrição.

Conforme preleciona o art. 130 da Lei n. 9.279/96, as autoras fazem jus à proteção de suas marcas, assistindo-lhes o direito de zelar pela sua integridade material ou reputação, sendo que o transcurso do tempo sem que sejam tomadas medidas a fim de impedir que as rés comercializem produtos falsificados com tais marcas certamente contribuirá para que a imagem das autoras seja denegrida junto ao público consumidor.

Desse modo, cabível a liminar para que o pedido de busca e apreensão tenha regular prosseguimento, cabendo ao Juízo a quo a análise de sua viabilidade, sob pena de supressão de instância.

Em razão do exposto, pelo meu voto, dou provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2075897-78.2015.8.26.0000, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é agravante AHMAD JAROUCHE, é agravado PRISMATIC DA AMAZÔNIA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 36ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. Por maioria de votos, vencido o relator sorteado", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23976)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores WALTER CESAR EXNER (Presidente sem voto), JAYME QUEIROZ LOPES, vencedor, MILTON CARVALHO, vencido e ARANTES THEODORO.

São Paulo, 16 de novembro de 2015.

JAYME QUEIROZ LOPES, Relator Designado

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DECISÃO AGRAVADA QUE INDEFERIU PEDIDO DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA EMPRESA EXECUTADA - IMPOSSIBILIDADE DE DESCONSIDERAÇÃO COM BASE APENAS NA INEXISTÊNCIA DE BENS EM NOME DA EMPRESA - NÃO CARACTERIZAÇÃO DE NENHUMA DAS HIPÓTESES DO ART. 50 DO CÓDIGO CIVIL - DECISÃO MANTIDA. Agravo de Instrumento improvido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento extraído de ação de indenização, interposto contra a decisão de fls. 67, que indeferiu pedido de desconsideração da personalidade jurídica da empresa executada.

Sustenta o agravante que inexistem bens em nome da executada, de modo que deve ser aplicada ao caso a "teoria menor" de responsabilidade dos sócios, adotada nas relações de consumo.

O recurso é tempestivo e foi preparado.

Pela decisão de fls. 74/75, foi indeferida a antecipação de tutela recursal.

Não houve contraminuta, apesar da intimação para tal finalidade.

É o relatório.

Entendo que, ainda que se trate de relação de consumo, não há como afastar a personalidade jurídica da empresa para atingir os bens de seus sócios se não ficar caracterizada uma das hipóteses do art. 50 do Código Civil, o que, no caso em tela, não ocorreu.

O próprio agravante alega que o pedido de desconsideração, aqui, está sendo feito com base tão somente na inexistência de bens declarados ao Fisco e de ativos financeiros.

Acesso ao Sumário

Nos seguintes casos análogos, que também envolvem relação de consumo, tem este tribunal entendido:

"***AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. Desconsideração da personalidade jurídica. Inadmissibilidade. O não pagamento da condenação e a alteração de endereço da sede empresarial não autoriza a desconsideração da personalidade jurídica. Ausência dos requisitos determinados no art. 50 do Código Civil. Decisão mantida. Recurso desprovido. (...) Com efeito, a desconsideração da personalidade jurídica, em nosso ordenamento jurídico, é medida***

excepcional, sendo vedada sua aplicação quando não se encontram demonstrados os requisitos contidos no art. 50 do Código Civil." (Agravo de Instrumento nº 2124663-65.2015.8.26.0000, 27ª Câmara de Direito Privado, J. 14/7/2015, relª ANA CATARINA STRAUCH)

"***AGRAVO INTERNO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. Pretensão a responsabilização dos sócios da executada pela execução. Inadmissibilidade. Ausência de prova de dolo ou fraude a justificar a medida. Inexistência de bens penhoráveis é insuficiente para autorização da medida. Decisão agravada que negou seguimento ao recurso. Decisão mantida. Recurso não provido. (...). Vale assinalar, a título de ilustração, que o Código de Defesa do Consumidor também sinaliza no mesmo sentido, dando ao juiz a possibilidade de desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando em detrimento do consumidor houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. (...) Cumpre esclarecer, que embora a desconsideração da personalidade jurídica consista em um meio eficaz a coibir o comportamento malicioso dos sócios da empresa, de modo a preservar interesses de seus credores e trazer estabilidade às relações comerciais, deve ser aplicada com cautela, observadas as particularidades de cada caso. No presente caso, os elementos constantes dos autos não a autorizam, uma vez que não estão comprovados fraude, dolo ou conduta abusiva dos sócios a ensejar o esvaziamento financeiro, com vistas ao enriquecimento ilícito daqueles, em detrimento do exequente. É evidente que o fator determinante para o pedido de desconsideração no caso, foi a ausência de localização de bens penhoráveis, entretanto a insolvência não é insuficiente para autorizar a medida, visto que é necessária a existência de indícios de abuso da personalidade jurídica, desvio de finalidade ou confusão patrimonial para autorizar a medida, não evidenciados na hipótese vertente.***" (Agravo Regimental nº 2139571-30.2015.8.26.0000/50000, 13ª Câmara de Direito Privado, 13/10/2015, rel. Heraldo de Oliveira)

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 13572)

Restando vencido diante dos votos do nobre segundo juiz, ora relator designado, e do terceiro juiz, peço vênia para divergir da douta maioria e negar provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

Trata-se de agravo de instrumento tirado da respeitável decisão de fls. 67, que, em ação de indenização, em fase de cumprimento de sentença, indeferiu pedido de desconsideração da personalidade jurídica, sob o fundamento de que não demonstrados os requisitos previstos no artigo 50 do Código Civil.

Sustenta o agravante que a sócia da pessoa jurídica poderá desviar bens pessoais para frustrar o pagamento do débito judicial, motivo pelo qual se impõe o imediato bloqueio de bens da referida sócia da agravada.

A liminar foi indeferida.

Não houve resposta e nem oposição ao julgamento virtual do recurso.

O recurso não foi conhecido pela Colenda 10ª Câmara de Direito Privado, vindo a ser redistribuído por força do venerando acórdão de fls. 109/114.

É o que importa ser relatado.

O recurso comporta provimento.

O agravante busca a satisfação de crédito reconhecido no título executivo judicial (R$ 515.704,00), entretanto, não logrou localizar valores ou bens passíveis de penhora e, nesse contexto, foi requerida a desconsideração da personalidade jurídica, o que foi indeferido pelo Juízo da causa.

Respeitado o entendimento do Juízo da causa, a análise do caso evidencia que a relação jurídica existente entre as partes é regida pelas normas de proteção ao consumidor, conforme inclusive reconhecido na respeitável sentença (fls. 64), dentre as quais a do artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor, que dispõe:

> *Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência,* ***estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração****.*
>
> *(...)*
>
> ***§ 5° Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.***

Infere-se de referido dispositivo legal que, no âmbito das relações de consumo, a desconsideração da personalidade jurídica não se restringe às hipóteses do artigo 50 do Código Civil, assumindo caráter mais abrangente.

Como leciona **RIZZATTO NUNES**, *pode-se afirmar que, independentemente da verificação de fraude ou infração da lei, será possível, no caso concreto, suplantar a personalidade jurídica da pessoa jurídica, se for esse o obstáculo ao ressarcimento dos prejuízos sofridos pelo consumidor*.

Acesso ao Sumário

(***Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 2011, p. 449**).

Trata-se da teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica, cuja aplicação revela autonomia entre a norma contida no § 5º do artigo 28 do CDC e aquela disciplinada no *caput* do dispositivo, bastando a demonstração de que o consumidor teve, de algum modo, obstado o ressarcimento de seus prejuízos para que fique autorizada a desconsideração da personalidade jurídica.

Nesse sentido se consolidou a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> *- A teoria maior da desconsideração, regra geral no sistema jurídico brasileiro, não pode ser aplicada com a mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações. Exige-se, aqui, para além da prova de insolvência, ou a demonstração de desvio de finalidade (teoria subjetiva da desconsideração), ou a demonstração de confusão patrimonial (teoria objetiva da desconsideração).*
>
> *- 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 ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.***
>
> *- Recursos especiais não conhecidos.* (**REsp 279.273, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 04/12/2003**) (realces não originais)

E ainda: ***AgRg no REsp 1.106.072/MS, 4ª Turma, Rel. Min. Marco Buzzi, j. 02/09/2014; REsp 737.000/MG, 3ª Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 01/09/2011.***

Com efeito, é entendimento consolidado no Egrégio Superior Tribunal de Justiça que: *É possível a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresária - acolhida em nosso ordenamento jurídico, excepcionalmente, no*

Acesso ao Sumário

Direito do Consumidor - bastando, para tanto, 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, é o suficiente para se "levantar o véu" da personalidade jurídica da sociedade empresária****. Precedentes do STJ: REsp 737.000/MG, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 12/9/2011; (Resp 279.273, Rel. Ministro Ari Pargendler, Rel. p/ acórdão Ministra Nancy Andrighi, 29.3.2004; REsp 1111153/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe de 04/02/2013; REsp 63981/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, Rel. p/acórdão Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJe de 20/11/2000* (**AgRg no REsp nº 1.106.072/MS, Rel. Min. Marco Buzzi, 4ª Turma, j. 02/09/2014, DJe 18/09/2014**) (realces não originais).

Foram buscados bens de propriedade da pessoa jurídica, mas sem sucesso, o que caracteriza evidente obstáculo ao ressarcimento do consumidor e, portanto, autoriza a incidência da norma do § 5º do artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor, como fundamento à desconsideração da personalidade jurídica.

Em casos análogos assim vem se posicionando esta Corte:

Agravo - ***Consumidor - Cumprimento de sentença - Desconsideração da Personalidade Jurídica de Sociedade Empresária - Possibilidade - Aplicação do artigo 28, § 5º, da Lei nº 8.078/90 - Teoria Menor - Dificuldade da pessoa jurídica para pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial*** *- A agravante integra a cadeia de produção e fornecedores que respondem, solidariamente, pelos danos causados ao consumidor, nos termos do artigo 7º, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor - Precedentes Jurisprudenciais, inclusive do C. STJ - Manutenção da decisão - Recurso desprovido.* (**TJSP, Agravo de Instrumento nº 2079298-85.2015.8.26.0000, 29ª Câmara de Direito Privado, Rel. Neto Barbosa Ferreira, j. 15/07/2015**) (realces não originais).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Cumprimento de sentença. Desconsideração da personalidade jurídica. Relação de consumo. Aplicação do artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor ("teoria menor" da desconsideração) e não do artigo 50 do Código Civil ("teoria maior" da desconsideração). ***Mero inadimplemento do fornecedor que basta à desconsideração, pois a personalidade jurídica enquadra, na espécie, um obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à consumidora****. Precedentes do STJ. Recurso não provido.* (**TJSP, Agravo de Instrumento nº 2064672-61.2015.8.26.0000, 35ª Câmara de Direito Privado, Rel. Gilson Delgado Miranda, j. 01/06/2015**) (realces não originais).

Acesso ao Sumário

E ainda: **Agravo de Instrumento nº 2084947-31.2015.8.26.0000, 28ª Câmara de Direito Privado, Rel. Berenice Marcondes Cesar, j. 30/06/2015; Agravo de Instrumento nº 2223375-27.2014.8.26.0000, 26ª Câmara de Direito Privado, Rel. Felipe Ferreira, j. 11/02/2015; Agravo de Instrumento nº 2137520-80.2014.8.26.0000, 35ª Câmara de Direito Privado, Rel. Melo Bueno, j. 29/09/2014; Agravo de Instrumento nº 0179067-08.2012.8.26.0000, 4ª Câmara de Direito Privado, Rel. Teixeira Leite, j. 31/01/2013; Agravo de Instrumento nº 0032074-59.2013.8.26.0000, 30ª Câmara de Direito Privado, Rel. Orlando Pistoresi, j. 17/04/2013.**

Ante o exposto, com a devida vênia à douta maioria, ***dá-se provimento*** ao recurso.

É o meu voto.

MILTON PAULO DE CARVALHO FILHO, Relator

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2074858-46.2015.8.26.0000, da Comarca de Jales, em que é agravante HSBC BANK BRASIL S/A - BANCO MÚLTIPLO, são agravados GABRIELA FRANCISCA DA COSTA CRUZ, SEBASTIÃO JOSÉ DA CRUZ, LEONICE APARECIDA DA CRUZ, EDVALDO JOSÉ DA CRUZ e EDGARD ANTÔNIO DA CRUZ.

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 26978)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SPENCER ALMEIDA FERREIRA (Presidente sem voto), ACHILE ALESINA e CÉSAR PEIXOTO.

São Paulo, 25 de novembro de 2015.

FLÁVIO CUNHA DA SILVA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. Impossibilidade de acesso aos autos, devido à conclusão ao MM. Juiz de Direito. Devolução de prazo para interposição de recurso de agravo de instrumento. Cabimento. Deve ser assegurada às partes a integralidade do prazo previsto em lei.

Acesso ao Sumário

Recurso provido.

VOTO

HSBC BANBK BRASIL S/A - BANCO MÚLTIPLO interpôs o presente recurso de agravo de instrumento diante da decisão que decidiu por prejudicado o pedido de restituição de prazo, que requereu nos autos da liquidação de sentença proposta por GABRIELA FRANCISCA DA COSTA CRUZ e outros, oriunda da ação civil pública nº 583.00.1993.808239, da 19ª Vara Cível Central da Comarca da Capital.

A r. decisão agravada foi proferida nos seguintes termos:

"*Prejudicado o pedido de restituição de prazo para interposição de agravo contra decisão de fls. 318 que negou provimento aos embargos de declaração de fls. 307/311, diante da sentença de fls. 321/322. Int. e Dilig.*"

Em suas razões, o agravante sustenta que proferida decisão que rejeitou as matérias preliminares e fixou os parâmetros para elaboração do cálculo do débito, opôs embargos de declaração, que foram rejeitados. Narra que quando intimado desta decisão, os autos estavam conclusos para o MM. Juiz de Direito, portanto, indisponíveis para carga ou extração de cópias. Explica que em decorrência disso, o processo foi julgado sem que lhe fosse restituído prazo para interposição de recurso contra a primeira decisão. Alega que seu pedido não pode ser considerado prejudicado, uma vez que as matérias ventiladas na primeira decisão diferem daquelas que restaram decididas na segunda decisão. Destaca que a sua manifestação de reabertura de prazo foi protocolizada dentro do prazo previsto para eventual interposição do agravo de instrumento, sendo este o entendimento da jurisprudência. Sustenta que houve cerceamento de defesa e ofensa ao disposto no art. 5º, LIV e LV da Constituição Federal. Pugna pela reforma da r. decisão ou, alternativamente, o conhecimento da matéria relacionada à ilegitimidade ativa e à ilegitimidade passiva, eis que de ordem pública.

Acesso ao Sumário

Deferido o efeito suspensivo no agravo de instrumento nº 2093428-80.2015.8.26.0000 (fl. 390), a parte agravada não apresentou contraminuta (fl. 392).

Intimadas as partes para eventual oposição quanto ao julgamento virtual do presente reclamo (Resolução nº 549/2011 e Lei nº 11.419/2006), também não houve qualquer manifestação (fl. 392).

É o relatório.

Da análise dos autos, observa-se que a decisão que declarou saneado o processo e definiu os parâmetros para elaboração do cálculo de liquidação (fls. 348/351) foi disponibilizada no DJe em 10/02/2015, considerando-se publicada

no dia 11/02/2015 (fl. 352).

Opostos embargos de declaração (fls. 362/363), dentro do prazo legal (fl. 372), foram eles rejeitados pela decisão de fls. 373.

Referida decisão foi disponibilizada no DJe do dia 13/03/2015 e considerada publicada no dia 14/03/2015 (sexta-feira).

Ocorre que no dia 16/03/2015 (segunda-feira) os autos foram conclusos ao MM. Juiz de Direito, que prolatou decisão no dia 19/03/2015 (fls. 375/378). Assim, evidente que o agravante não teve assegurado a integralidade do prazo previsto para interposição do recurso de agravo de instrumento, que como mencionado começou no dia 16/03/2015 e terminou no dia 25/03/2015.

Ademais, agiu corretamente o agravante ao peticionar manifestando-se sobre a existência de fato impeditivo ainda dentro do prazo recursal, protocolando a petição em 23/03/2015 (fl. 381).

Desta forma, tendo em vista que deve ser assegurada às partes a integralidade do prazo previsto em lei, de rigor a devolução do prazo ao agravante para, querendo, recorra da decisão que declarou saneado o processo e fixou os parâmetros para a elaboração do cálculo do débito, evitando-se o cerceamento de defesa por impossibilidade de acesso aos autos.

Nesse sentido precedentes desta Corte:

"*Exceção de pré-executividade - Rejeição - Pedido de devolução do prazo para interposição de agravo de instrumento - Autos conclusos - Pedido não apreciado - Competência do juiz de primeiro grau para apreciação - Autos não disponíveis em cartório durante o decênio legal - Devolução do prazo recursal que se impõe - Recurso provido.*" (Agravo de Instrumento nº 0273487-39.2011.8.26.0000, Rel. FERNANDES LOBO, julg. 12.04.2012).

"*Devolução de prazo - Prazo comum - Carga dos autos - Impossibilidade de acesso aos autos - Cerceamento de defesa - Pedido procedente. 1. A fluência de prazo comum obsta a carga dos autos, caracterizando cerceamento de defesa, sendo de rigor a devolução do prazo para recorrer. 2. Com a devolução do prazo, o ponto de insurgência da primeira decisão deve ser manejado em recurso próprio, não cabendo ser analisada neste instrumento. Recurso provido, na parte conhecida.*" (Agravo de Instrumento nº 0569673-77.2010.8.26.0000, Rel. ANDRADE MARQUES, julg. 03.03.2011).

Ante o exposto, **dá-se provimento** ao recurso para devolver ao agravante o prazo do art. 522 do CPC, contados a partir da publicação deste acórdão, e, anulam-se todos os atos posteriores à publicação da decisão dos embargos de declaração, inclusive a decisão de fls. 375/378.

Para fins de acesso aos Egrégios Tribunais Superiores, ficam expressamente

prequestionados todos os artigos legais e constitucionais mencionados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2226823-71.2015.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que é agravante APARECIDA BERTON BARBUTTI, é agravada FERNANDA GAGLIARDI AMANTINI.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 36ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto n° 17.960)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores WALTER CESAR EXNER (Presidente), MILTON CARVALHO e JAYME QUEIROZ LOPES.

São Paulo, 30 de novembro de 2015.

WALTER CESAR EXNER, Relator

Ementa: Justiça gratuita. Indeferimento mantido. Ausência de demonstração da alteração das condições econômicas que levasse à dificuldade financeira superveniente. Ausência de adminículo probatório a demonstrar incapacidade financeira. Ônus do interessado. Fundadas razões para o indeferimento. Recurso improvido, com observação.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a respeitável decisão de fls. 55 que, nos autos dos embargos à adjudicação, indeferiu a justiça gratuita pleiteada pela autora.

Inconformada, agrava a embargante pleiteando, em suma, a reforma da decisão, vez que não têm condições de arcar com as despesas processuais sem prejuízo do próprio sustento e de sua família, pois é aposentada e vive à custa de seus netos. Além disso, alega que a declaração de insuficiência de recursos goza de presunção de veracidade.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

A pretensão não merece guarida.

Com efeito, não obstante a declaração da parte que não possui recursos suficientes para custear o processo sem prejuízo do próprio sustento ou de sua família goze de presunção, verifica-se que esta é relativa e pode ser desfeita pela parte adversa, nos termos do artigo 7°, da Lei n° 1.060/50, ou ainda pelo próprio magistrado, caso verifique fundados indícios da capacidade financeira da parte que requer o benefício.

E, na hipótese dos autos, nota-se que a agravante teve oportunidade de demonstrar sua alegada incapacidade financeira, inclusive com a possibilidade de juntar no presente recurso às declarações de renda, no entanto, assim, deixou de proceder.

Além disso, nota-se, conforme a r. sentença de fls. 45/46, que a agravante depositou o valor devido nos autos de execução, bem como arcou com as custas processuais de toda ação até o presente momento, o que afasta a verossimilhança da supramencionada declaração e autoriza concluir que podem suportar o pagamento das custas do processo.

Ademais, cabe ressaltar que a agravante não demonstrou ter apresentado o pedido de concessão do benefício da justiça gratuita em data anterior a interposição do recurso de apelação, e não comprovou a alteração de sua situação econômica do início do processo, em que arcou devidamente com as custas processuais.

Como se vê, a agravante não se desincumbiu do ônus de comprovar a ausência de recursos econômicos autorizadores da concessão do benefício pleiteado, o que revela o acerto do MM Juiz *a quo* ao afastar a pretensão, notadamente se considerado que a justiça gratuita é restrita aos necessitados e, conforme parágrafo único do artigo 2º da Lei 1.060/50, "*considera-se necessitado, para fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família*".

Ademais, outro não é o entendimento deste Tribunal, que assim decidiu em situação análoga:

"*(...) o Juiz não é mero expectador na concessão dos benefícios da Justiça Gratuita e a regra do artigo 4º da Lei nº 1.060, de 05/02/50, deve ser interpretada apenas como norma genérica e passível de apreciação em situações excepcionais, como, aliás, fez o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial 57.531, relator o Juiz Vicente Cernicchiaro, que prestigiou acórdão que, 'pela qualificação profissional da parte, determinou à parte que fizesse prova da necessidade'*" (AI 1.021.668-0/0 - Rel. Des. KIOITSI CHICUTA).

Nesse sentido, vale conferir ainda o seguinte julgado, proferido pelo

Acesso ao Sumário

Colendo STJ:

"*Pelo sistema legal vigente, faz jus a parte aos benefícios da gratuidade, mediante simples afirmação, na própria petição, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família (Lei n. 1.060/50, art. 4º), ressalvado ao juiz, no entanto, indeferir a pretensão se tiver fundadas razões para isso (art. 5º)*" (AgRg no REsp 314.177 - RJ - Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA - 4ª Turma - J. 26.06.2001, *in* DJ 20.08.2001, p. 479).

Dessa forma, estando elidida a referida presunção, tendo em vista a ausência de demonstração da incapacidade financeira para suportar as custas e despesas processuais sem prejuízo a seu próprio sustento, outra solução não restava senão o indeferimento da pretensão.

Entretanto, de rigor a concessão do prazo de 5 dias à agravante para que recolha as custas processuais devidas, sob pena de deserção.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2190734-49.2015.8.26.0000, da Comarca de São José dos Campos, em que é agravante VANELIZ LOCAÇÃO DE ESPAÇOS LTDA., é agravado BANCO BRADESCO S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17556)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SPENCER ALMEIDA FERREIRA (Presidente) e FERNANDO SASTRE REDONDO.

São Paulo, 30 de novembro de 2015.

EDUARDO SIQUEIRA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - EMBARGOS À EXECUÇÃO - JUSTIÇA GRATUITA - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DOCUMENTAL SOBRE A REAL CONDIÇÃO DE HIPOSSUFICIÊNCIA ECONÔMICA - INVIABILIDADE DE CONCESSÃO DOS BENEFÍCIOS DA GRATUIDADE. A assistência

judiciária não é incompatível com a pessoa jurídica, uma vez que nem a Constituição Federal, nem a Lei nº 1.060/50 a excluem do benefício em questão, todavia, necessário se faz a EFETIVA comprovação da atual situação de hipossuficiência financeira para a concessão. No caso em tela, apesar da Agravante ter colacionado aos autos Declaração de Insuficiência de Recursos (fl. 13), não trouxe outros elementos aptos a demonstrar sua real condição de hipossuficiência econômica, tais como declarações de imposto de renda, cópia de seus livros contábeis obrigatórios, dentre outros. Anoto que os extratos do Banco do Brasil colacionados às fls. 51/59, os quais constam o empréstimo do "BB Giro Flex", por si só, não são capazes de demonstrar a situação de hipossuficiência financeira da empresa, pois é certo que, para atividades empresárias, muitas vezes se faz necessária a realização de empréstimos para obtenção de capital de giro, possibilitando a movimentação atual da atividade com vistas ao lucro futuro. - DECISÃO MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO.

VOTO

Trata-se de recurso de agravo de instrumento, interposto por VANELIZ LOCAÇÃO DE ESPAÇOS LTDA., nos autos dos "EMBARGOS À EXECUÇÃO", opostos em face de BANCO BRADESCO S/A, contra a decisão de fl. 46, da lavra do Juiz HEITOR FEBELIANO DOS SANTOS COSTA, que indeferiu o pedido de gratuidade processual, outrora formulado pela Agravante.

Irresignada, a Agravante recorre objetivando a reforma da r. decisão, alegando, em síntese que: a) pessoa jurídica também pode se contemplar como a benesse da justiça gratuita; b) comprovou documentalmente que faz jus ao benefício (fl. 01/08).

No mais, o recurso deixou de ser preparado e foi instruído com as peças obrigatórias e facultativas (fls. 09/67).

Às fls. 69/70, foram requisitadas as informações ao Juízo *a quo*, e dispensada a intimação do Agravado, uma vez que, até o momento, não integrava esta relação processual.

É o relatório.

Respeitada a irresignação da Agravante, a decisão do Juízo *a quo* não merece reforma.

Acesso ao Sumário

Com efeito, com o advento da Carta da República de 1988, resta claro que "o Estado prestará **assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos**" (CF, art. 5º, inc. LXXIV). Tal dispositivo também encontra guarida na Lei de Assistência Judiciária (arts. 2º e 4º).

Como se vê, atualmente, o benefício da gratuidade só é concedido àqueles que fizerem prova de sua hipossuficiência.

Tal raciocínio é o mesmo em se tratando de pessoa jurídica, conforme se extrai do enunciado da súmula 481, do STJ: "**Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica** com ou sem fins lucrativos **que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais**".

Nesse sentido, também é a jurisprudência mais abalizada:

> CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE SERVIÇOS HOSPITALARES. ASSOCIAÇÃO SEM FINS LUCRATIVOS QUE REQUER O BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA. HIPOSUFICIÊNCIA ECONÔMICA NÃO COMPROVADA. TENTATIVA DE SANEAMENTO POR MEIO DE RECURSO INTERNO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 481/STJ. PRECEDENTES 1. As instâncias ordinárias reconheceram que a entidade filantrópica não foi capaz de demonstrar sua hipossuficiência econômica que ensejasse a dispensa do pagamento das custas processuais. 2. **Os Tribunais Superiores orientam que o benefício da gratuidade pode ser concedido à pessoa jurídica apenas se esta comprovar que dele necessita, independentemente de ser ou não de fins lucrativos, não bastando, para tanto, a simples declaração de pobreza**. 3. Não se afigura possível o saneamento da deficiência do recurso especial por meio de agravo interno, em razão da preclusão consumativa. 4. A entidade filantrópica não apresentou argumento novo capaz de modificar a conclusão alvitrada que se apoiou na incidência da Súmula 481, do STJ. 5. Agravo regimental não provido. (STJ AgRg no REsp 1465921/SP. TERCEIRA TURMA. Relator: Ministro MOURA RIBEIRO. Data do julgamento 02.10.2014). (Grifei)

No mesmo sentido, jurisprudência desse Tribunal:

> Ação de indenização de dano moral. Erro médico. Entidade filantrópica sem fins lucrativos e de utilidade pública. **Pedido de gratuidade judiciária. Falta de demonstração do direito ao benefício, que não decorre automaticamente da alegação de hipossuficiência nem da natureza da instituição**. Precedentes do STJ e desta Corte. Agravo de instrumento não provido. (Agravo de Instrumento 2015187-92.2015.8.26.0000. 10ª Câmara de Direito Público. Relator(a): Antonio Celso Aguilar Cortez. Data do julgamento: 09/02/2015) (Grifei)

> AGRAVO DE INSTRUMENTO - Ação de Cobrança - Decisão que indeferiu pedido de benefícios da Assistência Judiciária à autora -

Inconformismo - **Alegação de que é entidade sem fins lucrativos, não tendo condições de arcar com as custas iniciais - Descabimento - Ausência de documentos que comprovem a alegada incapacidade financeira - Irrelevância da distinção entre pessoas jurídicas com ou sem finalidade lucrativa na verificação das condições para a concessão da Assistência Judiciária**, uma vez que se trata de critério que versa apenas sobre a possibilidade de haver distribuição de lucros aos respectivos sócios ou associadas - Recurso desprovido. (Agravo de Instrumento n. 2227857-18.2014.8.26.0000. 9ª Câmara de Direito Privado. Relator(a): José Aparício Coelho Prado Neto. Data do julgamento: 10/02/2015) (Grifei)

Em síntese, a assistência judiciária não é incompatível com a pessoa jurídica, uma vez que nem a Constituição Federal, nem a Lei nº 1.060/50 a excluem do benefício em questão, todavia, necessário se faz a **EFETIVA comprovação da atual situação de hipossuficiência financeira para a concessão**.

No caso em tela, apesar da Agravante ter colacionado aos autos Declaração de Insuficiência de Recursos para dispender qualquer quantia para a defesa dos direitos da empresa neste processo (fl. 13), não trouxe outros elementos aptos a demonstrar sua real condição de hipossuficiência econômica.

Anoto que os extratos do Banco do Brasil colacionados às fls. 51/59, os quais constam o empréstimo do "BB Giro Flex", por si só, não são capazes de demonstrar a situação de hipossuficiência financeira da empresa, pois é certo que, para atividades empresárias, muitas vezes se faz necessária a realização de empréstimos para obtenção de capital de giro, possibilitando a movimentação atual da atividade com vistas ao lucro futuro.

Desse modo, **não existindo nos autos documentos que comprovem efetivamente a hipossuficiência financeira que impossibilite a Agravante de arcar com as custas processuais sem prejuízo as suas atividades regulares, tais como declarações de imposto de renda, cópia de seus livros contábeis obrigatórios, dentre outros, não há que se falar na concessão do beneficio da justiça gratuita.**

Ante o exposto, **nego provimento ao recurso**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 2229532-79.2015.8.26.0000, da Comarca de Matão, em que são agravantes MAKSOLO IMPLEMENTOS E PEÇAS AGRÍCOLAS LTDA., ALDIMEIRE DE FÁTIMA MACHIONI e OSWALDO CAMARA, é agravado DESENVOLVE

Acesso ao Sumário

SP - AGÊNCIA DE FOMENTO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

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 27.724)**

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

São Paulo, 3 de dezembro de 2015.

RENATO SARTORELLI, Relator

EMENTA: ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA - INDEFERIMENTO - PROVA INSATISFATÓRIA DA ALEGADA CONDIÇÃO DE HIPOSSUFICIÊNCIA - RECURSO IMPROVIDO. O exame dos pressupostos autorizantes da gratuidade recomenda uma análise mais detida sobre a real potencialidade econômica da parte interessada, situação que torna indispensável a exibição de documentos comprobatórios da hipossuficiência alegada que, a um só tempo, evita abusos (cada vez mais comuns) e prestigia os verdadeiramente necessitados.

VOTO

Agravo de instrumento tirado contra decisão que, em ação de busca e apreensão de bem gravado com cláusula de alienação fiduciária, convertida em execução de título extrajudicial, indeferiu pedido de justiça gratuita, assim como o diferimento das custas ao final, nos termos dos artigos 5º e 8º, ambos da Lei Estadual nº 11.608/03.

Após estoriar os fatos relativos à lide, sustentam, em apertada síntese, os agravantes que não ostentam condições financeiras para suportar os encargos oriundos do processo uma vez que possuem diversas ações ajuizadas em seu desfavor. No mais, alegam que basta a simples declaração de pobreza para fazer jus ao benefício, nos termos do art. 4º da Lei nº 1.060/50. Buscam, por isso, a reforma do ato judicial combatido, sob pena de violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório. Subsidiariamente, pleiteiam o diferimento das custas ao final, insistindo na concessão de efeito suspensivo.

Concedida a liminar, houve resposta.

É o relatório.

Transcrevo o seguinte excerto da decisão agravada no que interessa à

Acesso ao Sumário

solução da controvérsia, ***verbis***:

"***Ressalto, inicialmente, tratar-se de uma das embargantes empresa com fins lucrativos.***

Observo também que os embargantes figuram como devedores no importe de R$ 323.677,56, dívida originada por meio de cédula de crédito bancário, circunstância que permite quantificar o alto grau de seu potencial financeiro. No mais, os embargantes deixaram de comprovar seus rendimentos e a dificuldade financeira momentânea.

Portanto, indefiro o pedido de gratuidade da justiça, assim como o recolhimento das custas ao final, certo que não comprovou, por meio idôneo, a dificuldade financeira momentânea, como dispõe os artigos 5º e 8º da Lei 11.608/03 *" (cf. fl. 112)*.

Esse entendimento, a meu ver, não quadra reparos.

Estabelece o enunciado da Súmula nº 481 do E. Superior Tribunal de Justiça, ***verbis***:

"**Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais".**

Como se vê, o benefício da gratuidade, embora também voltado para as pessoas jurídicas, tem como pressuposto a carência econômica de modo a impedi-las de arcar com as despesas processuais.

Vale dizer, o benefício da gratuidade não é amplo e absoluto. Isso significa que ao juiz é permitido condicionar a concessão da gratuidade à comprovação da miserabilidade alegada.

Aliás, a jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça tem sufragado o entendimento de que é lícito ao magistrado, se tiver fundadas razões, exigir que o declarante faça prova da hipossuficiência invocada *(AgRg. no AREsp. nº 231.788/RS, Rel. Min. Castro Meira)*.

No mesmo sentido, ***verbis***:

*"**AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO (ART. 544, DO CPC) - PEDIDO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA - EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO PELO MAGISTRADO - ADMISSIBILIDADE - PRECEDENTES DO STJ.***

1. A afirmação de hipossuficiência, almejando a obtenção do benefício da assistência judiciária gratuita, possui presunção legal juris tantum, ou seja, relativa, podendo o magistrado, com amparo no art. 5º, da Lei n.º 1.050/60, infirmar a miserabilidade da requerente *" (AgRg. no AREsp. nº 121.135/MS, Rel. Min. Marco Buzzi)*.

No caso, as cópias de consulta de processo de primeiro grau, extraídas do

Acesso ao Sumário

site do Tribunal de Justiça (*cf. fls. 115/121*), não se mostram suficientes, por si só, para evidenciar, de maneira incontroversa, que os agravantes atravessam sérias dificuldades financeiras de modo a impedi-los de recolher as custas iniciais.

O exame dos pressupostos autorizantes da gratuidade recomenda uma análise mais detida sobre a real potencialidade econômica da parte interessada que, a um só tempo, evita abusos (*cada vez mais comuns*) e prestigia os verdadeiramente necessitados.

Era necessária a juntada de declarações de imposto de renda, extratos de movimentação de contas bancárias, cópias de livros contábeis ou balanços patrimoniais, declarações de rendimentos dos sócios ou qualquer outro documento que demonstrasse, de forma inconteste e objetiva, que o recolhimento das custas processuais pudesse trazer significativo prejuízo aos recorrentes.

Não bastasse isso, vale a pena acrescer que a aceitação irrestrita de pedidos de assistência judiciária subverte o sistema de equilíbrio do processo, que mobiliza recursos materiais, subtraindo, do mesmo modo, do procurador da parte adversa o direito à sucumbência, que lhe é garantido por lei em caso de sucesso no patrocínio.

O pleito alternativo segue a mesma sorte, pois o diferimento do recolhimento da taxa judiciária para depois de satisfeita a execução, previsto no artigo 5º da Lei Estadual nº 11.608/03, se presta àqueles que comprovarem a momentânea impossibilidade financeira, situação aqui não entrevista.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso, cassada a liminar.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2202272-27.2015.8.26.0000, da Comarca de Jaú, em que é agravante MARIA ALICE RESSINETTI, é agravada SOLANGE CHRISPIM NADALETO.

ACORDAM, em 34ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto (D) nº 9413)**

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

São Paulo, 3 de dezembro de 2015.

ANTONIO TADEU OTTONI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - PENHORA

DE IMÓVEL GRAVADO COM USUFRUTO VITALÍCIO - CONSTRIÇÃO INCIDENTE SOBRE A NUA PROPRIEDADE - ADMISSIBILIDADE - A penhora da nua propriedade em nada interfere nos direitos da usufrutuária vitalícia - Nulidade inexistente - Irresignação que não se justifica, ficando mantida a r. decisão objurgada pelos seus próprios e jurídicos fundamentos - Agravo não provido.

VOTO

Vistos

1. RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto em ação de despejo por falta de pagamento c.c. cobrança de aluguéis, em cumprimento de sentença, contra a r. decisão que afastando arguição de nulidade, deixou de conhecer da impugnação à penhora interposta por terceira usufrutuária do imóvel (fls. 13).

Aduziu a agravante que a penhora interfere na administração do bem do qual figura como usufrutuária vitalícia, que o contrato de locação seria nulo e o imóvel constrito seria bem de família (fls. 01//07).

Indeferido efeito suspensivo ao recurso (fls. 40), contraminuta apresentada (fls. 43/54).

É o relatório.

2. FUNDAMENTOS

Este agravo não comporta provimento.

Com efeito, o usufrutuário de um bem não é o seu proprietário, mas titular de parte dos direitos reais; assim, o usufruto vitalício de que a recorrente é titular (fls. 36) lhe garante, até sua morte, o direito de usar e fruir do bem, independente de quem venha a ser o nu-proprietário.

Assim, afigura-se perfeitamente possível a penhora da nua propriedade do bem, desde que resguardado o direito do usufrutuário.

In casu, verifica-se por cópia do auto de penhora que a constrição incidiu sobre "*50% da nua propriedade do imóvel*" (fls. 38), tendo sido, portanto, respeitados os direitos da agravante em sua condição de usufrutuária vitalícia, de modo que não se consubstancia nulidade alguma.

Ressalte-se, aliás, que o usufruto é inalienável e impenhorável, de modo que a penhora efetivada em nada interfere na esfera de direitos cabente à agravante.

Sobre o tema calha transcrever precedente do E. Superior Tribunal de Justiça:

Acesso ao Sumário

"*DIREITO CIVIL. PENHORA SOBRE NUA PROPRIEDADE DE IMÓVEL, GRAVADO COM USUFRUTO VITALÍCIO. POSSIBILIDADE. Da interpretação conjunta dos arts. 524 e 713 do CC/16, fica evidente a opção do legislador pátrio em permitir a cisão, mesmo que temporária, dos direitos inerentes à propriedade: de um lado o direito de uso e gozo pelo usufrutuário, e de outro o direito de disposição e sequela pelo nu-proprietário.* ***A nua-propriedade pode ser objeto de penhora e alienação, em hasta pública, ficando ressalvado o direito real de usufruto, inclusive após a arrematação ou a adjudicação, até que haja sua extinção***". (REsp 925687/DF, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j . em 09.08.07 - destaquei em negrito).

Tudo o mais aduzido nas razões recursais é matéria que desborda dos lindes deste recurso, cumprindo lembrar que a agravante é terceiro não integrante da lide.

3. DISPOSITIVO

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2183895-08.2015.8.26.0000, da Comarca de Guarulhos, em que é agravante KATSUYOSHI HIGASHIZIMA, é agravada SILVIA GOBATTO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 36ª 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 13858)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores WALTER CESAR EXNER (Presidente sem voto), JAYME QUEIROZ LOPES e ARANTES THEODORO.

São Paulo, 7 de dezembro de 2015.

MILTON CARVALHO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. Alegação de que a agravada transferiu veículo de forma irregular e fraudulenta para o nome do agravante, em virtude do que lhe é indevidamente imputada a prática de infrações de trânsito. Documentos insuficientes a

demonstrar a verossimilhança da alegação e que, de outro lado, indicam que não há urgência na concessão das medidas antecipatórias requeridas. Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de agravo tirado da respeitável decisão copiada às fls. 53 que, em ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por danos morais, indeferiu a antecipação de tutela requerida pelo agravante diante da ausência dos requisitos que autorizam a sua concessão.

Sustenta o agravante, em síntese, que o veículo FOX placa FER-7040 foi transferido irregularmente para o seu nome, embora nunca o tenha utilizado, e que, por isso, não lhe podem ser atribuídas as infrações cometidas na sua condução, no entanto, foi instaurado processo administrativo no CIRETRAN para que fosse cassado seu direito de dirigir, e corre o risco de ter seu nome inscrito no CADIN e sofrer execução em razão do inadimplemento das multas. Requer seja dado provimento ao recurso para que, em antecipação de tutela, a agravada seja compelida a regularizar a transferência do veículo e a responder pelas infrações de trânsito praticadas na condução do referido automóvel, seja determinada a suspensão do procedimento administrativo no DETRAN e sejam suspensas as multas indevidamente lançadas em seu nome.

É o essencial a ser relatado.

Desnecessária a intimação da agravada para responder ao recurso ante a ausência de prejuízo para ela.

O agravo não é de ser acolhido.

O agravante ajuizou ação de obrigação de fazer alegando que as partes negociaram a compra e venda de um imóvel de sua propriedade, em virtude do que aceitou o veículo FOX, placa FER-7040, como parte do preço, no entanto, o negócio não se concretizou e, a despeito disso, de forma precipitada e fraudulenta, a agravada promoveu a transferência do veículo para o seu nome. Esclareceu que não tinha conhecimento de referida transferência, até que foi surpreendido com o recebimento de diversas multas em seu nome, e que está na iminência de sofrer cobranças indevidas e punições pelo excesso de infrações cometidas na condução do veículo.

Em se tratando de recurso interposto contra decisão que indeferiu pedido de tutela antecipada, neste momento, somente é possível analisar a existência ou não dos requisitos legais que autorizavam a sua concessão, sob pena de se antecipar provimento de mérito, que depende da observância do devido processo legal, ou seja, do pleno exercício do contraditório e da ampla defesa, com a produção de todas as provas que se fizerem necessárias.

Acesso ao Sumário

E, em que pesem os argumentos expostos pelo agravante, de fato não se vislumbram elementos que justifiquem a concessão da medida antecipatória requerida, pois o artigo 273 do Código de Processo Civil condiciona o deferimento da antecipação de tutela à presença concomitante de provas que evidenciem a verossimilhança dos fatos alegados e a existência de risco de dano irreparável ou de difícil reparação, o qual deve referir-se a dano iminente.

Com efeito, os documentos apresentados pelo agravante não comprovam que o veículo FOX, placa FER-7040, foi transferido para o seu nome de forma fraudulenta pela agravada em fevereiro de 2011, retirando a verossimilhança das alegações.

E do relatório da sentença proferida no processo nº 0033321-53.2011.8.26.0224 infere-se que, ao menos no início de 2013, o agravante já tinha ciência de que a agravada havia procedido à transferência do veículo para pagamento de parte do preço convencionado entre as partes na compra e venda do imóvel que, posteriormente, não se concretizou (fls. 35).

Não bastasse isso, a ação de obrigação de fazer em que foi formulado o pedido de tutela antecipada somente foi proposta pelo agravante em agosto de 2015, no entanto, os documentos que formam o presente instrumento evidenciam a prática de infrações de trânsito pelo veículo de placa FER-7040 no período entre março e setembro de 2014 (fls. 40/41), bem como que a notificação acerca da instauração de referido procedimento foi expedida em 05/10/2014, no qual o prazo para defesa expirou-se em 14/11/2014 (fls. 42/43).

Destarte, o longo lapso temporal decorrido entre a ciência do agravante a respeito da transferência do veículo para o seu nome, o recebimento das multas e da notificação concernente à instauração do procedimento administrativo pelo CIRETRAN, e o ajuizamento do processo de origem, indicam que não há urgência no provimento postulado pelo agravante.

Ademais, eventuais prejuízos econômicos suportados com o pagamento indevido de multas e tributos podem ser futuramente compensados por ocasião do julgamento do processo ou mesmo em ação reparatória de perdas e danos.

Por tais fundamentos, ***nega-se provimento*** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2216115-59.2015.8.26.0000, da Comarca de Diadema, em que é agravante AMAN CHAPAS INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. ME., é agravado NOVA FÁTIMA COMÉRCIO DE FERRO E AÇO LTDA.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15066)**

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

São Paulo, 9 de dezembro de 2015.

SPENCER ALMEIDA FERREIRA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - EMBARGOS À EXECUÇÃO - ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA - Pedido formulado por pessoa jurídica - Indeferimento – Concessão admitida apenas em hipóteses excepcionais, quando demonstradas documentalmente nos autos a efetiva impossibilidade de arcar com as despesas - Documentos carreados aos autos que não firmam a necessidade da benesse - Decisão mantida - RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

1.- Trata-se de agravo de instrumento tirado em face da r. decisão trasladada à fls. 23 que, em ação de embargos à execução, indeferiu os benefícios da assistência judiciária gratuita à pessoa jurídica.

Pleiteia o agravante a modificação do *decisum*, alegando que o fato de ser pessoa jurídica não afasta por si só a afirmada pobreza jurídica. Afirma que as condições financeiras foram devidamente comprovadas com os impostos de renda juntados, e que não possui condição de arcar com as custas do processo sem prejuízo de seu próprio sustento e de sua família. Aduz que a empresa é de pequeno porte, familiar, endividada e não apresenta lucro, e que pelo princípio da isonomia, qualquer pessoa, física ou jurídica, pode ser beneficiária da justiça gratuita.

Deferido o pedido de efeito suspensivo, contraminuta oferecida a fls. 61/67, encontram-se os autos em termos de julgamento.

É o relatório.

2.- Sem razão o recorrente.

Ao indeferir o pedido, o magistrado fundamentou a decisão agravada nos seguintes termos:

> "Vistos. Certifique a secretaria a tempestividade dos presentes embargos. Indefiro a gratuidade processual à embargante Com efeito, a concessão do referido benefício à pessoa jurídica constitui medida excepcional, cabível somente perante a prova inequívoca do comprometimento de suas atividades habituais, por conta do recolhimento das custas processuais. Referida situação não restou evidenciada nos autos. Portanto, recolha a embargante as custas processuais e as diligências de Oficial de Justiça, no prazo de trinta (30) dias, sob pena de cancelamento da distribuição. Int." (fls. 23)

De acordo com o que estabelece o artigo 2º e parágrafo único, da Lei 1.060/50, em regra, a justiça gratuita é concedida tão somente às pessoas naturais e não às pessoas jurídicas[1].

A jurisprudência pátria tem entendido que o benefício da gratuidade pode ser concedido às pessoas jurídicas apenas de maneira excepcional, considerando seu objeto social, notadamente àquelas entidades beneficentes sem fins lucrativos ou, no caso de empresas que visam ao lucro, mesmo que não sejam micro ou pequenas empresas, somente **se houver prova da necessidade**.

Nesse sentido: RSTJ 98/239, 102/493, maioria; STJ-2ª Seção, Rcl 1.037-SP, rel. Min. Laurita Vaz, j. 27.5.02, julgaram procedente, v.u., DJU 24.6.02, p. 172; STJ-5ª Turma, REsp 196.998-RJ, rel. Min. José Arnaldo, j. 14.5.02, deram provimento, v.u., DJU 17.6.02, p. 288; RT 787/359, RF 343/364, RJTJERGS 179/265, Bol. 2.242/2.069 e RSTJ 153/65.

Cumpre registrar que, nessa mesma linha de entendimento, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 481 com o seguinte enunciado: "Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais".

Como se verifica, a referida súmula condiciona a concessão da benesse às pessoas jurídicas a demonstração da impossibilidade de arcar com os encargos processuais.

Ainda que se trate de pessoa jurídica, cabe ao julgador decidir quanto à concessão ou não do benefício, atentando as peculiaridades do caso concreto, ou seja à demonstração de dificuldade financeira, como tal se entendendo a prova de que, com o dispêndio de custas e honorários, poderá comprometer o seu bom funcionamento.

Registre-se que, no que se refere à pessoa jurídica, este relator entende que a ampliação do benefício às pessoas jurídicas deve limitar-se àquelas que não perseguem fins lucrativos e se dedicam a atividades beneficentes, filantrópicas,

Acesso ao Sumário

1 Art. 2º. Gozarão dos benefícios desta Lei os nacionais ou estrangeiros residentes no país, que necessitarem recorrer à Justiça penal, civil, militar ou do trabalho.

Parágrafo único. - Considera-se necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

pias ou morais, bem como às microempresas nitidamente familiares ou artesanais. Em todas as hipóteses é indispensável a comprovação da situação de necessidade, o que não ocorreu no caso em tela.

Não há nos autos qualquer prova da sua situação de insolvência, com elementos aptos a demonstrar a dificuldade alegada. A mera alegação de estado de penúria econômica não é suficiente para deferir o benefício à empresa agravante. Adite-se que foi juntada aos autos declaração de imposto de renda da empresa, em que consta como valor total da receita de vendas da pessoa jurídica, em 2013, R$ 2.916.492,34 (fls. 49), informação incompatível com a alegada penúria econômica.

O instituto da justiça gratuita protege os necessitados e não sociedades empresárias, cuja possibilidade de risco é inerente à própria atividade - "risco profissional", e o fato de existir execução contra a empresa agravante não é motivo suficiente para conceder o benefício pleiteado.

É o caso, portanto, de manutenção da r. decisão hostilizada, que indeferiu o benefício pretendido.

3.- Ante ao exposto, **nega-se** provimento ao recurso, revogando-se o efeito suspensivo anteriormente concedido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2249567-60.2015.8.26.0000, da Comarca de Franca, em que é agravante RIO DE JANEIRO REFRESCOS LTDA. (SUCESSORA DA COMPANHIA DE BEBIDAS IPIRANGA), é agravada VALÉRIA DE PAULA MEDEIROS SQUARIZE.

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 4289)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SPENCER ALMEIDA FERREIRA (Presidente sem voto), CÉSAR PEIXOTO e EDUARDO SIQUEIRA.

São Paulo, 9 de dezembro de 2015.

ACHILE ALESINA, Relator

Ementa: EXECUÇÃO - R. despacho que indeferiu o pedido de bloqueio de valores em nome do cônjuge da

executada - Insurgência - Impossibilidade - Terceiro estranho nos autos e nem participou da relação jurídica - Precedentes do STJ - Recurso desprovido.

VOTO

É recurso de agravo de instrumento com pedido de antecipação dos efeitos da tutela contra a r. decisão digitalizada de fl. 70 proferida pelo MM. Juiz de Direito Marcelo Augusto de Moura que, nos autos da ação de execução movida pelo agravante em face da agravada, indeferiu pedido de bloqueio de valores de ativos financeiros em nome do cônjuge da executada. Recorre o agravante pretendendo a reforma do assim decidido.

É o relatório.

É ação de execução ajuizada pelo agravante em face do agravado consubstanciada em duplicatas mercantis no valor de R$ 27.077,54. Citada, a executada, ora recorrida, não efetuou o pagamento e nem ofereceu os embargos. A penhora restou infrutífera, tendo em vista a ausência de bens penhoráveis.

Em seguida, houve tentativa de bloqueio de valores pelo BacenJud que restou negativa, bem como pesquisa de veículos através do Renajud e análise das declarações de imposto de renda pelo Infojud. Intimada a indicar bens passíveis de penhora, a executada restou inerte.

Em pesquisas administrativas, o agravante descobriu que a executada é proprietária de 1/6 do imóvel de matrícula nº 12.299 e ½ do imóvel de matrícula nº 40.224, do Cartório de Registro de Imóveis de Franca/SP. Diante das dificuldades de arrematação de frações ideais dos imóveis e tendo em vista que a penhora de dinheiro tem preferência sobre a penhora de bens imóveis, o agravante formulou pedido de utilização do sistema Bacenjud a fim de apurar a existência de ativos financeiros em nome do cônjuge da executada, respeitando-se o limite da meação. Tal pleito foi indeferido, daí o presente recurso.

Alega ser possível tal penhora, uma vez que a executada é casada em regime de comunhão parcial de bens. Invoca os arts. 1.663, § 1 º e 1.664 do Código Civil.

Sem razão contudo.

Com efeito, em que pesem as razões recursais, o cônjuge da executada não integra o polo passivo da ação de execução e nem participou na relação jurídica que causou a emissão das duplicatas.

Dessa forma, não se justifica pois o bloqueio determinado em numerário do cônjuge, estranho à lide principal. Eis que "*ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.*" (art. 6.º do CPC). E ainda, a conta corrente e/ou aplicações financeiras estão no nome somente do cônjuge e nem se sabe se tais numerários possuem natureza salarial.

Acesso ao Sumário

No mais, é oportuno destacar que o entendimento jurisprudencial no E. STJ vem se posicionando no sentido de que a solidariedade da conta bancária conjunta é apenas ativa, não permitindo que seja responsabilizado quem não se obrigou pelo pagamento (AgRg no Ag Rg na Pet 7456/MG, Rel. Min. Sidnei Benetti, DJ 26.11.2009; REsp 819327/SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 08.05.2006; REsp 708.612/RO, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ 28.04.2004; e REsp 336632/ES, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ 31.03.2003).

Correta a decisão hostilizada.

Diante do exposto, NEGA-SE PROVIMENTO ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2227040-17.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante CONDOMÍNIO EDIFÍCIO GARAGEM AUTOMÁTICA NACIONAL, são agravados SIMETAL S.A. INDÚSTRIA E COMÉRCIO e RAIMUNDO ALBERTO NORONHA.

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 32.055)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANDRADE NETO (Presidente sem voto), CARLOS RUSSO e MARCOS RAMOS.

São Paulo, 9 de dezembro de 2015.

LINO MACHADO, Relator

Ementa: Agravo de instrumento - Ação de cobrança de despesas condominiais - Cumprimento de sentença - Arrematação - Despesas condominiais anteriores - O imóvel arrematado deve ser passado ao arrematante livre de qualquer ônus que incida sobre o imóvel - Decisão mantida. No caso vertente, não se há de falar em a cobrança das despesas condominiais do arrematante, tendo em vista que a arrematação é forma originária de aquisição da propriedade, não respondendo o arrematante por dívidas anteriores ao ato. Agravo desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Agravo de instrumento contra a r. decisão trasladada a fls. 16/17 (fls. 413/414 dos autos principais), proferida nos autos da ação de cobrança de despesas condominiais, em fase de cumprimento de sentença, a qual indeferiu o pedido formulado pelo exequente, ora agravante, de cobrança das despesas condominiais do arrematante, pois a "arrematação é forma originária de aquisição da propriedade, não respondendo o arrematante por dívidas anteriores ao ato. Observo, ademais, que não constou do edital expressa ressalva quanto à existência de vultosa dívida que supera, em muito, o valor da arrematação (o que certamente, se houvesse sido mencionado, impediria que a venda se consumasse, dada a desproporção obtida), não se prestando a tanto a genérica observação de que o adquirente responderia por 'eventuais ônus'". Alega que o produto da arrematação não foi suficiente para quitação da dívida, "tendo o arrematante sido intimado para promover o pagamento das despesas condominiais incidentes sobre os Box, objeto da arrematação. O arrematante, por sua vez, insurgiu-se com relação à cobrança, alegando que não deveria quitá-las por serem as dívidas anteriores à arrematação, o que não pode prosperar, vez que a dívida, objeto desta ação tem caráter propter rem e a massa condominial não pode ficar prejudicada por força da arrematação" (fl. 03); que no caso em tela o arrematante de imóvel em condomínio é responsável pelo pagamento das despesas condominiais vencidas, ainda que estas sejam anteriores à arrematação; que aplicável o art. 1.345 do CC. Argui a necessidade de reforma da r. decisão e pede: "que o arrematante seja responsabilizado por todos os débitos incidentes sobre os Box, objeto desta ação, por se tratar de dívida de natureza propter rem, devendo ser mantido o entendimento dos Tribunais no sentido de que o arrematante de imóvel em condomínio é responsável pelo pagamento das despesas condominiais vencidas, ainda que estas sejam anteriores à arrematação" (fl. 08). Não há pedido de efeito suspensivo (fl. 239). Veio contraminuta (fls. 241/266).

É o relatório.

Em sua decisão, a douta juíza de primeiro grau ao indeferir o pedido de cobrança das despesas condominiais do arrematante, fundamentou-se nos seguintes termos:

"Vistos. A arrematação é forma originária de aquisição da propriedade, não respondendo o arrematante por dívidas anteriores ao ato. Observo, ademais, que não constou do edital expressa ressalva quanto à existência de vultosa dívida que supera, em muito, o valor da arrematação (o que certamente, se houvesse sido mencionado, impediria que a venda se consumasse, dada a desproporção obtida), não se prestando a tanto a genérica observação de que o adquirente responderia por 'eventuais ônus'. Em hipótese semelhante à dos

Acesso ao Sumário

autos já se decidiu: 'AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE COBRANÇADE DESPESAS CONDOMINIAIS - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - VENDA DA UNIDADE AUTÔNOMA EM HASTA PÚBLICA - ARREMATAÇÃO - RESERVA DE NUMERÁRIO - CRÉDITOS TRIBUTÁRIO E HIPOTECÁRIO - ORDEM DE PREFERÊNCIA - CRÉDITO CONDOMINIAL - DESPESAS CONDOMINIAIS - DÍVIDA PRETÉRITA - RESPONSABILIDADE DO ARREMATANTE SOMENTE EM RELAÇÃO ÀQUELAS POSTERIORES À ASSINATURA DA CARTA DE ARREMATAÇÃO. Em se tratando de aquisição originária de propriedade por meio de venda em hasta pública, os créditos tributários anteriores sub-rogam-se no produto da arrematação (CTN, art. 130, p.u.), assim como os créditos hipotecários (CC, art. 1.225, IX). Conquanto as despesas condominiais constituam obrigação propter rem, o arrematante responde tão-somente pela dívida condominial posterior à assinatura do auto de arrematação ocorrida em sede de ação de cobrança proposta em face do antigo proprietário. Recurso parcialmente Provido. Quanto à responsabilidade pelas despesas de condomínio, de consignar-se que a obrigação pelas despesas condominiais reveste-se de natureza ***propter rem***, de sorte que o adquirente do imóvel assume os ônus por dívidas a ele relacionadas. Embora o vigente Código Civil reconheça o caráter ***propter rem*** da obrigação por despesas condominiais ao estabelecer que o adquirente responde pelos débitos do alienante relativos ao condomínio (art. 1.345), como faz o Código Tributário Nacional, dele se aparta ao não prever a sub-rogação do crédito condominial sobre o produto da arrematação. Acertadamente este Tribunal de Justiça tem entendido que o arrematante de unidade autônoma em condomínio por planos horizontais fica obrigado pelas despesas condominiais respectivas, ainda que anteriores à alienação judicial (32.ª Câm. Dir. Priv., Ap n.º 990.10.314026-5, rel. Des. Walter Zeni, j. 12.8.2010, v.u.; 35.ª Câm. Dir. Priv., Ap n.º 992.08.043201-7, rel. Des. Mendes Gomes, j. 9.8.2010, v.u.; 36.ª Câm. Dir. Priv., Ap n.º 990.09.334646-0, rel. Des. Arantes Theodoro, j. 12.8.2010, v.u.; 9.ª Câm. Dir. Priv., Ap n.º 994.04.021533-0, rel. Des. Viviani Nicolau, j. 29.6.2010, v.u.), o mesmo fazendo o Superior Tribunal de Justiça (4.ª Turma, REsp n.º 506.183-RJ, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 2.12.2003, v.u.; 3.ª Turma, REsp n.º 400.997-SP, rel. Min. Castro Filho, j. 6.4.2004, v.u.). No entanto, quando a execução é promovida pelo condomínio contra o condômino inadimplente, a situação é diversa. 'É que, sendo a expropriação executiva realizada justamente para resgatar os encargos condominiais vencidos explica HUMBERTO THEODORO JÚNIOR -, não é admissível que o condomínio continue com o direito de penhorar novamente o imóvel arrematado por terceiro. Em tal situação, parece claro que, havendo saldo devedor, não terá o condomínio como penhorar outra vez o imóvel cuja alienação ele próprio realizou. O arrematante, então, receberá o imóvel adquirido em juízo livre da responsabilidade pelo saldo não acobertado pelo preço apurado na alienação judicial.' (Curso de Direito Processual Civil, vol. II, n.º 871, pág. 353, Forense, 2009) Assim, o agravante não pode ser compelido a arcar com a dívida condominial anterior à alienação judicial, sendo o marco para a fixação da sua responsabilidade a assinatura do auto de

Acesso ao Sumário

arrematação, que a partir daí se considera perfeita, acabada e irretratável (CPC, art. 694, ***caput***).(TJSP, Agravo de Instrumento nº 2037921-71.2014.8.26.0000-8, Gilberto Leme)' Inviável, pois, a cobrança tal como pretendida. Intime-se".

Não há o que tirar ou acrescentar à fundamentação do que foi decidido quanto ao inconformismo do agravante com a r. decisão agravada que não acolheu as cobranças anteriores das despesas condominiais do arrematante.

O art. 686, V, do CPC, na redação que lhe deu a Lei 8.953, de 13 de dezembro de 1994, manda que do edital de hasta pública conste "menção a existência de ônus, recurso ou causa pendente sobre os bens a serem arrematados". Por *ônus* entenda-se qualquer restrição existente sobre o direito a ser exercido pelo eventual arrematante sobre o bem arrematado, quer pessoal quer real, levando-se em conta que "não constou do edital expressa ressalva quanto à existência de vultosa dívida que supera, em muito, o valor da arrematação (o que certamente, se houvesse sido mencionado, impediria que a venda se consumasse, dada a desproporção obtida), não se prestando a tanto a genérica observação de que o adquirente responderia por 'eventuais ônus'" (fl. 16 destes autos do agravo; fl. 413 dos autos principais).

Portanto, no caso vertente, não se há de falar em a cobrança das despesas condominiais do arrematante, tendo em vista que a arrematação é forma originária de aquisição da propriedade, não respondendo o arrematante por dívidas anteriores ao ato. Neste sentido, jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: "Ação de cobrança de cotas condominiais ora em fase de execução. Obrigação propter rem. Demanda proposta em face do promitente cessionário. Legitimidade passiva. Precedentes desta Corte e do C. STJ. Arrematação. Aquisição do direito e ação ao imóvel. Inexistência de impedimento para transferência da plena propriedade em razão da arrematação. Princípios da celeridade e da economia processual. Direito aquisitivo originário. O imóvel arrematado deve ser passado ao arrematante livre de qualquer ônus que incida sobre o imóvel. Decisão reformada. Recurso a que se dá provimento" (TJRJ - 5ª Câmara Cível - Agravo de Instrumento nº 0060959-15.2012.8.19.0000 - Relatora Desembargadora Claudia Telles de Menezes, j. 16.04.2013); tenha-se em conta o posicionamento da Ilustre Desembargadora Claudia Telles, da 5ª Câmara Cível do TJRJ, no julgamento do agravo supra mencionado, ao consignar que "considerando que a arrematação judicial é título aquisitivo originário, **entende esta relatoria que à hasta pública não podem sobreviver pendências que anteriormente tisnavam a propriedade plena, devendo o imóvel ser passado ao arrematante livre de qualquer ônus que incida sobre o imóvel**" (negritos meus); "BEM PENHORADO. ARREMATAÇÃO. CANCELAMENTO DA PENHORA. O BEM ARREMATADO SE TRANSFERE PARA O ARREMATANTE LIVRE DESTE ÔNUS. Tendo a aquisição judicial de bem caráter originário, o imóvel se transfere ao arrematante livre dos ônus da penhora, tanto quanto extingue a hipoteca, que é direito real,

Acesso ao Sumário

quando intimado da praça o credor hipotecário. Se assim não fora, situação esdrúxula ocorreria. Com a arrematação o imóvel passou à propriedade do arrematante. Se continuasse a incidir sobre ele a penhora, nova praça seria realizada e com a venda judicial, o bem sairia do patrimônio, não da executada, mas do novo proprietário, primeiro arrematante. Portanto, este é que garantiria, com seu patrimônio, execução sofrida pela executada. Agravo denegado" (TJRJ - 2ª Câmara Cível - Agravo de Instrumento nº 0023058-67.1999.8.19.0000 - Relator Desembargador Gustavo Adolpho Kuhl Leite, j. 11.05.1999).

Vê-se não merecer reparo a decisão atacada, a qual deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

Por conseguinte, nego provimento ao agravo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2216970-38.2015.8.26.0000, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que são agravantes BANCO DO PROGRESSO S/A (MASSA FALIDA) e OSMAR BRINA CORREA LIMA (SÍNDICO(A)), são agravados CONDOMÍNIO EDIFÍCIO ILHA DO GOVERNADOR, NEUZA ALVES PEREIRA e DULCINEIA APARECIDA PIM.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 36ª 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 24326)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores WALTER CESAR EXNER (Presidente sem voto), ARANTES THEODORO e PEDRO BACCARAT.

São Paulo, 18 de dezembro de 2015.

JAYME QUEIROZ LOPES, Relator

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - DESPESAS DE CONDOMÍNIO - PEDIDO DE JUSTIÇA GRATUITA FORMULADO POR INSTITUIÇÃO BANCÁRIA FALIDA - IMPOSSIBILIDADE MOMENTÂNEA DE DISPOR DE NUMERÁRIO PARA RECOLHER AS CUSTAS E DESPESAS DO PROCESSO - DIFERIMENTO DO PAGAMENTO PARA O FINAL DO PROCESSO. Agravo de instrumento parcialmente provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento extraído de embargos à arrematação, interposto contra a decisão de fls. 33, que, na parte que interessa, tem o seguinte teor:

"***Emende o embargante, no prazo de 10 (dez) dias, a petição inicial, regularizando sua representação processual (juntada do instrumento de mandato), recolhendo-se a despesa judicial respectiva, sob pena de indeferimento (art. 284, parágrafo único, do C.P.C.).***

No mesmo prazo, recolha o embargante as custas e despesas processuais, tendo em vista que o fato da pessoa jurídica ser falida, não é presunção absoluta para deferimento de gratuidade.

(...)

Anote-se a oposição dos presentes embargos nos autos principais (processo nº0002925-48.2008.8.26.0564 - nº de ordem: 191/2008).

Após, conclusos.

Int."

Tal decisão foi alvo de embargos de declaração, os quais tiveram a seguinte decisão:

"***Recebo a emenda da inicial (juntada do instrumento de mandato). Anote-se. No mais, a demanda proposta pelo embargante não está prevista no rol do art. 5º da Lei Estadual nº 11.608/2003, tampouco na Lei nº 11101/2005 para concessão do diferimento ao recolhimento das custas e despesas processuais. Outrossim, não há comprovação da momentânea impossibilidade financeira de pagar as custas e despesas processuais, tendo em vista que os documentos juntados não são atuais (datam mais de 10 anos - fls.76/79).***

Destarte, não há omissão, contradição ou obscuridade. Busca-se, em verdade, atribuir caráter infringente aos embargos, o que só se admite em situação excepcional, não evidenciada na espécie. Rejeito, pois, os declaratórios.

Int." (fls. 35)

Sustenta o agravante que comprovou que sua falência é deficitária, não tendo condições de arcar, neste momento, com custas e despesas processuais; que da data da expedição dos documentos que fundamentam o pedido de gratuidade, não houve alteração na sua condição de hipossuficiência econômica; que na hipótese de indeferimento da justiça gratuita, requer o diferimento do recolhimento de taxas e despesas judiciárias.

Às fls. 59 concedi efeito suspensivo ao recurso, que é tempestivo, não

Acesso ao Sumário

foi preparado (pedido de justiça gratuita) e foi respondido pelo Condomínio agravado às fls. 63/69 e pela agravada Dulcinéia às fls. 70/75, com preliminar de não conhecimento.

Não houve oposição ao julgamento virtual do recurso (fls. 76).

É o relatório.

Alega a recorrida Dulcinéia Aparecida Pim (fls. 70/75) que o presente recurso é intempestivo, uma vez que a oposição de embargos de declaração não suspende ou interrompe o prazo recursal para a interposição de agravo de instrumento, isto porque os embargos não são cabíveis contra decisão interlocutória. Alega ainda que mesmo que admitidos contra decisão interlocutória, os embargos de declaração foram rejeitados.

Razão não assiste à agravada Dulcinéia, pois "os embargos de declaração rejeitados pela inexistência de obscuridade, contradição ou omissão, na decisão embargada, interrompem o prazo para outros recursos. Nesse sentido: RSTJ 182/303" (THEOTONIO NEGRÃO, *in* Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, Saraiva, 46ª ed., p. 735, nota 2 ao artigo 538).

Ademais, cabem os embargos contra decisão interlocutória.

Assim, conheço do recurso.

É possível a concessão dos benefícios da justiça gratuita à pessoa jurídica, desde que fique comprovada sua impossibilidade financeira de arcar com os custos do processo.

Nesse sentido, aliás, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 481:

> "***Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais.***"

No caso concreto, o requerente teve sua falência decretada, de modo que é de se supor que não dispunha de dinheiro, momentaneamente, para o recolhimento das custas do processo. O fato de ter sido decretada a falência do agravante não o torna isento da taxa judiciária, mas possibilita o diferimento do recolhimento das custas para final.

O caso, então, pelo que entendo e já tive oportunidade de decidir (Agravo de Instrumento n° 1123676-0/8), não é de concessão dos benefícios da justiça gratuita, mas sim de diferimento do recolhimento das custas e despesas processuais para o final do processo.

Diante do exposto, dou provimento parcial ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2237208-78.2015.8.26.0000, da Comarca de Guararapes, em que são agravantes ROSANA BLANKERBURG e SERGIO BLANKENBURG JUNIOR, são agravados MAURICIO CAVAZZANA e MARIA APARECIDA ALMEIDA OSCALICES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 36ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.816)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores WALTER CESAR EXNER (Presidente) e MILTON CARVALHO.

São Paulo, 7 de janeiro de 2016.

PEDRO BACCARAT, Relator

Ementa: Agravo de Instrumento. Ação indenizatória fundada em acidente de veículo. Cumprimento de sentença. Penhora de bens móveis que guarnecem a casa dos Réus. Bem de família. Reconhecimento. A impenhorabilidade prevista nos artigos 1º e 2º, da Lei nº 8.009/90; e 649, II, do CPC, alcança todos móveis que guarnecem a residência da família, com exceção dos veículos de transporte, obras de arte e adornos suntuosos. Recurso provido.

VOTO

Vistos.

Cuida-se de agravo de instrumento tirado contra decisão que, em ação indenizatória, ora em fase de cumprimento de sentença, acolheu parcialmente a exceção de pré-executividade para manter a penhora sobre os bens móveis que guarnecem a casa, com exceção do televisor de 29 polegadas, considerado necessário à vida digna.

Agravam os Réus alegando que todos os bens móveis penhorados são de uso diário da família e indispensáveis à vida digna. Afirmam que são bens antigos e baratos que dificilmente despertarão interesse de eventuais arrematantes. Invocam o art. 1º, da Lei nº 8009/90, e o art. 649, II, do CPC.

Recurso preparado, tempestivo e respondido.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

A impenhorabilidade, nos termos do § único, do art. 1º, da Lei nº 8.009/90, se estende aos móveis que guarnecem a residência, com exclusão, prevista no art. 2º, dos veículos de transporte, obras de arte e adornos suntuosos. No mesmo sentido, o art. 649, II, do CPC só admite a penhora do mobiliário, pertenças e utilidades domésticas localizados na residência do devedor em duas hipóteses: (a) se o objeto for de grande valor; ou (b) se ultrapassar as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida.

No caso, a penhora recaiu sobre um televisor, um freezer, uma máquina de lavar roupa, um micro- ondas, um aparelho de telefone, um rack, um aparelho de dvd, um microcomputador, um cortador de grama e quatro aparelhos de ar-condicionado.

Trata-se de bens impenhoráveis, pois não se enquadram nas exceções acima previstas. Embora alguns dos bens não sejam indispensáveis à sobrevivência, a verdade é que garantem um mínimo de habitabilidade do imóvel e estão, portanto, amparadas pela Lei nº 8.009/90.

Nesse sentido: "*A Lei nº 8.009/90, ao dispor que são impenhoráveis os equipamentos que guarnecem a residência, inclusive móveis, não abarca tão-somente os indispensáveis à moradia, mas também aqueles que usualmente a integram e que não se qualificam como objetos de luxo ou adorno.*" (RSTJ 129/374); "*A impenhorabilidade compreende tudo o que, usualmente, se mantém em uma residência, e não apenas o indispensável para fazê-la habitável. Excluem-se apenas os objetos de arte e adornos suntuosos, além de veículos.*" (RSTJ 76/294). "*Não podem ser objeto de constrição judicial os móveis que guarnecem a casa destinada à moradia do casal ou entidade familiar. Excluem-se os veículos de transporte, as obras de arte e adornos suntuosos. Não há como ampliar essas exceções, com base em equivocado entendimento de que a impenhorabilidade só alcançaria o indispensável às necessidades básicas, ligadas à sobrevivência.*" (STJ - 3ª Turma, Resp 162.205-SP, rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJU 21.08.00).

Assim, a impenhorabilidade deve ser estendida aos demais bens, pois não se caracterizam como supérfluos ou suntuosos, antes são bens usualmente mantidos em um lar comum.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso para revogar a penhora dos bens descritos na certidão de fls. 26 (fls. 551 dos autos principais).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2100049-93.2015.8.26.0000, da Comarca de Piracicaba, em que é agravante

Acesso ao Sumário

LUIZ ALBERTO ZAMBELLO, é agravado CIA. PAULISTA DE FORÇA E LUZ.

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 19.557)**

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

São Paulo, 28 de janeiro de 2016.

FRANCISCO OCCHIUTO JÚNIOR, Relator

Ementa: Agravo de instrumento. Indenização. Cumprimento de sentença. Indeferimento de pedido de levantamento da penhora do crédito do exequente relativo aos honorários advocatícios de sua patrona. Indeferimento. Manutenção. Natureza alimentar do crédito de honorários não o equipara a crédito trabalhista. Privilégio geral e não especial. Decisão mantida. Recurso improvido.

VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento interposto por Luiz Alberto Zambello tirado contra a r. decisão aqui por cópia a fl. 11 - que, entre outras deliberações, em autos de ação de indenização por danos morais c/c pedido de tutela antecipada, em fase de cumprimento de sentença, indeferiu "o levantamento da penhora no rosto dos autos do crédito do exequente relativamente a verba honorária sucumbencial e contratual de sua patrona [30% do valor da condenação], e deixou consignado que "Tratando-se de concurso de credores, embora o STJ já tenha reconhecido a natureza alimentar dos créditos decorrentes de honorários advocatícios, estes não se equiparam aos créditos trabalhistas, causa jurídica da penhora no rosto dos autos".

Argumenta que "a manutenção do entendimento da MM. Juíza *a quo*, no sentido de considerar os honorários advocatícios como de menor importância do crédito trabalhista, resultaria em indevida violação ao princípio do par *conditio creditorum* e em chancela de uma desigual e indesejável situação fática, não se admitindo a sua sujeição os mesmos efeitos de valores que ostentam idêntica natureza jurídica - verba alimentar" (fl. 5 - *sic*).

Pretende a concessão do efeito suspensivo ao recurso e, a final, o seu

Acesso ao Sumário

provimento, para "conceder de plano a reserva de honorários advocatícios contratuais e sucumbenciais, nos termos do contrato e pedido de fls. XX, no valor de R$, com a expedição da respectiva guia para levantamento" (fl. 5 - *sic*).

Com a inicial vieram os docs. de fls. 7/79.

O despacho de fl. 81/82 concedeu efeito suspensivo ao recurso, solicitou informações, juntadas a fls. 89/91, e determinou a intimação da agravada para resposta, tendo decorrido o prazo sem manifestação, como certificado a fl. 96.

É o relatório do necessário.

Postula o recorrente a reforma de decisão que, em autos de ação de indenização por danos morais, em fase de cumprimento de sentença, indeferiu o pedido de levantamento da penhora no rosto dos autos do crédito do exequente relativamente à verba honorária sucumbencial e contratual de sua patrona (30% do valor da condenação), deixando consignado que "*Tratando-se de concurso de credores, embora o STJ já tenha reconhecido a natureza alimentar dos créditos decorrentes de honorários advocatícios, estes não se equiparam aos créditos trabalhistas, causa jurídica da penhora no rosto dos autos*" (fl. 11).

Diz o agravante que crédito de honorários advocatícios contratuais e sucumbências possui natureza alimentar e se equipara ao trabalhista.

No entanto, não assiste razão ao agravante. E muito não é necessário dizer.

Conquanto os honorários advocatícios relativos às condenações por sucumbência possuam natureza alimentar, o certo é que sua satisfação não prefere aos créditos trabalhistas, pois figura apenas com privilégio geral e não especial.

Nesse rumo já foi decidido e cujo acórdão esgota a matéria, que:

"...Com efeito, conquanto a verba dos honorários advocatícios possua natureza alimentar, sua satisfação não prefere aos créditos trabalhistas, visto que figura apenas com privilégio geral em concurso de credores, conforme prevê o art. 83, V, c, da Lei nº 11.101/05 ao estabelecer que constituem crédito com privilégio geral os assim definidos em outras leis civis e comerciais, salvo disposição contrário desta lei. E é o que ocorre no presente caso ao tratar do crédito oriundo de honorários advocatícios ante o previsto no art. 24 da Lei nº 8.906/94, sendo descabida, portanto, sua equiparação aos créditos trabalhistas, os quais possuem prioridade conferida pelo art. 83, I, da Lei nº 11.101/05.

Nesse sentido, é o entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS. NATUREZA ALIMENTAR. CONCURSO DE CREDORES. PREFERÊNCIA DOS CRÉDITOS TRABALHISTAS. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. ARTS. 186 E 187 DO CTN. 1. Embora o STJ já tenha reconhecido a natureza alimentar dos créditos decorrentes de honorários advocatícios, estes não se equiparam aos créditos

Acesso ao Sumário

trabalhistas. Precedentes: REsp. 1.068.838/PR, Segunda Turma, Relator Min. Mauro Campbell Marques, Rel. p/ acórdão Ministra Eliana Calmon, e REsp. 874.309/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques. 2. Recurso Especial não provido. (REsp 1269160/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/11/2012, DJe 19/12/2012)

RECURSO ESPECIAL. CRÉDITO TRABALHISTA. DIREITO DE PREFERÊNCIA. PENHORA. PRETENSÃO DO CREDOR TRABALHISTA DE LEVANTAR O PRODUTO DE ALIENAÇÃO DE BENS PENHORADOS EM EXECUÇÃO DE OUTRO CREDOR. POSSIBILIDADE. 1. O crédito trabalhista prefere a todos os demais, independentemente da existência de penhora na reclamação trabalhista. 2. Se em outra execução há alienação do bem penhorado, cede a preferência para atender ao credor trabalhista que goza da preferência das preferências. 3. A preferência de direito processual não tem a força para sobrepor-se à preferência de direito material. Precedentes. 4. Recurso especial conhecido, mas não provido. (REsp 1180192/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/03/2010, DJe 24/03/2010).

E este Colendo Tribunal de Justiça, inclusive, já decidiu:

'Despesas de condomínio. Execução. Concurso de créditos. Valor total da execução em torno de dois milhões de reais. Valor penhorado até agora de pouco mais de quatrocentos mil reais. Pedido dos antigos patronos de levantamento de todo o seu crédito, de mais de trezentos mil reais, alegando seu caráter alimentar. Descabimento. Preferência do crédito representado por despesas condominiais. Crédito de honorários sucumbenciais que não se equiparam ao trabalhista, sendo, portanto, de privilégio geral e não especial. Decisão mantida. Recurso improvido.' (Agravo de Instrumento nº 2088859-36.2015.8.26.0000, Rel. Des. Ruy Coppola, desta 32ª Câmara de Direito Privado, julgado em 18/06/2015).

'Concurso de credores. Crédito por honorários de advogado. Inocorrência de preferência relativamente ao crédito tributário. Art. 186 do CTN que confere tal privilégio exclusivamente aos créditos provenientes do trabalho assalariado ou da lei de acidente de trabalho. Recurso improvido.' (Agravo de Instrumento nº 0080074-27.2012.8.26.0000, Rel. Des. Arantes Theodoro, 36ª Câmara de Direito Privado, julgado em 26/07/2012).

Destarte, embora o crédito decorrente de honorários advocatícios possua natureza alimentar com privilégio geral (art. 24, Lei nº 8.906/94), descabe assegurar a reserva de valores obtidos com a arrematação do imóvel penhorado nos presentes autos para a satisfação deles em detrimento dos créditos trabalhistas pendentes, visto que estes têm preferência sobre todos os outros (art. 186 do CTN, e art. 83, da Lei n. 11.101/05), sendo de rigor

Acesso ao Sumário

a manutenção da r. decisão e todos os seus termos" (Agravo de instrumento nº 2165909-41.2015.8.26.0000, Relator Desembargador WALTER CESAR EXNER, C. 36ª Câmara de Direito Privado, j. 3.9.2015).

No mesmo rumo, o ilustre Desembargador RUY COPPOLA, desta C. Câmara, decidiu:

"*Despesas de condomínio. Execução. Concurso de créditos. Valor total da execução em torno de dois milhões de reais. Valor penhorado até agora de pouco mais de quatrocentos mil reais. Pedido dos antigos patronos de levantamento de todo o seu crédito, de mais de trezentos mil reais, alegando seu caráter alimentar. Descabimento. Preferência do crédito representado por despesas condominiais. Crédito de honorários sucumbenciais que não se equiparam ao trabalhista, sendo, portanto, de privilégio geral e não especial. Decisão mantida. Recurso improvido*" (grifei - Agravo de Instrumento nº 2088859-36.2015.0000, j. 18.6.2015).

Ainda: Agravo de instrumento nº 0006934-23.2013.8.26.0000, Relator Desembargador HAMID BDINE, C. 29ª Câmara, j. 5.2.2014.

É o que basta.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1096738-73.2013.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO, é apelada ADRIANE CRUZ DE SOUZA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22403)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JAMES SIANO (Presidente), MOREIRA VIEGAS E FÁBIO PODESTÁ.

São Paulo, 7 de dezembro de 2015.

JAMES SIANO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E ESTÉTICOS. Queda em supermercado em decorrência de grãos de arroz caídos no chão. Sentença de procedência para condenar a ré a compensar danos morais em R$ 20.000,00 e estéticos em R$ 5.000,00. Apela a ré sustentando inexistência de nexo de causalidade, por falta de desídia da apelante; ausência de dano moral indenizável; atendeu as necessidades da apelada assim que o acidente ocorreu; subsidiariamente, pela redução do "quantum". Descabimento. Queda nas dependências de supermercado em razão de grãos de arroz no chão. Autora teve que se submeter a duas cirurgias no joelho, fisioterapia, hidroterapia, além de ter perdido o aniversário de um ano da filha. Cicatrizes no joelho. Responsabilidade do fornecedor em manter o local livre de situações de risco. Nexo de causalidade presente. Sofrimento físico e psicológico que fundamenta a pretensão de dano moral. Valor arbitrado pela sentença (R$ 20.000,00) se afigura adequado. Também o importe devido a título de dano estético (R$ 5.000,00). Incidência dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Apelante não inovou o que já havia sido exposto nos autos e rebatido na sentença. Motivação da sentença adotada como fundamentação do julgamento em segundo grau. Adoção do art. 252 do RITJ. Recurso improvido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta em face da sentença de f. 127/132, que julgou procedente ação de indenização por danos morais e estéticos proposta por Adriane Cruz de Souza contra Cia Brasileira de Distribuição, para condenar a ré a pagar R$ 25.000,00 por danos morais e estéticos.

Apela a ré (f. 138/152), sustentando: (i) autora noticiou que no estabelecimento comercial da apelante sofreu uma queda devido a flocos de arroz espalhados pelo chão, tendo ficado 15 minutos nessa situação e após 30 minutos um veículo da prefeitura a levou para o hospital; (ii) teria sido submetido a duas cirurgias no joelho, além de passar por diversas sessões de fisioterapia e ficar com cicatrizes; (iii) também não pode realizar o aniversário da filha; (iv) inexistência de nexo de causalidade, por falta de prova da desídia da recorrente; (v) ausência de dano moral indenizável; (vi) apelante atendeu as necessidades

Acesso ao Sumário

da apelada assim que o acidente ocorreu; (vii) subsidiariamente, pela redução do "quantum".

Recurso recebido e respondido (f. 157/167).

É o relatório.

O recurso não merece provimento.

A sentença deve ser confirmada pelos seus próprios fundamentos, os quais ficam inteiramente adotados como razão de decidir, pelo improvimento do recurso.

O art. 252 do Regimento Interno deste Tribunal estabelece que "*Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la*".

Na Seção de Direito Privado desta Corte, o dispositivo regimental tem sido largamente utilizado por suas Câmaras[1].

O STJ[2] tem prestigiado este entendimento quando 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*".

Ainda de acordo com entendimento do próprio STJ[3], o que afasta eventual alegação de nulidade, "*o inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal determina que toda decisão judicial deve ser fundamentada. A jurisprudência do STJ admite que o magistrado adote a motivação de outra decisão ou parecer, desde que haja a sua transcrição no acórdão. É a chamada motivação ad relationem*".

---

1 Apelação 99406023739-8, Rel. Des. Elliot Akel, em 17/06/2010; AI 990101539306, Rel. Des. Luiz Antonio de Godoy, em 17/06/2010; Apelação 99402069946-8, Rel. Des. Paulo Eduardo Razuk, em 08/06/2010; Apelação 99405106096-7, Rel. Des. Neves Amorim, em 29/06/2010; Apelação 99404069012-1, Rel. Des. José Roberto Bedran, em 22/06/2010; Apelação 99010031478-5, Rel. Des. Beretta da Silveira, em 13/04/2010; Apelação 9940500973556, Rel. Des. James Siano, em 19/05/2010; Apelação 99401017050-8, Rel. Des. José Joaquim dos Santos, em 27/05/2010; Apelação nº 99404080827-0, Rel. Des. Alvaro Passos, em 17/09/2010; Apelação 99404073760-8, Rel. Des. Paulo Alcides, em 01/07/2010; AI nº 99010271130-7, Rel. Des. Caetano Lagrasta, em 17/09/2010; Apelação 99109079089-9, Rel. Des. Moura Ribeiro, em 20/05/2010; Apelação n° 990.10.237099-2, Rel. Des. Luiz Roberto Sabbato, em 30.06.2010; Agravo de Instrumento 99010032298-2, Rel. Des. Edgard Jorge Lauand, em 13/04/2010; Apelação 991.09.0841779, Rel. Des. Simões de Vergueiro, em 09/06/2010; Apelação 991000213891, Rel. Des. Paulo Roberto de Santana, em 09/06/2010; Apelação nº 99208049153-6, Rel. Des. Renato Sartorelli, em 01/09.2010; Apelação nº 992.07.038448-6, São Paulo, Rel. Des. Cesar Lacerda, em 27/07/2010; Apelação nº 99206041759-4, Rel. Des. Edgard Rosa, em 01/09/2010; Apelação nº 99209075361-4, Rel. Des. Paulo Ayrosa, em 14/09/2010; Apelação nº 99202031010-1, Rel. Des. Mendes Gomes, em 06/05/2010; Apelação nº 99010031067-4, Rel. Des. Romeu Ricupero, em 15/09/2010.

2 (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, Rei. Min. Castro Meira, j . de 21.11.2005; REsp n° 592.092-AL, 2ª Turma, Rei. Min. Eliana Calmon, j . 17.12.2004 e REsp n° 265.534- DF, 4ª Turma, Rei. Min. Fernando Gonçalves, j de 1.12.2003).

3 *Portal do Superior Tribunal de Justiça. STJ - O TRIBUNAL DA CIDADANIA. Matéria - "É nulo julgamento de apelação que apenas ratifica sentença sem transcrever os fundamentos". Matéria datada de 21/02/2013, mesma data do acesso.*

Acesso ao Sumário

O STF já decidiu que é possível adotar os fundamentos de parecer do Ministério Público para decidir, assim o tendo feito recentemente nas decisões proferidas nos RE 591.797 e 626.307, em 26.08.2010[4].

Consigna-se que a sentença apreciou as provas como se evidencia.

Transcreva-se, por oportuno:

Não restam dúvidas de que a relação jurídica estabelecida entre autora e a ré trata-se de consumerista, pois preenchidos os requisitos dos artigos 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor, atraindo a incidência desta Lei.

A ré presta serviço de comércio de produtos industrializados. Já a autora é o que se costuma denominar consumidor equiparado ("by stander"), ou seja, aquele indivíduo que não tendo relação jurídica direta com o fornecedor de serviços, acaba sofrendo eventuais prejuízos ocasionados pelo exercício de suas atividades: (...)

Dessa forma, a responsabilidade da ré, por força do Código de Defesa do Consumidor, é do tipo objetiva, baseada no risco, em que se mostra despicienda qualquer discussão sobre a culpa, sendo necessária apenas a demonstração da conduta do autor do fato, dos prejuízos e do liame causal entre estes danos e o fornecimento de serviços viciado.

Ademais, de acordo com o preceituado pelo artigo 6º, inciso VIII, da Lei 8.078/90, cabível a inversão do ônus da prova, desde que seja hipossuficiente o autor, ou sejam verossimilhantes as suas alegações.

Anoto que, no caso em tela, ambos os requisitos estão presentes, pois a autora está em patente desvantagem econômica e de acesso a informações sobre os serviços frente à ré, bem como, segundo o colhido nos presentes autos, mostram-se plausíveis os seus argumentos.

Fixadas tais premissas, observo que conforme atestam os elementos constantes dos autos, aliás não impugnados tempestivamente pela requerida, houve, efetivamente, um acidente nas dependências da requerida (fls. 18/19), ocasionado por grãos de arroz espalhados pelo chão, com produção de ferimentos na autora.

Em relação à conduta do requerido, esta se traduz em uma omissão, uma vez que deixou de manter o chão de seu estabelecimento em situação segura de uso, expondo a riscos não só a autora, mas milhares de outros consumidores que passam por ali todos os dias.

Por fim, o nexo de causalidade é evidente, na medida em que os danos sofridos pela autora, comprovados pela farta documentação (fls. 18/82), são decorrentes do acidente provocado pela ré.

Portanto, inexistem dúvidas acerca da responsabilidade da requerida

Acesso ao Sumário

4 *"Acompanho na íntegra o parecer da douta Procuradoria-Geral da República, adotando-o como fundamento desta decisão, ao estilo do que é praxe na Corte, quando a qualidade das razões permitem sejam subministradas pelo relator (Cf. ACO 804/RR, Relator Ministro Carlos Britto, DJ 16/06/2006; AO 24/RS, Relator Ministro Maurício Corrêa, DJ 23/03/2000; RE 271771/SP, Relator Ministro Néri da Silveira, DJ 01/08/2000)".*

pelas consequências enfrentadas pela autora.

Ressalto que a ré não comprovou a existência de qualquer fato imputável à autora pelos danos causados, ou fato de terceiro, caso fortuito ou força maior, não inseridos dentro do risco de sua atividade.

Nesse sentido, não há que se alegar a culpa concorrente do consumidor, pois inexigível que a autora tomasse mais cuidado do que o habitual para andar pelos corredores do supermercado.

Ressalto que a autora, como já referido, ficou com cicatrizes, todavia a de dúvidas, são agressivas à visão, causando repugnância à própria requerente em relação ao seu corpo, sensação esta a perdurar no tempo, configuradoras dos denominados danos estéticos, cuja autonomia vem sendo reconhecida pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, nos seguintes termos: (...).

Considerando que as cicatrizes estão situadas em local do corpo geralmente coberto por vestimenta, e os tamanhos delas, que não se mostram de especial relevância, suficiente que o importe reparatório seja determinado em R$ 5.000,00.

Por outro lado, o dano moral, independe de demonstração efetiva do abalo psicológico da vítima, bastando a comprovação da existência de um fato que, diante da vida em sociedade, normalmente levaria a sua ocorrência. É o que se costuma denominar dano "in re ipsa", ou seja, que emerge da natureza do ilícito praticado.

Percebe-se que os prejuízos alegados não configuram meras frustrações corriqueiras, de menor importância, mas efetivos danos morais, que devem ser integralmente indenizados.

Ora, a autora permaneceu por vários dias internada em estabelecimento hospitalar, inclusive com intervenção cirúrgica, bem como passou por longo período de reabilitação com diversas sessões de fisioterapia, sendo evidente a gravidade dos sentimentos negativos psíquicos a ela decorrentes de tais fatos. Some-se a isso o fato da autora ter sido privada de realizar o aniversário de sua filha.

Quanto à fixação do valor da indenização por danos morais, no esteio do pensamento de Sérgio Cavalieri Filho, tenho que no caso "sub judice", deve obedecer aos seguintes parâmetros: 1) reprovabilidade da conduta ilícita; 2) intensidade e duração do sofrimento experimentado; 3) a gravidade do fato e sua repercussão; 4) a situação econômica do ofensor e o grau de sua culpa (cf. "Programa de responsabilidade civil". 9ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010. p. 98).

Mostra-se imperioso, ademais, que a quantia tenha uma finalidade punitiva e de desestímulo à reiteração da mesma conduta pela própria ré e mesmo pelos demais atores sociais. Há uma efetiva função pedagógica que não pode ser desprezada. Além disso, o montante não pode ser estabelecido em patamar que represente o enriquecimento ilícito do ofendido. Dessa maneira, com base em tais paradigmas, no

Acesso ao Sumário

caso concreto, suficiente a indenização no montante de R$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Cabe acrescentar ser irrefutável a ocorrência do evento (queda), o nexo de causalidade (grãos de arroz no chão do corredor) e o dano (moral), conforme se depreende dos autos, razão por que configurada está a responsabilidade civil.

A responsabilidade da ré se origina da situação de perigo em que se encontrava o local do acidente e da demora para o devido atendimento da autora, lesionada pela queda.

O sofrimento e o constrangimento pelos quais passou a autora motivam a compensação de ordem moral. Salienta-se que foi necessário que se submetesse a duas cirurgias de joelho (f. 21, 31 e 60), fisioterapia e hidroterapia (f. 73), além da perda do aniversário de um ano da filha (f. 73).

Mas, não obstante o grau de subjetivismo que envolve o tema da fixação da indenização, uma vez que não existem critérios determinados e fixos para a quantificação do dano moral a compensação deve ser fixada em montante que possa penalizar a conduta negligente do ofensor, sem constituir enriquecimento indevido.

Assim, a indenização deve ser fixada em termos razoáveis, devendo o arbitramento operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa e ao porte financeiro das partes.

Diante desse cenário, soa razoável a indenização fixada pelo Juízo "a quo" em R$ 20.000,00 a título de danos morais e R$ 5.000,00 a título de danos estéticos. Incidentes os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Outros fundamentos são dispensáveis diante da repetição integral dos que foram deduzidos na sentença, para evitar inútil e desnecessária repetição.

Diante da acertada decisão de primeiro grau, conclui-se que a sentença não merece qualquer reparo.

Quanto ao procedimento ora adotado há precedente do STJ sobre o assunto:

"Se o apelante se restringe a repetir os argumentos enfrentados pela sentença, é lícito ao segundo grau "manter a sentença por seus fundamentos", se com eles concordar, mas não estará autorizado, somente por isso, a não admitir o apelo"[5].

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

Acesso ao Sumário

5 Resp 256189/SP - Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira - 4ª Turma - STJ

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1072877-87.2015.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante WINDSOR INVESTIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA., é apelada MÔNICA DE SOUZA BIASOTTO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.586)**

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

São Paulo, 7 de dezembro de 2015.

VITO GUGLIELMI, Relator

Ementa: ILEGITIMIDADE DE PARTE. PASSIVA. INOCORRÊNCIA. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. IMÓVEL. RESTITUIÇÃO DE CORRETAGEM E TAXA SATI. RÉ PROMITENTE VENDEDORA DO BEM. INDISCUTIVELMENTE, RESPONDE PELA TOTALIDADE DOS VALORES PAGOS NA OCASIÃO, AINDA QUE PARTE DELES TENHA SIDO DESTINADA A TERCEIROS. PRELIMINAR REJEITADA.

COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. IMÓVEL. PRETENDIDA REPETIÇÃO DO VALOR PAGO A TÍTULO DE COMISSÃO DE CORRETAGEM E TAXA SATI. CASO QUE INDICA O CUMPRIMENTO DO OBJETO DO CONTRATO DE INTERMEDIAÇÃO, COM A APROXIMAÇÃO ÚTIL DAS PARTES E CELEBRAÇÃO DA PROMESSA DE VENDA E COMPRA. DESCABIMENTO DA PRETENSÃO ATINENTE À DEVOLUÇÃO DA COMISSÃO DE CORRETAGEM. ALTERAÇÃO NESSA PARTE DA DECISÃO. TAXA 'SATI', ENTRETANTO, QUE, À MÍNGUA DE ESPECIFICAÇÃO DA CONTRAPRESTAÇÃO ESTÁ A SUGERIR 'BIS IN IDEM' EM RELAÇÃO AOS SERVIÇOS DE CORRETAGEM. COBRANÇA, OUTROSSIM,

Acesso ao Sumário

DE VALOR A TÍTULO DE TAXA DE ANUÊNCIA À CESSÃO DE DIREITOS QUE SE REVELOU INDEVIDA. SENTENÇA REFORMADA EM PARTE. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA RECONHECIDA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

1. Trata-se de recurso, tempestivo e bem processado, interposto contra sentença que julgou procedente ação declaratória cumulada com pleito de repetição do indébito ajuizada por Mônica de Souza Biasotto em face de Windsor Investimentos Imobiliários Ltda.

A autora sustenta, em breve síntese, que firmou promessa de venda e compra de imóvel com a ré, sendo que o contrato continha cláusulas abusivas, determinando o pagamento de valores que reputa indevidos. Requer, assim, a devolução do montante gasto a título de corretagem, taxa SATI e taxa de transferência.

O Juízo (fls. 191/192, considerando que os serviços de corretagem não eram necessários diante do comparecimento espontâneo da autora no *stand* de vendas da requerida, que a taxa SATI não está bem especificada no contrato, bem como que a cláusula que determina o pagamento de taxa de transferência é abusiva, julgou procedente a demanda para determinar a devolução, simples, dos valores pagos pela autora a título de comissão de corretagem, taxa SATI e taxa de transferência.

Opostos embargos de declaração pela ré (fls. 194/197), foram eles rejeitados (fls. 198).

Inconformada, apela a demandada (fls. 200/221). Preliminarmente, argui sua ilegitimidade passiva quanto à devolução dos valores pagos a título de corretagem e de taxa SATI, uma vez que direcionados a terceiros. No mérito, argumenta sobre a impossibilidade de devolução da comissão de corretagem e serviços de assessoria técnica imobiliária, posto que os serviços de intermediação foram devidamente prestados à adquirente. Quanto à taxa de transferência, destaca haver cláusula contratual expressa determinando seu pagamento pelo comprador. Conclui pela improcedência da demanda.

O recurso foi recebido (fls. 225), processado e contrariado (fls. 227/239).

Intimadas as partes para manifestação acerca da possibilidade de julgamento virtual, quedaram-se inertes (fls. 243).

É o relatório.

2. De saída, tenho que a preliminar arguida pela ré não colhe.

Quanto à alegada ilegitimidade passiva, cabe consignar que - ao contrário

Acesso ao Sumário

do que afirma a demandada -, ela ostenta legitimidade para figurar no polo passivo da relação processual para discussão de valores relativos à intermediação das vendas e à cobrança da taxa SATI, pois tendo figurado no contrato firmado com a autora na qualidade de promitente vendedora, responde indiscutivelmente à totalidade dos valores pagos como parte, e em consequência, do negócio celebrado.

Rejeita-se, portanto, a alegação.

Quanto ao mérito, cuida-se de ação que visa à restituição dos valores adimplidos a título de corretagem, taxa SATI e taxa de transferência. Julgada procedente, sobreveio o presente recurso, que está a merecer parcial acolhida.

Primeiramente, não era mesmo o caso de se falar na devolução dos valores pagos a título de corretagem.

Segundo informa a autora, adquiriu unidade habitacional e, na oportunidade, já efetuou o pagamento da comissão de corretagem, no importe de R$ 82.793,44 (oitenta e dois mil, setecentos e noventa e três reais e quarenta e quatro centavos).

Sustenta que não contratou o serviço mencionado, tendo tão somente comparecido ao *stand* de vendas da requerida. Alega ainda que as cláusulas que imputam aos compradores o pagamento do encargo são abusivas, pois elaboradas em afronta aos ditames do Código de Defesa do Consumidor, caracterizando 'venda casada'. Dessa forma, pleiteia a devolução do montante dispendido.

Atente-se, porém, que embora a autora sinalize que arcou indevidamente com a contratação, afere-se dos autos que, na data da aquisição, celebrou contrato intitulado "Contrato de Corretagem Imobiliária" (fls. 178/182) e já efetuou o pagamento do serviço prestado. Aliás, da análise da planilha de fls. 68 observa-se que a totalidade dos valores desembolsados foi diretamente paga a quem intermediou a negociação. Logo, evidente que a transação não era desconhecida.

Lembre-se que, nos termos do artigo 725 do Código Civil, "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".

E conforme preleciona M. HELENA DINIZ (*Código Civil Anotado*, 12ª Ed., São Paulo, Saraiva, 2006, p. 587):

> "***O corretor tem direito à remuneração se aproximou as partes e elas acordaram no negócio, mesmo que, posteriormente, se modifiquem as condições ou o negócio venha a ser rescindido ou desfeito, inclusive por arrependimento de qualquer dos contratantes (RT, 288:799, 262:265 e 280, 590:101, 680:202, 263:508, 203:494, 465:180, 712:220; Ciência Jurídica, 70:122 e 353, 69:107; RSTJ, 51:191, 90:109; EJSTJ, 12:68; RJTJSP, 131:99, 127:41)***".

Acesso ao Sumário

E 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 - cumprido com o objeto do contrato de corretagem, levando às partes a celebrarem o contrato de promessa de compra e venda do imóvel, a comissão era mesmo devida, independentemente até mesmo de posterior desfazimento do negócio jurídico, razão pela qual despropositada a pretensão.

Aliás, nesse sentido, recentemente, a jurisprudência desta Corte assim decidiu:

> "***MEDIAÇÃO - Comissão - Cobrança - Compra e Venda - Rescisão - Comprador que assumiu a obrigação de pagar a comissão mesmo diante de rescisão do negócio intermediado - Devolução da importância paga - Impossibilidade - Sentença reformada - Recurso provido.***". (TJSP - Ap. Cível nº 103.122.7-0/3 - São Paulo - 35ª Câmara de Direito Privado - Rel. Melo Bueno j. 29/08/08).
>
> "***Embargos Infringentes - Rescisão Contratual - Compromisso de Compra e Venda - Pretensão ao prevalecimento do voto vencido - Improcedência - Irresignação decorrente da má interpretação do v. acórdão - Verba de corretagem devida mesmo com o desfazimento do negócio - Restituição do valor pago a cargo do promitente vendedor - Entendimento equivocado do recorrente - Embargos rejeitados.***" (TJSP - Emb. Infring. nº 529.528.450-2 - Piracicaba - 8ª Câmara de Direito Privado - Rel. Joaquim Garcia - j. 08/10/08).

Portanto, o valor pago a título de comissão para terceiro que atuou na intermediação do negócio (seja *na qualidade de corretor, seja como prestador de serviço*) não está a comportar devolução.

Como explica C. L. BUENO DE GODOY (in A. C. PELUSO [coord.], *Código Civil Comentado*, Barueri, Manole, 2007, p. 587), "*na corretagem imobiliária, ter-se-á evidenciado o proveito da aproximação sempre que as partes tiverem firmado, se não a escritura de venda e compra, uma promessa ou, simplesmente, um recibo de sinal ou equivalente*".

Acesso ao Sumário

Por sinal, ainda que a autora sinalize que não foi o terceiro responsável pela aproximação (entre comprador e vendedor), é evidente que após seu comparecimento ao *stand* de vendas foi este terceiro o responsável pela apresentação do empreendimento e consequentemente quem levou a celebração do negócio, de forma que a comissão de corretagem era mesmo devida.

Aliás, e recentemente, isso manifestei ao decidir matéria idêntica por ocasião do julgamento da Apelação Cível nº 0035867-58.2012.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, julgada em 27.06.2013.

De outro lado, quanto à cobrança do chamado *SATI - Serviço de Assessoria Técnico-Imobiliária*, no montante de R$ 14.859,32 (fls. 68), comporta mesmo

devolução. Isso porque, não havendo sido especificado o seu alcance, de forma diferenciada em relação aos serviços prestados pelos corretores, sua exigência constitui verdadeiro *bis in idem* em relação à comissão - esta, como acima afirmado, efetivamente devida -, sendo de rigor a manutenção da condenação da ré à sua devolução em valor singelo, ante a inexistência de má-fé.

Aliás, esta Câmara pacificou o entendimento nesse sentido (cf.: Apelação Cível nº 0145152-90.2011.8.26.0100, da Comarca da Capital, Rel. Paulo Alcides, j. 30.08.2012; Apelação Cível nº 0145194-42.2011.8.26.0100, da Comarca da Capital, Rel. Alexandre Lazzarini, j. 06.09.2012; e Apelação Cível nº 025082-16.2011.8.26.0562, da Comarca de Santos, Rel. Fortes Barbosa, j. 28.06.2012), de forma que descabe mesmo qualquer rediscussão sobre a abusividade encerrada por tal cobrança.

Por fim, bem andou o julgador ao determinar a restituição, de forma simples, do valor despendido a título de 'taxa de anuência' para a cessão contratual.

Isso porque dúvida não há em relação à abusividade de cláusula que condiciona a transferência de direitos e obrigações decorrentes do instrumento firmado ao pagamento de uma taxa em favor da promitente vendedora, no percentual de 3% (três por cento) sobre o valor total da venda (15.1 - fls. 57), a título de taxa de transferência e pela anuência da cessão.

É que embora se reconheça que eventuais alterações no curso da negociação importam na adoção de providências junto à vendedora (*consistentes na atualização de cadastros, análise de perfil e até mesmo de crédito em relação aos terceiros cessionários*), forçoso reconhecer que tais procedimentos não se traduzem em atividades complexas. Ademais, evidente que fazem parte da rotina empresarial e não justificam a cobrança de valor, razão pela qual de rigor a manutenção da condenação da ré à devolução simples do valor dispendido pela autora a esse título.

Nesse sentido:

"***Apelação - Ação declaratória de nulidade de cláusula contratual - Improcedência - Controvérsia a respeito da previsão do pagamento de uma taxa de transferência, correspondente a 3% do valor do contrato, para anuência da incorporadora à cessão dos direitos da proposta pelo compromissário comprador originário - Mitigação do princípio do pacta sunt servanda - Abusividade da cláusula reconhecida por ofensa ao art. 51, IV do CDC - Precedentes do Tribunal - Ausência de indícios da insolvabilidade dos terceiros adquirentes - Adimplemento do comprador originário de mais de metade do valor do imóvel - Anuência da incorporadora como consequência do reconhecimento da nulidade - Provimento para julgar procedente a ação.***" (TJSP - Ap. Cível nº

Acesso ao Sumário

0046659-50.2011.8.26.0562 - Santos - 4ª Câmara de Direito Privado - Rel. Enio Zuliani - j. em 04.04.2013).

"***COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL - Ação declaratória de nulidade de cláusula contratual c.c. pedido de restituição de indébito - Apelante que se insurge contra a cobrança da taxa de anuência correspondente a 3% do valor do contrato em caso de cessão de direitos do comprador a terceiro - Despesas administrativas inerentes à própria atividade da vendedora que não justificam a cobrança - Reconhecimento da abusividade de cláusula inserida em contrato de adesão (art. 51 do CDC) - Apelante titular de direitos e obrigações contratuais que podem ser transferidos sem qualquer ônus ou anuência da apelada - Devolução em dobro dos valores cobrados a maior, nos termos do art. 42 do CDC - Descabimento - Ausência de prova de má-fé na cobrança - Recurso parcialmente provido para declarar nula a cláusula contratual 14.2 e condenar a apelada na devolução da taxa de anuência cobrada no valor de R$ 6.180,62, de forma simples, com correção monetária calculada pela Tabela do E. TJSP, desde o desembolso e juros moratórios de 1% ao mês a partir da citação, com inversão do ônus da sucumbência.***" (TJSP - Ap. Cível nº 0703171-29.2012.8.26.0704 - São Paulo - 7ª Câmara de Direito Privado - Rel. Mendes Pereira - j. em 08.05.2013).

"***Venda e compra de imóvel. Aditamento. Taxa de Anuência. Concessão da tutela antecipada para afastar a cobrança. Cessão condicionada pela vendedora ao pagamento de taxa de cessão. Tutela bem deferida. Ausência de impedimento legal ou contratual à pretendida alteração. Recurso improvido.***" (TJSP - Ap. Cível nº 0154006-14.2013.8.26.0000 - Guarulhos - 4ª Câmara de Direito Privado - Rel. Maia da Cunha - j. em 17.10.2013).

Por sinal, e recentemente, isso igualmente manifestei por ocasião do julgamento da Apelação Cível nº 0004597-52.2013.8.26.0100, da Comarca de São Paulo.

Nada mais é preciso dizer.

Destarte, em resumo, dá-se parcial provimento ao recurso da requerida tão somente para afastar a condenação à devolução dos valores pagos a título de comissão de corretagem, ficando mantida a r. sentença em seus ulteriores termos.

Com o resultado, fica reconhecida a sucumbência recíproca, devendo cada parte arcar com as custas que desembolsou e com os honorários dos seus respectivos patronos.

3. Nestes termos, dá-se parcial provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1051910-89.2013.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado RAFAEL LUIZ DURAN, é apelado/apelante QUADRA 150 EMPREENDIMENTO IMOBILIÁRIO SPE LTDA.

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 do autor e negaram provimento ao da ré. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.168)**

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

São Paulo, 9 de dezembro de 2015.

BERETTA DA SILVEIRA, Relator

Ementa: COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. Inaplicabilidade da cláusula de tolerância de 180 dias prevista no contrato, visto que a ré deixou de demonstrar caso fortuito, força maior ou outra circunstância que escapasse do seu âmbito de conhecimento e previsibilidade. Purgação da mora no momento em que as chaves foram disponibilizadas ao comprador, e não com a expedição do Habite-se. Atraso verificado entre novembro de 2011 e abril de 2014. Lucros cessantes devidos no patamar de 0,6% ao mês sobre o preço atualizado do imóvel, independentemente de sua destinação. Restituição dos valores desembolsados a título de condomínio, IPTU e correção monetária durante o período de atraso, diante do congelamento do saldo devedor. Depósito efetuado nos autos foi suficiente para quitar a dívida, ao contrário da alegação feita pela ré em apelação. Devolução das quantias pagas a título de corretagem e taxa SATI. Aplicação dos Enunciados nºs 38-1, 38-2, 38-3, 38-5, 38-7 e 38-8 aprovados por esta 3ª Câmara de Direito Privado. Danos morais arbitrados em R$10.000,00, corrigidos desde o

Acesso ao Sumário

arbitramento e com juros de 1% ao mês desde o primeiro dia de atraso (evento danoso). Outorga de escritura pública indevida, eis que o pedido não foi contemplado na inicial (art. 264 do CPC). Danos materiais corrigidos desde o desembolso (Súmula nº 43 do STJ) e com juros a partir da citação. Ônus da sucumbência atribuído à ré (art. 21, parágrafo único, CPC). Honorários advocatícios arbitrados em 15% sobre o valor da condenação, com base nos critérios elencados pelo art. 20 do CPC. RECURSO DO AUTOR PARCIALMENTE PROVIDO. RECURSO ADESIVO, DA RÉ, DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra sentença de fls. 532/536, da lavra da i. magistrada Elaine Faria Evaristo, de relatório adotado, que **JULGOU PARCIALMENTE PROCEDENTE** a ação de obrigação de fazer cumulada com pedido indenizatório ajuizada por RAFAEL LUIZ DURAN em face de QUADRA 150 EMPREENDIMENTO IMOBILIÁRIO SPE LTDA.

Apela o autor pleiteando (i) o pagamento de lucros cessantes a partir da data prevista em contrato para entrega da obra (novembro/2011) até sua efetiva disponibilização (abril/2014); (ii) arbitramento de danos morais em R$ 30.000,00; (iii) a restituição dos valores pagos a título de corretagem e taxa SATI; (iv) o ressarcimento pela importância desembolsada com condomínio, IPTU e correção monetária durante o período de mora da vendedora; e (v) a inversão do ônus sucumbencial.

Apela também a ré alegando (i) que o valor depositado pelo autor não foi suficiente para quitar a dívida; e (ii) que os lucros cessantes são inaceitáveis, haja vista a destinação residencial atribuída ao imóvel.

Foram apresentadas contrarrazões às fls. 591/619 e 635/646, respectivamente.

É o relatório.

A sentença padece de reforma.

Cuida-se de ação ajuizada para condenar a ré, empresa do ramo imobiliário, por danos morais e materiais decorrentes de suposto atraso na entrega de empreendimento por ela comercializado, o qual engloba a unidade adquirida pelo autor.

O feito foi julgado parcialmente procedente para o fim de declarar atraso de 18 dias na entrega do imóvel e, por consequência, condenar a empresa ré a pagar ao autor indenização por lucros cessantes (no patamar de 0,5% ao mês

Acesso ao Sumário

sobre o valor atualizado do contrato).

O *decisum* foi impugnado pelos litigantes.

Como pressuposto para a análise da controvérsia, deve-se delimitar o período de atraso na entrega da unidade adquirida pelo autor.

No contrato de compromisso de compra e venda celebrado entre as partes, o dia previsto para o término das obras era 30 de novembro de 2012, com tolerância máxima de 180 dias (Cláusula 9.1 - fls. 66), o que poderia estender o prazo para 30 de maio de 2013.

Sobre a validade da cláusula de tolerância, o Enunciado nº 38-2, aprovado por esta 3ª Câmara de Direito Privado, estabelece que: "*É válido 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 fortuito externo ocorrido dentro do prazo inicial previsto para a entrega da unidade*"[1].

Cabe à construtora, portanto, comprovar justo motivo para acionamento da cláusula, o qual deve escapar do âmbito de controle e previsibilidade da empresa especializada no ramo imobiliário, constituindo hipótese de caso fortuito ou força maior.

A respeito do tema, pacificou esta C. Câmara o entendimento de que "*Não constitui hipótese de caso fortuito ou 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*"[2] (Enunciado nº 38-1).

Neste particular, não demonstrou a empresa pretexto plausível para que a cláusula de tolerância fosse ativada. Com isso, deve-se considerar apenas o limite contratualmente previsto para a entrega do imóvel, isto é, o dia 30 de novembro de 2012.

---

1 **Precedentes**: Embargos Infringentes nº 1007973-81.2013.8.26.0309, Relator: Donegá Morandini; Apelação Cível nº 0220635-29.2011.8.26.0100, Relator: Egidio Giacoia; Apelação Cível nº 1013814-05.2013.8.26.0100, Des. Viviani Nicolau; Apelação Cível nº 1026767-98.2013.8.26.0100, Relator: Carlos Alberto de Salles; Apelação Cível n° 0196696-20.2011.8.26.0100, Relator: Beretta da Silveira; Apelação Cível nº 1012616-30.2013.8.26.0100, Relator: Beretta da Silveira; Apelação Cível nº 0230015-47.2009.8.26.0100, Relator: Beretta da Silveira, Apelação Cível nº 1023899-50.2013.8.26.0100, Relator: Viviani Nicolau; Apelação Cível nº 0221752-55.2011.8.26.0100, Relator: Viviani Nicolau.

2 **Precedentes**: Apelação Cível nº 4018104-67.2013.8.26.0114, Relator: Donegá Morandini; Apelação Cível nº 0150269-8.2012.8.26.0010, Relator: Carlos Alberto de Salles; Apelação Cível nº0196696-20.2011.8.26.0100, Relator: Beretta da Silveira; Apelação Cível nº 0041360-05.2012.8.26.0224, Relator: Beretta da Silveira; Apelação Cível nº 0239052-69.2007.8.26.0100, Relator: Viviani Nicolau; Apelação Cível nº 0134656-16.2008.8.26.0000, Relator: Egidio Giacoia. Apelação Cível nº 1042262-51.2014.8.26.0100, Relator: Viviani Nicolau, Apelação Cível nº 4009407-71.2013.8.26.0562, Relator: Viviani Nicolau; Apelação Cível nº 0189362-32.2011.8.26.0100, Relator: Alexandre Marcondes, Apelação Cível nº 0000059-83.2011.8.26.0654, Relator: Alexandre Marcondes.

Acesso ao Sumário

A efetiva disponibilização da unidade imobiliária, no entanto, não ocorreu conforme acordado. As obras tiveram seu término adiado e, apesar de o Habite-se ter sido expedido em junho de 2013, as chaves do apartamento foram disponibilizados em abril de 2014.

Nos termos do Enunciado nº 38-8, "*A expedição do habite-se, quando não coincidir com a imediata disponibilização física do imóvel ao promitente comprador, não afasta a mora contratual atribuída à vendedora, que subsiste até a efetiva entrega das chaves da unidade*"[3].

Perceptível, então, que a purgação da mora da vendedora ocorreu em abril de 2014, quando as chaves foram disponibilizadas. O atraso perdurou de novembro de 2012 até esta data, totalizando 17 meses.

Esta constatação permite o exame mais aprofundado dos pleitos contemplados nas apelações.

Os lucros cessantes, decorrentes da impossibilidade de se usufruir economicamente do imóvel enquanto este não for devidamente liberado, são devidos independentemente da destinação que lhe é conferida. De acordo com o Enunciado nº 38-5 desta C. Câmara, "*Descumprido o prazo para a entrega do imóvel objeto do compromisso de venda e compra, é cabível a condenação da vendedora por lucros cessantes, havendo a presunção de prejuízo do adquirente, ainda que não demonstrada a finalidade negocial da transação*"[4].

Levando em conta os precedentes desta Turma Julgadora, o percentual que deve ser adotado é o de 0,6% ao mês, calculado com base no preço atualizado do imóvel[5].

Também em decorrência da mora, deve o autor ser restituído pelos valores pagos a título de condomínio, IPTU e correção monetária durante o atraso verificado. Pelo Enunciado nº 38-7, "*Descumprido o prazo para a entrega do imóvel objeto do compromisso de venda e compra, admite- se o congelamento do saldo devedor, afastada a incidência de qualquer encargo a contar da mora*

Acesso ao Sumário

3 Precedentes: Apelação Cível nº 1005394-11.2013.8.26.0100, Des. Donegá Morandini; Apelação Cível nº 1058214-07.2013.8.26.0100, Des. Viviani Nicolau; Apelação Cível nº 1044259-06.2013.8.26.0100, Des. Donegá Morandini; Apelação Cível nº 0186548-13.2012.8.26.0100, Des. Carlos Alberto de Salles, Apelação Cível nº 1042262-51.2014.8.26.0100, Des. Viviani Nicolau; Apelação Cível nº 1012616-30.2013.8.26.0100, Relator: Beretta da Silveira; Apelação Cível nº 4005677-38.2013.8.26.0114, Relator: Beretta da Silveira; Apelação Cível nº 1103186-62.2013.8.26.0100, Relator: Beretta da Silveira.

4 **Precedentes**: Apelação Cível nº 0150269-28.2012.8.26.0100, Relator: Carlos Alberto de Salles; Apelação Cível nº 1023899-50.2013.8.26.0100, Relator: Viviani Nicolau; Apelação Cível nº 1005394-11.2013.8.26.0100, Relator: Donegá Morandini; Apelação Cível nº 10046623-48.2013.8.26.0100, Relator: Viviani Nicolau; Apelação Cível nº 0005794-48.2012.8.26.0562, Relator: Donegá Morandini; Apelação Cível nº 4016888-85.2013.8.26.0562, Relator: Viviani Nicolau.

5 **Precedentes**: Apelação nº 0027473-90.2012.8.26.0114, 3ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. Carlos Alberto de Salles, j. 10/03/2015; Apelação nº 0039735-41.2012.8.26.0577, 3ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. Donegá Morandini, j. 11/03/2015.

da vendedora"[6].

Diante do congelamento do saldo devedor, depreende-se que o valor depositado pelo autor foi suficiente para quitar a dívida e o saldo devedor. Não subsiste a impugnação efetuada pela ré no recurso adesivo, visto que a importância por ela acastelada leva em conta justamente a atualização monetária da dívida.

Prosseguindo, a quantia dispensada para o pagamento de corretagem e taxa SATI é outra que deve ser devolvida ao autor. O Enunciado nº 38-3 preceitua: "*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*"[7].

Em relação ao pedido de danos morais, esta Relatoria tem muitas vezes se pronunciado contra o arbitramento de indenização embasada em mero inadimplemento contratual, quando não há interferência na vida pessoal do requerente ou prejuízo efetivo aos seus direitos da personalidade.

Este caso concreto, contudo, merece desfecho distinto. Além de permanecer 17 meses aguardando a conclusão das obras que culminariam na entrega de seu apartamento, o autor relatou sérios problemas quando a obrigação foi satisfeita, desde infiltrações e ausência de churrasqueira até atraso na instalação do condomínio e demora na realização de vistorias.

A situação ultrapassou os limites do razoável e do mero inadimplemento contratual. Todo o dissabor experimentado pelo autor antes e durante a propositura da lide dá margem ao arbitramento de danos morais.

Considerando as peculiaridades do caso concreto, os parâmetros para fixação desta espécie de reparação e as regras pertencentes ao nosso ordenamento que vedam o enriquecimento sem causa, arbitra-se a indenização em R$10.000,00, corrigidos a partir do arbitramento e com juros de 1% ao mês

6 **Precedentes**: Apelação Cível nº 0054467-58.2012.8.26.0114, Relator: Donegá Morandini; Apelação Cível nº 0060293-65.2012.8.26.0114, Relator: Carlos Alberto de Salles; Apelação Cível nº 4001828-37.2012.8.26.0100, Relator: Egidio Giacoia; Apelação Cível nº 0017408-09.2010.8.26.0000, Relator: Viviani Nicolau; Apelação Cível nº 0047526-37.2011.8.26.0564, Relator: Donegá Morandini, Agravo de Instrumento nº 2169867-69.2014.8.26.0000, Relator: Viviani Nicolau, Agravo de Instrumento nº 2118878-59.2014.8.26.0000, Relator Viviani Nicolau; Apelação Cível nº 1012616-30.2013.8.26.0100, Relator: Beretta da Silveira; Apelação Cível nº 4005677-38.2013.8.26.0114, Relator: Beretta da Silveira.

7 7 Precedentes: Apelação Cível nº 0203171-55.2012.8.26.0100, Relator: Alexandre Marcondes; Apelação Cível nº 1033381-85.2014.8.26.0100, Relator: Donegá Morandini; Apelação Cível nº 0221752-55.2011.8.26.0100, Des. Viviani Nicolau; Apelação Cível nº 0005891-69.2013.8.26.0576, Relator: Beretta da Silveira; Apelação Cível nº1073788-70.2013.8.26.0100, Relator: Beretta da Silveira; Apelação Cível nº1012616-30.2013.8.26.0100, Apelação Cível nº 0001571- 98.2012.8.26.0191, Relator: Egidio Giacoia, Apelação Cível nº 1042262-51.2014.8.26.0100, Relator: Viviani Nicolau; Apelação Cível nº 1058214-07.2013.8.26.0100; Apelação Cível nº 0033782-71.2012.8.26.0068, Relator: Alexandre Marcondes, Apelação Cível nº 1008367-02.2014.8.26.0100, Relator: Alexandre Marcondes.

Acesso ao Sumário

a partir do evento danoso (primeiro dia de atraso na entrega do imóvel).

O pedido de outorga compulsória de escritura pública, por sua vez, não merece ser atendido. Não houve qualquer pedido neste sentido na petição inicial e, conforme estabelece o artigo 264 do Código de Processo Civil, "*Feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei*". É o dispositivo que consagra o princípio da estabilização da demanda, fundamental para a segurança jurídica das relações desenvolvidas no campo processual.

Nada impede, porém, que o autor ajuíze ação própria e específica para este fim, caso entenda que este é o meio necessário e mais efetivo à sua pretensão.

Por fim, deve-se ressaltar que todo o valor a ser ressarcido ao autor a título de danos materiais deve ser acrescido de correção monetária a partir do desembolso (Súmula nº 43 do Superior Tribunal de Justiça) e juros moratórios a partir da citação.

Decaindo o autor de parte mínima do pedido, arcará a ré integralmente com o ônus da sucumbência, nos termos do artigo 21, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Os honorários advocatícios devem ser fixados no percentual de 15% sobre o valor da condenação, de acordo com os critérios elencados no artigo 20 do diploma processual.

Ante o exposto, **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso do autor, **NEGANDO-SE PROVIMENTO** ao da ré, nos termos constantes do acórdão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1049369-83.2013.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado FUNDAÇÃO SAÚDE ITAÚ S/A, é apelada/apelante MARLENE DE AMORIM.

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 da segurada e negaram provimento ao recurso da seguradora. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24334)**

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

São Paulo, 9 de dezembro de 2015.

TEIXEIRA LEITE, Relator

Ementa: PLANO DE SAÚDE. Funcionário que continuou trabalhando na mesma empresa após sua aposentadoria. Demissão sem justa causa. Sentença que determinou a manutenção do plano de saúde coletivo da empregadora nas mesmas condições que gozava antes de sua demissão, depois de mais de 25 anos, nos termos do artigo 31 da Lei no 9.656/98. Norma cogente que deve ser respeitada e que continua eficaz ante o plano de demissão voluntária. Criação de plano próprio para inativos, que não respeita os ditames da lei. Valor da mensalidade a ser apurado em liquidação de sentença. Segurada que sucumbiu de forma mínima, devendo aplicar-se o artigo 21, parágrafo único do CPC. Recurso da seguradora desprovido e da segurada provido em parte.

VOTO

A r. sentença (fls. 407/411) julgou procedente ação de obrigação de fazer proposta por Marlene de Amorim contra Fundação Saúde Itaú S/A, para manter a segurada no plano de saúde nos termos do artigo 31 da Lei 9656/98, porquanto cumpridos os requisitos lá previstos, devendo ela, entretanto, arcar com sua quota e também a da empregadora, pagando integralmente a mensalidade atinente ao plano dos ativos, já que abusiva a criação de plano para os inativos.

Inconformada, a seguradora, em suas razões de apelação (fls. 420/441), reitera que a segurada foi desligada da empresa e lhe foi fornecido plano para inativos, sustentando não haver qualquer ilegalidade, já que em consonância com o artigo 13, II e 19 da Resolução Normativa nº 279 da ANS, o que deve prevalecer. Afirma, no mais, que o plano de inativos garante, conforme determina o artigo 31 da Lei 9656/98, a igualdade de condições e coberturas que possuía o segurado quando estava no plano dos ativos e que decisão contrária fere o mutualismo do contrato. Pede a reforma da r. sentença.

Por sua vez, a segurada apela às fls. 476/481 e sustenta que, embora tenha requerido em seu pedido inicial a intimação da apelada para apresentar o valor de copartipação da empregadora, isto não foi analisado pelo d. Magistrado e entende que a fixação somente na fase de execução poderá trazer-lhe um prejuízo financeiro, pretendendo seja desde logo arbitrado. No mais, afirma que a mera fixação de devolução de forma simples, em que pese inicial pedido de devolução em dobro, o qual, inclusive, desistiu, não pode ser motivo para alterar o valor dos honorários advocatícios.

Acesso ao Sumário

Contrarrazões às fls. 485/491 e 492/497.

Este é o relatório.

Pelo o que se apura a apelada desde 1973 é beneficiária do plano de saúde mantido pela seguradora, inclusive após sua aposentadoria e até 2012, quando foi desligada sem justa causa.

Assim, é incontroverso que ela permaneceu trabalhando para o Banco Itaú por 40 anos, entretanto, após a sua demissão a seguradora não aceitou sua manutenção no plano de saúde na condição de aposentada, imponde-lhe que aderisse a plano próprio para inativos com outros valores, fato que originou a propositura desta ação.

Sucede que, a criação de um plano específico para os inativos vai de encontro com a norma esposada no artigo 31 da Lei 9656/98 e por esse motivo não pode prevalecer a Resolução 279/2011 da ANS.

Portanto, ainda que neste novo plano lhe seja garantida a cobertura para doenças pré-existentes e carência zero, o certo é que nítidas são as mudanças contratuais anteriormente vigentes no plano que antes vigorava, o que se nota, inclusive, pelo aumento das mensalidades.

Nas palavras do **i. Des. Francisco Loureiro**: "*Inviável, mais, aceitar que o autor seja incluído em plano especial para ex-empregados, com cobertura semelhante, mas custos distintos. Não é isso o que diz o art. 31, e nem pode singela resolução administrativa do CONSU limitar direitos garantidos a trabalhadores aposentados por norma de ordem pública. Admitir o pleito da ré significaria, em última análise, esvaziar o direito garantido pelo art. 31, pois o ex-empregado não teria condições de arcar com plano de saúde distinto, montado apenas para pessoas de mais idade e a um custo nitidamente superior ao dos empregados ativos.*" (**Apelação Cível nº 990.10.216300-8**).

Reitera-se, não há falar na possibilidade prevista pela Resolução nº 279 da ANS em criar planos distintos para os inativos, porquanto este ato infralegal não pode, por óbvio, contradizer a norma esboçada na Lei 9656/98, que prevê em seu artigo 31 que fica assegurado ao ex-empregado a manutenção como beneficiário nas mesmas condições de cobertura assistencial que gozava quando da vigência do vínculo empregatício.

Acesso ao Sumário

Assim, a segurada deverá cumprir com sua obrigação de pagamento do valor integral do seguro, pois é evidente que a antiga empregadora não é mais responsável por essa parte que era dela a partir da data em que ocorreu o desligamento da empresa.

No mais, o melhor é aguardar a fase de liquidação de sentença para que o valor da mensalidade seja apurado, porquanto impossível a fixação aleatória, já que a seguradora quando do cumprimento de sentença é que demonstrará o valor do prêmio.

Por fim, entendo ter havido sucumbência mínima, já que apenas o pedido de devolução em dobro não foi acolhido, motivo pelo qual, deve ficar a seguradora condenada nas custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R$ 3.000,00 (artigo 21, parágrafo único do CPC).

Ante o exposto, voto pelo ***desprovimento*** do recurso da seguradora e pelo ***provimento em parte*** do recurso da segurada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1110870-04.2014.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante AMIL ASSISTÊNCIA MÉDICA INTERNACIONAL S.A., é apelado WAGNER NEVES CARELLI.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.177)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIS MARIO GALBETTI (Presidente sem voto), LUIZ ANTONIO COSTA e MIGUEL BRANDI.

São Paulo, 16 de dezembro de 2015.

RÔMOLO RUSSO, Relator

Ementa: Plano de saúde. Contrato de assistência médica e/ou hospitalar. Aplicabilidade do CDC (Súmula 469 do C. STJ). Possibilidade de revisão de cláusulas contratuais que decorre do próprio sistema jurídico (arts. 478 e 480 do CC e art. 6º, V, do CDC). Relativização da 'pacta sunt servanda'.

Contrato de prestação de serviços médico-hospitalares. Segurado portador de transtorno psicótico agudo e transitório não especificado. Prescrição médica positiva a tratamento psiquiátrico e de psicoterapia processual contínuo. Insurgência da operadora de saúde. Tese de que há limitação temporal para a cobertura do tratamento, bem como para o período de internação (30 dias). Inadmissibilidade. Exegese das Súmulas 302 do STJ e 92 do TJSP. Negativa

Acesso ao Sumário

de cobertura que restringe obrigação inerente à natureza do contrato (art. 51, IV, e § 1º, II, do CDC). Abusividade evidenciada. Conduta que implica na concreta inutilidade do negócio protetivo. Quebra do dever de lealdade. Interpretação que fere a boa-fé objetiva e contrapõe-se à função social do contrato (arts. 421 e 422 do Cód. Civil). Prescrição médica que se sobrepõe à escolha da prestadora de serviços. Sentença mantida. Recurso desprovido.

VOTO

Da r. sentença que julgara procedente a ação, tornando definitiva a liminar de obrigação de fazer concedida, a qual determinara que a ré autorizasse a cobertura total de todas as sessões de psiquiatria e psicoterapia de forma ilimitada, na quantidade indicada ao autor pela junta médica que o acompanha (fls. 324/326), apela a operadora de saúde (fls. 335/348) postulando a reversão do julgado.

Em suas razões recursais, sustenta que:

a) não cometeu qualquer ato ilícito, somente seguiu o disposto na Lei nº 9.656/98, a qual prevê claramente quais procedimentos são excluídos de cobertura obrigatória pelas empresas (art. 10, § 1º);

b) a operadora de saúde pode adotar o regime de coparticipação quando a internação em clínica psiquiátrica ultrapassar 30 dias anuais (Resolução Normativa nº 262/2011);

c) o contrato da apelada estabelece justamente o que determinado pela ANS, prevendo a expressa limitação de 30 dias/ano e, no que exceder, estabelece o regime de coparticipação de 50%;

d) o contrato firmado é lei entre as partes, incidindo o princípio da *pacta sunt servanda*;

e) o próprio Código de Defesa do Consumidor admite cláusulas limitativas de direitos;

f) a validade das cláusulas contratuais pré- regulamentadas pelo Poder Público, no caso, a ANS, é incontestável, e a perfeição do ato jurídico em questão merece ser acolhida;

g) caso houvesse o dever de reembolso, este seria limitado aos moldes contratuais;

h) a procedência do pedido não só coloca em risco a segurança jurídica das relações contratuais como beira as raias do enriquecimento ilícito. Requer o provimento do apelo.

Acesso ao Sumário

Recurso preparado e respondido (fls. 355/362).

Não houve oposição ao julgamento virtual (fls. 366).

É o relatório.

Da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor e da possibilidade de revisão contratual

A relação jurídica envolve a aplicação do CDC, nos moldes da Súmula 469 do Colendo Superior Tribunal de Justiça, a qual declara, *verbis*:

"*Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde*".

Fixe-se que um dos pontos capitais da tutela jurídica do consumidor finca-se na defesa deste contra práticas empresariais desleais, enganosas, desproporcionais e ilegítimas.

Essa foi, na verdade, o principal vetor e a própria razão de ser e existir do CDC, máxime porque o pretérito modelo de comércio era absolutamente obsoleto à luz dos valores que permeiam a sociedade pós-moderna.

Noutro quadrante, a possibilidade de revisão dos negócios jurídicos envolvendo planos de saúde é temática exaurida nos Pretórios.

Com efeito, tal decorre da nova feição do Direito Civil, que, relativizando a aplicação do princípio do "pacta sunt servanda", impõe o diálogo entre a autonomia privada, a boa-fé e a função social do contrato.

A propósito, lapidar o V. Acórdão relatado pelo Emitente Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, *verbis*:

> "A revisão das cláusulas contratuais pelo Poder Judiciário é permitida, mormente diante dos princípios da boa-fé objetiva, da função social dos contratos e do dirigismo contratual, devendo ser mitigada a força exorbitante que se atribuía ao princípio do *pacta sunt servanda*" (AgRg no Ag 1383974/SC).

Nesse sentido, colhem-se os seguintes precedentes do C. STJ: AgRg no REsp 1334008/DF, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 12/08/2014; AgRg no AREsp 188.198/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/11/2013; REsp 1102848/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/08/2010; AgRg no AREsp 32.884/SC, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO; AgRg no REsp 921.104/RS, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA; entre outros.

Na mesma diretriz, o Enunciado 23 do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:

> "A função social do contrato prevista no artigo 421 do novo Código

Acesso ao Sumário

Civil não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio, quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana" (*in* Theotonio Negrão e José Roberto F. Gouvêa, Código Civil e Legislação Civil em Vigor, Editora Saraiva, 24ª Edição, página 120).

Ressalte-se, ainda, que o contrato de seguro-saúde é contrato de adesão, no qual não é assegurada ao aderente a discussão de suas cláusulas.

Acerca desta temática, preleciona CLÁUDIA LIMA MARQUES:

"Em matéria contratual, não mais se acredita que assegurando a autonomia da vontade e a liberdade contratual se alcançará, automaticamente, a necessária harmonia e equidade nas relações contratuais. Nas sociedades de consumo, com seu sistema de produção e de distribuição em massa, as relações contratuais se despersonalizaram, aparecendo os métodos de contratação estandardizados, como os contratos de adesão e as condições gerais do contrato. Hoje esses métodos predominam em quase todas as relações entre empresas e consumidores, deixando claro o desnível entre os contratantes um autor efetivo das cláusulas, e outro, simples aderente. É uma realidade social bem diversa daquela do século XIX, que originou a concepção clássica e individualista do contrato, presente em nosso Código Civil de 1917" (Novas regras sobre a proteção do consumidor nas relações contratuais, Revista de Direito do Consumidor, n. 1, pág. 27).

Além disso, há de prevalecer o princípio da vulnerabilidade do consumidor (art. 4º, I, CDC) e a interpretação contratual que lhe seja mais favorável (art. 47, CDC).

Da negativa de cobertura: abusividade

Trata-se de ação cominatória na qual o segurado, beneficiário do plano de saúde ofertado pela ré, desde 01/06/2009 (fls. 23/28), buscara a cobertura contratual para todas as sessões de psiquiatria e psicoterapia, de forma ilimitada na quantidade, mas nos limites contratuais de reembolso quanto ao valor, bem como o reembolso de sessões pagas (fls. 10).

Dessume-se dos autos que o autor é portador de transtorno psicótico agudo e transitório não especificado (CID 10, F23.9 - cf. fls. 37), razão pela qual necessita de acompanhamento médico e faz uso diário de medicamentos, devendo ser submetido a tratamento psiquiátrico e a sessões de psicoterapia (fls. 38).

No entanto, a operadora de saúde não autorizou a continuidade do tratamento, à alegação de que "o limite anual do evento fora excedido" (fls. 41/42).

A seguradora justificara, outrossim, que o regime de coparticipação de 50% no que exceder o limite contratual, está regularmente previsto na avença e

possui respaldo legal.

Ora, ao negar-se a custear o tratamento do conveniado, destinado à atenuação dos nefastos consectários de seu transtorno psicótico agudo e transitório, a seguradora incorrera em flagrante violação ao direito subjetivo à saúde e ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

Ressai, pois, a abusividade de tal recusa.

De mais a mais, evidenciada a concreta necessidade de tratamento ambulatorial e medicamentoso, incluindo sessões de psicoterapia e acompanhamento psiquiátrico, não deve a prestadora de serviços de assistência médica interferir na prescrição médica.

Releva ponderar que a contratação de plano de saúde visa à recuperação/preservação da saúde e da vida dos segurados.

Assim, uma vez definido o objeto do contrato, ressai a abusividade da recusa à cobertura do tratamento indicado por profissional médico (fls. 38).

Tal ofende a boa-fé que deve nortear os contratos consumeristas, cabendo, pela pertinência, trazer à colação a lição de NELSON NERY JUNIOR, *verbis*:

> "Quem quer contratar plano de saúde quer cobertura total, como é obvio. Ninguém paga plano de saúde para, na hora em que adoecer, não poder ser atendido. De outro lado, se o fornecedor desse serviço exclui de antemão determinadas moléstias, cujo tratamento sabe dispendioso, estará agindo com má-fé, pois quer receber e não prestar o serviço pretendido pelo consumidor" (Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, Forense Universitária, 8ª edição, página 570).

A propósito, já se pronunciara o C. Superior Tribunal de Justiça:

> "O plano de saúde pode estabelecer as doenças que terão cobertura, mas não pode limitar o tipo de tratamento a ser utilizado pelo paciente. Precedentes" (AgRg no AREsp 345.433/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 20/08/2013, DJe 28/08/2013).

> "Recusa indevida, pela operadora de plano de saúde, da cobertura financeira do tratamento médico do beneficiário (radioterapia). Ainda que admitida a possibilidade de previsão de cláusulas limitativas dos direitos do consumidor (desde que escritas com destaque, permitindo imediata e fácil compreensão), revela-se abusivo o preceito do contrato de plano de saúde excludente do custeio dos meios e materiais necessários ao melhor desempenho do tratamento clínico ou do procedimento cirúrgico coberto ou de internação hospitalar. Precedentes" (AgRg no AREsp 192.612/RS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 20/03/2014).

Em casos análogos ao dos autos, colhem-se os precedentes colacionados no âmbito desta C. Corte de Justiça:

Acesso ao Sumário

"Plano de saúde - Reembolso de despesas com sessões de psicoterapia - Plano de saúde não se confunde com seguro - Inaplicabilidade do prazo prescricional ânuo (art. 206, par. 1º, inc. II, alínea "b", CC) ou dos prazos prescricionais do CDC (arts. 26 e 27) - Prazo prescricional de dez anos (art. 205 do CC) - Obrigação da operadora do plano de saúde em cobrir psicoterapia (art. 12 da Lei nº 9.656/1998 c/c art. 17, inc. V, da RN nº 211/2010 da ANS) - Não demonstração de óbice contratual ao reembolso integral - Recurso da operadora do plano de saúde improvido - Recurso do beneficiário provido" (Apelação nº 0005410-89.2012.8.26.0011, 7ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Luiz Antonio Costa, j. 05/12/2012).

"SEGURO-SAÚDE - Limitação de custeio de sessões de fonoaudiologia, psicoterapia, terapia ocupacional e fisioterapia - Obrigatoriedade de custeio - Ilícita recusa que restringe tratamento de moléstia coberta de acordo com quantidade de sessões ao ano" (Apelação nº 0202604- 92.2010.8.26.0100, 6ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. FRANCISCO LOUREIRO, j. 06/11/2014).

"PLANO DE SAÚDE. AÇÃO DE COBRANÇA C.C. DANOS MORAIS.

I - Prescrição. Acolhimento da prescrição ânua prevista no art. 206, par. 1º, do Código Civil. Desacerto. Prescrição, na espécie, regulada pelo art. 205 do Código Civil. Precedentes da Câmara.

II - Pronto julgamento da lide. Possibilidade. Incidência do disposto no art. 515, par. 3º, do CPC. Reembolso de despesas médico-hospitalares. Ausência de adequada discriminação dos produtos cujo reembolso se postula. Negativa preservada.

III - Danos morais. Ilicitude não verificada. Negativa ao reembolso pretendido, conforme mencionado, em consonância com a apólice. Danos não configurados.

IV - Negativa de custeio das sessões de psicoterapia indicadas à autora. Abusividade reconhecida. Incidência do disposto no art. 51, inc. IV, do CPC. Contratação que prevê o restabelecimento da saúde da segurada.

V - SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. APELO PROVIDO PARA AFASTAR A PRESCRIÇÃO E, NO MÉRITO, JULGAR A AÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE" (Apelação nº 0078945-55.2010.8.26.0000, 3ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. DONEGÁ MORANDINI, j. 28/08/2012).

"PLANO DE SAÚDE - Abusividade de cláusulas que limitam o período de internação em clínica de reabilitação de dependentes químicos, bem como o número de sessões de psicoterapia de crise - Aplicação por analogia da Súmula 302 do STJ - Todavia, a internação e tratamentos se deram em clínica não credenciada à rede da seguradora - Reembolso que se fará nos limites do contrato, não de maneira

Acesso ao Sumário

integral - Manutenção do equilíbrio financeiro - Ação procedente em parte - Sentença mantida - Recursos improvidos" (Apelação nº 0132366-28.2008.8.26.0000, 1ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. PAULO EDUARDO RAZUK, j. 11/10/2011).

Na esteira dos precedentes colacionados, tem-se que é manifestamente abusiva a negativa de cobertura a tratamento prescrito pelo médico e considerado imprescindível para o restabelecimento da saúde do paciente, conforme disposto nos artigos 47 e 51, § 1º, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor.

Exegese contrária, além de servir de estímulo à má prestação dos serviços, implica na concreta inutilidade do negócio protetivo.

Além disso, o contrato, mormente aqueles que interferem sobre valores existenciais, tal e qual o plano de saúde e, sobretudo no século XXI, é e deve ser instrumento de colaboração entre os contraentes.

As partes, conforme sublinha CLÓVIS VERÍSSIMO DO COUTO E SILVA, "devem comportar-se como colaboradores e não indivíduos em posições antagônicas" (A obrigação como Processo, Ed. Bushatsky, 1976, pág. 171).

Deve haver, pois, comunicação e cooperação entre as partes contratantes, o que, se presente, fará levantar naturalmente a confiança e a lealdade de um em face do outro.

Por isso, ENZO ROPPO pontua que o contrato está sendo relançado e tem fortalecido o seu papel de instrumento de mediação social (O contrato, Almedina, 1988, p. 337).

Em todo o contexto hodierno, a conduta da prestadora dá as costas à função social do contrato (art. 421 do CC).

Não merece aplauso.

Destarte, configurada a abusividade da recusa, deve ser mantida a condenação da operadora de saúde no reembolso do tratamento prescrito ao apelado, tal como determinado na r. decisão singular.

Noutro vértice, não há que se falar em limite de trinta dias para o período de eventual internação do segurado em tratamento para transtorno psiquiátrico.

Isto porque, redundando em prazo exíguo e insuficiente para o perfeito restabelecimento do destinatário da cobertura em situações de maior gravidade - como no caso em tela -, a restrição temporal deve ser considerada iníqua e contrária à própria finalidade da contratação.

Averbe-se que o prazo de recuperação é absolutamente alheio à vontade do paciente, e depende de muitos fatores, que nem mesmo os médicos são capazes de controlar.

Além disso, se a enfermidade está coberta pelo seguro - como de fato está -, não é possível impor ao paciente que se retire do estabelecimento em

Acesso ao Sumário

que se encontra internado porque exaurido o limite temporal estabelecido contratualmente.

Trata-se de questão pacificada na jurisprudência nacional, inclusive sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

"*Súmula 302: É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita o tempo de internação do segurado*".

No mesmo tom, a Súmula 92 deste E. Tribunal de Justiça:

"*É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita o tempo de internação do segurado ou usuário*".

Nem se diga que a Resolução CONSU nº 211 autorizaria uma limitação que a própria lei pretendeu evitar.

Trata-se de norma administrativa de conteúdo incompatível com os preceitos instituídos pelo Código de Defesa do Consumidor.

Objetivamente inviável, pois, qualquer mutação no r. julgado monocrático.

Por esses fundamentos, meu voto nega provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000600-98.2012.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante CAMPO LIMPO EMPREENDIMENTOS E PARTICIPACOES LTDA., é apelado NEUSA DOS REIS SILVA DE ABREU (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.567)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GRAVA BRAZIL (Presidente sem voto), PEDRO DE ALCÂNTARA DA SILVA LEME FILHO e SILVÉRIO DA SILVA.

São Paulo, 16 de dezembro de 2015.

SALLES ROSSI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - Parcial procedência - Pretensão decorrente de sequestro relâmpago iniciado em estacionamento de shopping center - Risco da atividade não configurado - Simulação de emprego de

arma de fogo - Fato que, embora previsível, era mesmo inevitável, não se podendo exigir do estabelecimento ou de seus prepostos que evitassem o ocorrido, diante da possibilidade do emprego de arma de fogo pelos infratores, que colocaria em risco a autora e demais pessoas ali presentes - Configuração de caso fortuito ou força maior - Excludente de responsabilidade - Culpa de terceiro, não havendo que se falar em defeito ou falha na prestação dos serviços (art. 14, § 3º, incisos I e II) - Dever de indenizar inexistente - Sentença reformada - Improcedência decretada - Recurso provido.

VOTO

Cuida-se de Apelação interposta contra a r. sentença (fls. 225/227) proferida nos autos de Ação de Indenização por Danos Materiais e Morais, que a julgou parcialmente procedente para condenar a ré a pagar à autora a importância de R$ 738,28, por danos materiais, corrigida do desembolso e acrescida de juros de mora de 1% contados da citação, mais o valor de R$ 20.000,00, por danos morais, corrigido e acrescido de juros de 1% ao mês a partir da sentença, condenando a ré no pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o montante da indenização.

Inconformada, apela administradora do shopping (fls. 230/241), sustentando ser parte ilegítima e que não pode ser responsável pelos danos suportados pela autora em decorrência de sequestro relâmpago ocorrido em estacionamento, uma vez que o mesmo é administrado por empresa terceirizada, contratada para prestar serviços de implementação e operação do estacionamento, havendo cláusula no contrato firmado com esta empresa que a responsabiliza pelos danos causados a terceiros. Diz não possuir autonomia para interferir na administração do estacionamento e que não participou ou contribuiu para a ocorrência dos fatos narrados na inicial. Invoca a ausência de prova dos danos morais suportados e que os materiais já foram ressarcidos pela seguradora do veículo. Impugna o valor da indenização arbitrada a título de dano moral, reputando-o excessivo. Aguarda o decreto de improcedência da ação.

O recurso foi recebido pelo r. despacho de fl. 245 e respondido às fls. 248/261.

É o relatório.

O recurso comporta provimento.

Cuida-se de ação de indenização decorrente de sequestro relâmpago iniciado dentro de estacionamento do Shopping Campo Limpo, administrado

Acesso ao Sumário

pela apelante, mediante a abordagem da autora por dois indivíduos simulando possuir arma de fogo, que a obrigaram a entrar em seu veículo e se dirigir a caixa eletrônico fora do estabelecimento para saque, que acabou não se realizando pelo horário exceder as 22:00 horas. A autora se desvencilhou dos infratores e conseguiu chamar por socorro. Pede indenização pelos pertences que estavam no interior do veículo e danos morais.

De início, afasta-se a arguição de ilegitimidade passiva formulada pela administradora do shopping.

O fato de ter locado o espaço a terceiro para gerir o estacionamento, não a isenta perante o consumidor de eventuais danos a ele causados. Não pode ser oposta ao consumidor a divisão das pessoas jurídicas, posto que ao se dirigir ao shopping, utilizou-se de estacionamento que faz parte integrante do empreendimento. O shopping é o principal beneficiado pela comodidade que o estacionamento, ainda que administrado por outra empresa, traz aos clientes, configurando atrativo e fator de alavanque para a atividade que desempenha, gerando-lhe lucro. Ademais, deve zelar pela escolha da empresa que contratou, respondendo juntamente com ela, por possíveis danos causados aos consumidores, desde que não verificada hipótese de excludente de responsabilidade.

No mérito, entretanto, respeitado entendimento em sentido contrário, entendo que, no caso, diante da simulação do emprego de arma de fogo pelos infratores que abordaram a autora, não se poderia exigir da apelante - ou da empresa que administrava o estacionamento - conduta diversa, de modo que não restou configurada falha na prestação do serviço de estacionamento.

O fato, apesar de previsível - diante do grande número de sequestros dessa modalidade - era mesmo inevitável, não podendo se exigir do estabelecimento ou de seus prepostos, conduta diversa, ante a possibilidade do emprego de arma de fogo pelos assaltantes. Não se poderia, assim, exigir que referido preposto tentasse evitar o ocorrido, sem colocar em risco a vida da apelada e/ou das demais pessoas que também ali estavam presentes.

Como é sabido, em se tratando de sequestro e roubo, mediante o emprego de arma de fogo, aplicável a regra contida no artigo 393 do Código Civil, que exclui a responsabilidade da requerida pelo evento, ante a ocorrência de caso fortuito ou força maior.

Exatamente esta a hipótese dos autos, conquanto a grave ameaça em decorrência do uso de arma de fogo exercida pelos autores do roubo exclui a responsabilidade da requerida.

Nesse sentido:

"ESTACIONAMENTO DE VEÍCULOS - Responsabilidade civil. Roubo praticado mediante grave ameaça. Exclusão da culpa e responsabilidade da empresa proprietária do estabelecimento. Inteligência

Acesso ao Sumário

do art. 1.058 do CC.

O roubo de veículo realizado em interior de estabelecimento comercial, mas praticado mediante violência ou grave ameaça, exclui a culpa e conseqüentemente a responsabilidade civil da proprietária do estacionamento, como resulta do art. 1.058 do CC" (WILSON BUSSADA, *in* "DANOS MORAIS & MATERIAIS INTERPRETADOS PELOS TRIBUNAIS", Vol. III, Editora Jurídica Brasileira, pág. 1861, citando julgado da Apelação Cível n. 238.119-1/8-00, desta 8ª Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador ALDO MAGALHÃES, publicado ainda na RT 734/319).

Nem mesmo sob a ótica do regramento contido na legislação consumerista se pode imputar a responsabilidade à requerida pelo evento, já que não caracterizado defeito ou falha na prestação dos serviços, aliado ainda à culpa de terceiro (no caso, os autores do roubo), tudo diante da inevitabilidade do evento, mediante a ameaça exercida com o uso de arma de fogo, restando configurada na hipótese a excludente prevista no art. 14, § 3º, incisos I e II, do Código de Defesa do Consumidor.

Decidindo situação assemelhada, julgado desta 8ª Câmara de Direito Privado e Relatoria, extraído dos autos da Apelação Cível nº 492.836.4/4-00, conforme segue:

"INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - ... - Improcedência - Autor vítima de assalto dentro das dependências do estabelecimento comercial réu - Ocorrência de caso fortuito, ante o emprego de ameaça mediante o uso de arma de fogo - Configurada a excludente do art. 393 do Código Civil Configurada a culpa de terceiro, não havendo que se falar em defeito ou falha na prestação dos serviços (art. 14, § 3º, incisos I e II) - Irrelevante se havia no local segurança contratado para essa função ou apenas um funcionário que orientava os clientes - Fato que, embora previsível, era mesmo inevitável, não se podendo se exigir do estabelecimento ou de seus prepostos, que evitassem o ocorrido, diante do emprego de arma de fogo pelos meliantes - Eventual reação dos prepostos da ré que não poderia ser exigida, já que colocaria em risco as pessoas presentes no local dos fatos - Sentença mantida - Recurso improvido."

Sobre o tema, recente julgado da 13ª Câmara Extraordinária de Direito Privado, da relatoria do Desembargador GRAVA BRAZIL (Apelação nº 0007012-17.2008.8.26.0152, julgada em 20/07/2015), que assim se pronunciou, possuindo inteiro enquadramento à hipótese em debate:

"*Na questão de fundo, incontroverso que o evento danoso ocorreu no estacionamento do centro de compras e que, quatro dias após a ocorrência, o veículo dos apelados foi recuperado (fls. 64/66). Acontece que, ao contrário do*

Acesso ao Sumário

externado na r. sentença, a responsabilidade objetiva não se estende para todos os fatos havidos nas dependências do centro de compras, mormente em caso de crime praticado por terceiro e mediante violência.

É certo que há nítida tendência, nessas hipóteses, de reconhecimento da responsabilização, como a jurisprudência do C. STJ sinaliza. Ocorre que a responsabilização, nos casos de guarda de veículos em estacionamentos de supermercados e/ou shopping centers, decorre do denominado risco-criado *ou* risco-proveito*, uma vez que o serviço de estacionamento é agregado, por extensão, ao exercício do comércio por conta dos benefícios indiretos decorrentes desse conforto propiciado ao cliente, que se apresenta como um atrativo do estabelecimento comercial.*

Entretanto, essa especificidade não pode abstrair completamente a própria compreensão da teoria do risco, segundo a qual 'o que se leva em conta é a potencialidade de ocasionar danos; a atividade ou conduta do agente que resulta por si só na exposição a um perigo... Leva-se em conta o perigo da atividade do causador do dano por sua natureza e pela natureza dos meios adotados' (Sílvio de Salvo Venosa, Direito Civil, Atlas, sét. ed., Responsabilidade Civil, vol. IV, p. 9).

Nesse foco, considerando que o dano resulta de forma direta de ato criminoso violento e praticado por terceiro, sem relação direta com o serviço ou produto de consumo, não há como afastar a análise do caso fortuito na fixação dos limites da responsabilidade.

Cuida-se, à evidência, de fortuito externo, pois o dano resulta de fato desalinhado com a essência do produto ou da prestação do serviço. Aliás, inolvidável que não compete ao particular assumir compromisso de segurança absoluta contra crimes praticados mediante violência, tais como roubos, sequestros relâmpagos, agressões, homicídios ou, ainda, poderíamos imaginar, atos de terrorismo.

Não é razoável, data venia*, exigir que o centro de compras garanta integralmente a segurança física e patrimonial dos consumidores porque sequer podemos falar como isso deve ser feito.*

O comerciante e seus prepostos não têm poder de polícia e a intervenção de uma possível segurança privada, contratada para esse fim, poderia ser muito mais desastrosa do que eficaz.

Como exigir do particular aquilo que o Estado não dá? Se os assaltos ocorrem a todo momento, em qualquer lugar e a qualquer hora, em locais ermos ou naqueles frequentados por inúmeras pessoas, por que os estacionamentos de shoppings centers *devem ser ilhas de segurança?*

Que o comerciante responda pelos danos materiais nos casos de pequenos delitos, os quais podem ser inibidos por diligências de praxe (por

Acesso ao Sumário

exemplo, controle de entrada e saída de veículos, vigilância com câmeras e pessoas, iluminação etc), é plausível e até conveniente, para que não ocorra acomodação e desídia com o atrativo de clientela (estacionamento).

Todavia, quando existe violência, o dano, na essência, é impingido pelo marginal. É ele o bandido, o assaltante que violenta a vítima e, por via indireta, toda a sociedade.

E o que se faz contra essa revoltante realidade? Responsabiliza-se cada vez mais o particular, o empresário, o comerciante".

A r. sentença comporta reforma para decretar a improcedência da ação, condenando a autora no pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R$ 3.000,00 (três mil reais), ressalvada a gratuidade.

À vista do exposto, pelo meu voto, dou provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1014124-62.2014.8.26.0007, da Comarca de São Paulo, em que é apelante M.R.A.F., é apelado J.M.F. (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.780)**

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

São Paulo, 15 de dezembro de 2015.

FRANCISCO LOUREIRO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: DIVÓRCIO - Insurgência restrita à partilha - Ré que alega impossibilidade de divisão do imóvel pertencente ao casal com fulcro na usucapião familiar do art. 1.240-A do Código Civil - Autor teria abandonado o lar conjugal há mais de 20 anos - Matéria que poderia em tese ser analisada nesta causa como exceção da defesa - Prazo de dois anos da nova modalidade de usucapião que pode ser contado a partir de 16 de junho de 2011, data da

entrada em vigor da lei que introduziu tal figura no ordenamento - Ação de execução de alimentos na qual foi feita transação, em que o autor cedeu o imóvel em usufruto dos filhos até a maioridade daqueles - Transação anterior à vigência do art. 1.240-A do CC - Dúvida fundada acerca da existência de abandono do lar (*rectius*, da família), diante da posse da autora exercida em virtude do usufruto outorgado aos filhos - Requisitos da usucapião familiar que não restaram comprovados, não havendo nos autos, sequer, prova da propriedade ou da existência de direitos sobre o bem que se pretende usucapir - Necessidade, no caso concreto, de ajuizamento de ação autônoma para a verificação do preenchimento dos requisitos da usucapião - Recurso improvido.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 59/61 dos autos, que julgou procedente a ação de divórcio proposta por J.M.F. em face de M.R.A.F., para decretar o divórcio do casal, partilhar imóvel adquirido pelas partes na proporção de 50% para cada uma, e determinar que a ré voltasse a usar o nome de solteira.

Fê-lo a r. sentença, basicamente sob o argumento de que a discussão sobre a culpa se tornou irrelevante para fins de divórcio, e que o regime de bens eleito pelas partes impunha a divisão do imóvel pertencente ao casal. Afirma que a discussão acerca da existência de aquisição da propriedade por usucapião familiar é assunto que foge à competência específica das Varas de Família e Sucessões.

Recorre a autora afirmando o desacerto da r. sentença, vez que não se trata de ação de usucapião, e sim, de exceção de usucapião, alegada como matéria de defesa, prejudicial, e que deve, portanto, ser analisada pelo Juízo. Alega que o Juízo *a quo* equivocou-se ao determinar a divisão sobre o imóvel pertencente ao casal, uma vez que o marido abandonou o lar conjugal há mais de 20 anos, de modo que a prescrição aquisitiva da usucapião familiar já teria se consumado em seu favor.

Em razão do exposto e pelo que mais argumenta, pede o provimento de seu recurso.

O apelo foi contrariado.

É o relatório.

1. O recurso não comporta provimento, porém, por fundamento diverso

Acesso ao Sumário

do adotado pela r. sentença *a quo*.

Não me seduz a tese da incompetência do Juízo de Família para a apreciação da matéria prejudicial de mérito trazida nestes autos.

Pretende o autor a partilha de bem imóvel cujos direitos foram adquiridos na constância do casamento.

Por sua vez, a ré alega, em sua defesa, a impossibilidade da partilha do bem, tendo em vista que foram preenchidos todos os requisitos da usucapião familiar, de modo que o requerente, que teria abandonado o lar há mais de 20 anos, não teria qualquer direito sobre o imóvel cuja partilha pretende.

Pois bem.

Não obstante, de fato, se pretenda por meio da alegação de usucapião familiar a declaração do direito de propriedade sobre determinado imóvel, matéria alheia à competência e ao rito especial previsto para as Varas de Família e Sucessões, poderia em tese ser apreciada a tese como exceção (*exceptio ad usucapionem*), com o escopo não de declarar a propriedade, mas sim de paralisar a partilha.

2. No caso concreto, porém, de rigor relegar a ação diversa o reconhecimento ou não da aquisição da propriedade.

As partes não controvertem acerca da decretação do divórcio.

Versa o recurso, unicamente, a respeito da partilha do bem adquirido pelo casal na constância do matrimônio.

A fim de obstar a partilha do imóvel pertencente ao casal, a requerida alegou ter usucapido o bem, com base no art. 1240-A do Código Civil.

Segundo afirmou a ré, o autor abandonou o lar em que as partes viviam há mais de 20 anos, de modo que a prescrição aquisitiva de dois anos prevista no novo instituto da usucapião familiar já teria se consumado a seu favor.

3. Como se sabe, esta nova modalidade de usucapião foi introduzida em nosso ordenamento jurídico pela Lei nº 12.424, de 16 de junho de 2011, que inseriu o artigo 1.240-A e seu parágrafo 1º no Código Civil, com a seguinte redação:

> *"Art. 1240-A. Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m² cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.*
>
> *§ 1º. O direito previsto no caput não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez".*
>
> *§ 2º (Vetado.)*

Criou o legislador uma nova e controversa modalidade de usucapião,

Acesso ao Sumário

denominada de familiar, ou de pró-família, que corre entre ex-cônjuges ou ex-companheiros, com o reduzidíssimo prazo de dois anos.

A origem da usucapião familiar se encontra em programas habitacionais de caráter social, em especial o denominado "*minha casa, minha gente*" que criou inúmeras figuras de regularização da propriedade urbana, inclusive uma modalidade de usucapião de natureza administrativa.

Não é nova a preocupação com as sérias dificuldades que ocorrem quando um casal de baixa renda financia um imóvel popular a longo prazo, mediante hipoteca, alienação fiduciária, ou mesmo compromisso de compra e venda, e, no curso do financiamento, se separa de fato ou se divorcia. Comum a situação de um dos cônjuges permanecer no imóvel e desconhecer o paradeiro do outro, o que impossibilita a outorga da escritura de venda e compra e consequente obtenção do domínio sem prévia partilha entre o casal.

Essa a razão pela qual passou a se admitir, em situações especiais, que o financiamento contratado por um casal desemboque em aquisição de domínio por só um dos cônjuges.

Na verdade, o preceito do art. 1.240-A vai além, e permite, no curto espaço de tempo de apenas dois anos, que um dos ex-cônjuges ou ex-companheiros possa usucapir a parte ideal de seu ex-consorte, separado de fato, judicialmente ou divorciado, tornando-se proprietário pleno da coisa, antes comum.

O intuito maior da norma não é propriamente o de sancionar o ex-cônjuge ou o ex-companheiro culpados, mas sim o de proporcionar, em determinadas situações, a regularização da propriedade fundiária em nome daquele que permaneceu de posse do imóvel, e não conseguiria fazê-lo pela forma derivada de uma partilha. Garante-se o direito à moradia, de estatura também constitucional (art. 6º. da CF), pela via originária da usucapião.

4. A usucapião familiar exige diversos requisitos cumulativos, objetivos e subjetivos: a) prazo bienal de posse exclusiva de ex-cônjuge ou de ex-companheiro sobre imóvel comum do casal; b) tenha havido abandono imotivado e voluntário do lar comum por parte do ex-cônjuge ou ex-companheiro contra o qual corre a usucapião; c) posse do usucapiente contínua, pacífica e com *animus domini*; d) imóvel situado em zona urbana; e) área máxima de superfície do terreno de 250 m²; f) utilização para fins de moradia do ex-cônjuge ou ex-companheiro, que permaneceu de posse exclusiva do imóvel, ou de sua família; g) o usucapiente não pode ser, durante o biênio aquisitivo, proprietário de outro imóvel, urbano ou rural; h) o usucapiente não tenha usado anteriormente a seu favor a usucapião familiar.

Acesso ao Sumário

No caso em exame, porém, não há prova mínima do preenchimento de alguns de aludidos requisitos.

Embora não controvertam as partes acerca da aquisição do imóvel na

constância do casamento, não trouxeram aos autos a escritura do bem ou mesmo cópia do contrato de compromisso de compra e venda que demonstre a aquisição dos direitos sobre o prédio.

Não há prova de que o imóvel se encontre registrado em nome do casal, ou ainda, talvez em nome de terceiros, pois o casal seria titular apenas de direitos de aquisição.

Não se sabe, mais, se a sua área de superfície e inferior a 250 m² e nem se localizado no perímetro urbano.

Ademais, persistem sérias dúvidas acerca da existência de posse *ad usucapionem* exercida pela autora.

Isso porque a posse exclusiva sobre o prédio comum, segundo se extrai dos autos, após a separação de fato das partes, não teria decorrido de abandono do lar (*rectius, da família*) pelo autor, e sim, da cessão dos direitos de fruição sobre o imóvel em favor dos filhos menores, em acordo realizado em ação de execução de alimentos, até a maioridade da prole (fls. 09).

Destaco que recai séria suspeita de inconstitucionalidade sobre o rumo da discussão acerca do conteúdo da expressão "*abandono do lar*".

Tal abandono não diz respeito a violação do dever de coabitação, prévio e causa do final do casamento. Admitir tal possibilidade seria o mesmo que reintroduzir a discussão da culpa pelo final do casamento, o que violaria a Emenda Constitucional 66/10, que permite o divórcio direto e imotivado como direito potestativo, sem qualquer requisito, que não o de estar casado.

A expressão "*abandono do lar*", na verdade, significa falta de tutela da família, depois do divórcio ou da separação de fato do casal. É o caso do cônjuge ou companheiro que não presta alimentos, nem visita a prole e se desliga totalmente não apenas da posse direta, mas também do contato com seus familiares.

Isso porque a expressão *abandono do lar* deve ser entendida não em seu aspecto meramente físico, de alguém deixar de morar com o seu consorte sob o mesmo teto. A leitura que se faz da expressão abandono do lar, com os olhos postos na CF, somente pode ser interpretada como abandono da família, deixando-lhe de prestar assistência material e moral.

5. Cumpre ressaltar, ainda, que a usucapião familiar é uma figura nova, com prazo reduzidíssimo de apenas dois anos e sujeito a requisitos especiais, ausentes de todas as demais modalidades de usucapião já conhecidas do ordenamento jurídico (extraordinária, ordinária, especial urbana, especial rural, coletiva e administrativa).

Como se trata de instituto novo, o prazo aquisitivo bienal somente pode ser contado a partir da vigência da lei (16 de junho de 2.011), sob pena de incidir em caráter retroativo e colher de surpresa o ex-cônjuge ou ex-companheiro que

Acesso ao Sumário

pela usucapião familiar irá perder a sua parte ideal sobre o imóvel comum.

No caso concreto, a separação e fato do casal e a própria transação levada a efeito na ação de alimentos ocorreu muito antes do ano de 2.011, ou da vigência da usucapião entre cônjuges.

Mais ainda. Diante dos termos do acordo entre as partes na ação de alimentos, a um primeiro momento não se cogita de posse *ad usucapionem* enquanto perdurou a incapacidade dos filhos. Isso porque acordaram as partes posse direta e subordinada a um usufruto da prole, o que conflita com a soberania do *animus domini*.

Apenas após a maioridade dos filhos é que se poderia cogitar da inversão da qualidade da posse (*interversio possessionis*) para a consumação da usucapião.

Tais questões não estão maduras e nem devem ser debatidas nesta ação de divórcio.

6. De rigor, portanto, o ajuizamento de ação própria de usucapião, para a regular comprovação dos requisitos necessários à aquisição da propriedade, condição que, de resto, em nada interfere na presente partilha.

Claro que a partilha do bem não é causa impediente ao ajuizamento de ação de usucapião entre cônjuges.

A procedência da ação de divórcio foi bem reconhecida.

Nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0215603-14.2009.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes ESPLENDOR FILMES S/A e ÁUREA FILMES S/A, é apelado LIBERTY SEGUROS S/A.

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 12.800)**

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

São Paulo, 15 de dezembro de 2015.

CESAR CIAMPOLINI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Exceção de pré-executividade oposta visando à extinção do processo de execução do saldo do valor de cobertura securitária, na qual já condenada a seguradora excipiente, com trânsito em julgado, e que em parte já havia sido por ela adimplido. Exceção acolhida, extinta a execução pelo reconhecimento de prescrição.

O prazo de prescrição da execução do saldo da cobertura, uma vez já estabelecida judicialmente a responsabilidade da seguradora, é o comum, não o ânuo. Princípio da boa fé objetiva (Código Civil, art. 422), que informa também o contrato de seguro. Precedentes deste Tribunal de Justiça.

A regra da prescrição é de direito estrito e deve ser interpretada estritamente. Precedentes deste Tribunal de Justiça.

"Depois de a seguradora ter reconhecido a sua obrigação e pago a indenização, a ação de cobrança do complemento da indenização prescreve no prazo longo dos direitos pessoais" (STJ-REsp 453.221, RUY ROSADO DE AGUIAR). Noutras palavras, no caso sob julgamento, convencida judicialmente a seguradora a pagar indenização pelo sinistro, o adimplemento parcial não a exonera da responsabilidade pelo total da cobertura contratada. Assim é uma vez que o direito da segurada já está estabelecido, não havendo dúvida nem insegurança, nem necessidade de pacificação de relações sociais, que são a razão de ser do instituto da prescrição; e nem risco de abalo do cálculo atuarial, ou de outras incertezas, que são a *ratio essendi* do curtíssimo prazo prescricional das ações contra seguradoras.

A relação entre seguradora e segurado é regida pelo Direito do Consumidor. Precedentes deste Tribunal de Justiça. Direito básico do consumidor à efetiva reparação do dano (CDC, art. 6º, VI).

Exceção de pré-executividade que não era de se acolher. Sentença reformada. Apelação da credora a que se dá provimento para que prossiga a execução.

Acesso ao Sumário

VOTO

RELATÓRIO.

Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença de fls. 223/229, que acolheu exceção de pré-executividade e declarou prescrito o direito da exequente, cujo relatório copio:

> "**LIBERTY SEGUROS S.A.** ofereceu **exceção de pré-executividade** nos autos da ação de execução por quantia certa que lhe movem **ESPLENDOR FILMES S.A.** e **ÁUREA FILMES S.A.** Alega que o valor devido já foi recebido pelas exequentes nos autos da execução anteriormente instaurada, não podendo, agora, haver inovação para inclusão de valores não reclamados, inexistindo, na hipótese, o mencionado 'erro material', mas verdadeira renúncia ao crédito. Além disso, acrescenta, a pretensão executória encontra-se prescrita, pelo decurso de prazo superior a um ano entre o trânsito em julgado da sentença e da decisão que inadmitiu a execução do remanescente na mesma demanda e a instauração da presente. Por fim, argumenta com a ausência de título executivo a amparar a presente cobrança e com a inadequação da via eleita, consistente no procedimento próprio à execução fundada em título extrajudicial. Pede, assim, a extinção da execução ora em curso e a imposição às exequentes das sanções pela litigância de má-fé (fls. 138 a 159).
>
> A exceção foi recebida com suspensão da execução (fls. 167).
>
> As exceptas manifestaram-se nos autos. Sustentam que a presente execução visa tão somente à cobrança do valor residual das apólices, não incluído na execução anterior, admitida em decisão proferida por este Juízo e no V. Acórdão que a confirmou. Houve, no caso, segundo entende, simples erro material na cobrança iniciada, erro esse que pode ser alegado e sanado a qualquer momento. Ademais, aduzem, até o presente a execução foi apenas parcial, não estando concluída em função do erro verificado, não se podendo ter como caracterizada a prescrição, a qual foi interrompida quando instaurada a demanda executiva. Por outro lado, afirmam, o título judicial é uno e indivisível, apenas tendo sido instaurado processo autônomo para a sua execução em obediência à determinação do Juízo (fls. 176 a 192).
>
> Sobreveio nova manifestação da excipiente (fls. 202 a 221)." **(fls. 223/224)**.

Embargos de declaração da credora (fls. 237/240) foram rejeitados (fl. 262).

Apelação a fls. 264/292.

Contrarrazões a fls. 303/326.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO.

Como é de tradicional doutrina em matéria securitária, salvo se se tratar daqueles "*direitos que têm origem imediata e exclusiva no contrato de seguro (direito ao prêmio, à indenização ou à soma assegurada, emissão da apólice, etc.)*", não se aplica a prescrição ânua (NICOLA GASPERONI, verbete Contratto di Assicurazione (in generale), ***in*** Novissimo Digesto Italiano, vol. IV, nº 63, págs. 563 e seguintes, trecho especificamente à pág. 608).

Prossegue o Professor da Universidade de Perugia:

"Não estão, por isso, sujeitos ao prazo de prescrição anual, mas ao estabelecido para cada situação, o direito do contratante de repetir o prêmio pago indevidamente (o título para repetição é, neste caso, a *condictio indebiti*, não o seguro), o direito do segurador de agir como subrogado contra o terceiro responsável, o direito à indenização ou ao prêmio quanto tiver havido novação do título original, o direito do segurador de agir contra o segurado para pedir reembolso de quanto tiver pago por haver prestado garantia fiduciária, qualquer direito (derivado do seguro) pelo qual o titular tenha obtido sentença de condenação passada em julgado." **(págs., 608/609; grifei)**.

LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, por igual, doutrina que, embora a interrupção da prescrição, em matéria securitária, importe em que "*[u]ma nova prescrição corre desde o ato interruptivo válido, mas por igual tempo, e não por prazo maior, pois continuam subsistindo as razões que levaram o legislador a estabelecer um prazo curto*", a situação será outra, e o prazo maior, "*[s]e a indenização tiver sido já fixada por sentença, ou por acordo das partes.*" (Tratado de Direito Civil, Vol. XIII, tomo II, 2ª ed. portuguesa e 1ª brasileira, adaptada por OROZIMBO NONATO, LAUDO DE CAMARGO e VICENTE RÁO, anotada por CANTIDIANO GARCIA DE ALMEIDA e MOACYR AMARAL SANTOS; grifei).

PONTES DE MIRANDA, cuja doutrina foi trazida à colação, ao ensejo da sessão de julgamento, pelo ilustre revisor, Desembargador CARLOS ALBERTO GARBI, lembra que a sentença opera como que uma novação. Não a novação negocial, mas a novação processual, que cria nova pretensão em prol do credor, e, por isso, se rege por novo prazo, o geral, atualmente de 10 anos, na forma do art. 205 do Código Civil (Tratado, Tomo VI, § 703).

Nessa linha, decidiu o Superior Tribunal de Justiça, em v. acórdão da lavra de um de seus maiores civilistas, lembrado pela apelante nas razões de apelação (fl. 285):

"SEGURO. Prescrição. Complementação. Depois de a seguradora ter reconhecido a sua obrigação e pago a indenização, a ação de cobrança do complemento da indenização prescreve no prazo longo dos direitos pessoais. Recurso não conhecido." **(REsp 453.221, RUY ROSADO DE AGUIAR)**.

Acesso ao Sumário

Copio na íntegra a fundamentação do ilustre Ministro RUY, que se reporta ao v. acórdão recorrido, oriundo do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

"Estou de acordo com a fundamentação exposta no r. acórdão recorrido:

'*Por certo, preceitua o art. 178, § 6°, II, do Código Civil que prescreverá em um ano a 'ação do segurado contra o segurador e vice-versa se o fato que a autoriza se verificar no país; contado o prazo do dia em que o interessado tiver conhecimento do mesmo fato'.*

Este dispositivo aplicar-se-á, assim, à demanda em que o segurado vise obter o pagamento do seguro como um todo, ou seja, quando se pretenda o reconhecimento judicial de que a seguradora deve honrar ao pactuado, girando a controvérsia em torno de seu direito em fazer jus ou não à indenização pleiteada.

Em outras palavras, a prescrição ânua somente incidirá quando a seguradora tenha se negado a adimplir qualquer indenização por entender que a situação fática do contratante não se aplica às hipóteses previstas na apólice contratada entre as partes.

Não assim, porém, quando o litígio refira-se à complementação da importância paga pela empresa de seguros, pois, em casos tais, a tutela jurisdicional pleiteada refere-se, ainda que em tese, ao ato ilícito praticado pela ré que efetuou pagamento inferior ao que havia sido anteriormente acordado.

Isto porque a seguradora, como é a hipótese em exame, não discute acerca do direito do autor ao seguro pleiteado; isto é, não há controvérsia acerca do enquadramento da situação concreta à apólice de seguros efetivada entre as partes - expressamente reconhecido pela contratada ao efetivar o pagamento, mesmo que parcial -, mas, tão-somente, questiona-se a quantia a ser desembolsada a título de indenização. Neste contexto, incide a regra prevista no art. 177, CC, por se tratar de ação pessoal, de cunho ordinário, cujo prazo prescricional é de 20 anos.

Neste sentido, aliás, é recente pronunciamento desta Corte:

'... não recebendo o apelante o que considera justo, violou-se o direito do segurado. Naturalmente, este é o fato próximo causador do arguido direito, constituindo o seguro apenas o ponto indicador e o marco a fixar o objeto desta demanda, que é o dano' e, por conseguinte, 'inviável se torna a aplicabilidade do art. 178, § 6°, II, CC, mas, sim, a do art. 177'. (Trechos extraídos do voto vencedor, da lavra da Juíza Jurema Brasil, no apelo n° 301.154-3, julgado pela 3ª Câmara Cível em 16.2.2000).

Em situação similar, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu que 'o caso em tela difere dos precedentes deste Tribunal, envolvendo a aplicação de referida Súmula (Súmula 101), uma vez que o direito ao seguro já foi reconhecido, tanto que efetuado o pagamento' e cuja ementa parcial é a seguinte:

'Ação de complementação de seguro de vida pessoal e em grupo.

Prescrição. Se a empresa efetuou o pagamento do seguro pleiteado pelo segurado, não pode alegar, posteriormente, em ação que visa a complementação dos valores recebidos, ter ocorrido a prescrição (...).' (REsp nº 159.878, 3ª Turma, rel. Min. Waldemar Zveiter, DJU de 14.09.98, p. 57) (fls. 125/127).

O prazo curto do art. 178, § 6º, II, do CC somente se aplica para o segurado acionar a seguradora a fim de compeli-la a reconhecer a sua obrigação e efetuar a prestação. Uma vez reconhecido o direito, o crédito que remanesce em favor do segurado em razão do pagamento incompleto tem a sua pretensão prescrita como os direitos pessoais, ou seja, pelo art. 177 do CC.

Posto isso, não conheço do recurso." (**grifei**).

Declarou voto vencedor o Ministro ALDIR PASSARINHO JÚNIOR, pela aplicação do prazo quinquenal do Código de Defesa do Consumidor:

"Srs. Ministros, este caso é diverso do precedente da Segunda Seção, de que fui relator para acórdão, em que se entendeu pela prescrição de um ano, com base em julgado do Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo. Neste caso, há um defeito na própria prestação do serviço, que é o pagamento a menor do valor do seguro; em sendo assim, prevalece o prazo de cinco anos, de acordo com o Código de Defesa do Consumidor, e não de um ano, que é específico do Código Civil."

Noutro precedente, a Corte, relator o saudoso Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, assentou:

"Prescrição. Pagamento de seguro efetuado a menor, pelo valor de mercado e não pelo valor da apólice. Precedente da Corte.

1. Efetuando a empresa o pagamento, embora a menor, não pode invocar o art. 178, § 6º, II, do Código Civil para obstar a cobrança do pagamento da diferença.

2. Recurso especial não conhecido." **(REsp 474.147)**.

No corpo do acórdão, o Ministro DIREITO, igualmente se reportando ao precedente do Ministro WALDEMAR ZVEITER, que transcreve mais longamente do que o v. acórdão mineiro no caso do Ministro RUY ROSADO, assevera:

"Estou em não conhecer do especial. De fato, no caso, a empresa seguradora efetuou o pagamento da indenização, reconhecendo, assim, o direito do segurado, mas pagou, apenas, o valor de mercado, não aquele constante da apólice. Houve recibo do autor, retirando o Acórdão recorrido, contudo, a natureza de transação, matéria não mais discutida no especial. Ora, tenho que se a empresa já reconheceu o direito do autor da ação ao pagamento da indenização, embora tenha feito pagamento a menor, não se há de aplicar o art. 178, § 6º, II, do Código Civil, porque, aqui, na verdade, trata-se de direito pessoal do autor a reclamar a diferença a que julga ter direito com base na apólice de seguro. Há

Acesso ao Sumário

precedente desta Terceira Turma, relator o Senhor Ministro Waldemar Zveiter, em que se destaca:

'O caso em tela difere dos precedentes deste Tribunal envolvendo a aplicação da referida Súmula, uma vez que o direito ao seguro já foi reconhecido, tanto que efetuado o pagamento. O que se busca, nesta ação, é, tão somente, complementação dos valores pagos, porque entende o ora recorrido, que o foram em quantia inferior à efetivamente devida. Não se perquire, mais, sobre o direito do autor ao seguro pleiteado. Este, a própria seguradora reconheceu. Não pode agora, quando se discute o acerto ou desacerto do pagamento efetuado, segundo as disposições do contrato, pretender seja declarada a prescrição.' (REsp nº 159.878/SP, DJ de 14/9/98).

Este entendimento não merece, na minha compreensão, reparo.

Eu não conheço do especial." (**grifei**).

Com efeito, se espontaneamente reconheceu o direito do segurado, ou foi convencida judicialmente disso, a seguradora não pode deixar de pagar a diferença que eventualmente lhe deva, valendo-se do mais exíguo dos prazos prescricionais.

Isto não pode ser aceito: o direito do segurado, mais fraco na relação contratual securitária, já está afirmado. Resta que a companhia pague o que deve, que sabe que deve e que contratou pagar nos limites da apólice que emitiu. Não fazê-lo, na dicção do Ministro PASSARINHO, configuraria "*defeito na própria prestação do serviço*" a chamar a incidência do CDC. Afinal, reitera-se, o direito já estava reconhecido.

Aliás, as regras acerca de prescrição hão de ser interpretadas de modo estrito.

Com efeito, fazendo remissão a julgados do Supremo Tribunal Federal e deste Tribunal de São Paulo, WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO ensina:

"Em primeiro lugar, é de se advertir que, na matéria em exame, as disposições são sempre de aplicação estrita, não comportando interpretação extensiva, nem analogia; a exegese será sempre restritiva. Na dúvida, deve julgar-se contra a prescrição, meio talvez antipático de extinguir-se a obrigação" **(Curso de Direito Civil, 1º volume (parte geral), 27ª ed., pág. 294)**.

No mesmo sentido, YOUSSEF SAHID CAHALI, com remissão ao Professor WASHINGTON, em seu Prescrição e Decadência, 2008, págs. 19/20.

Assim, de resto, decide reiteradamente este Tribunal:

"PRESCRIÇÃO - Instituto que, ao limitar/restringir o exercício de direitos pelo decurso do tempo, se submete à exegese estrita - Disciplina normativa que deve ser interpretada restritivamente, não comportando interpretação

extensiva, nem analogia - Aumento com base na sinistralidade - Viável repetição simples do excesso - Prescrição comum - Prazo de dez anos - art. 205 do CC - Precedentes desta corte - Recurso desprovido. PLANO DE SAÚDE - Aumento em razão de elevada sinistralidade (303,72%) - Descabimento - Abuso caracterizado - Onerosidade excessiva evidente - Sinistralidade que integra os riscos inerentes ao seguro saúde - Pouco importa a natureza empresarial do contrato originário - Fornecedora que não pode, de modo puramente potestativo, direta ou indiretamente, variar o preço de maneira unilateral, autêntico abuso contrário ao sistema protetivo do consumidor - Prestígio à boa-fé objetiva - Precedentes da Corte - Hipótese em que a cláusula permissiva é inespecífica - Índice da ANS - Viabilidade - Recurso desprovido, com observação." **(Ap. 3000237-42.2012.8.26.0299, FERREIRA DA CRUZ; grifei).**

"CONTRATO DE TRANSPORTE - AÇÃO DE COBRANÇA - Sobreestadia de contêineres - Prescrição do direito de ação afastada - Aplicação do art. 206, § 3º, do Código Civil - Prazo trienal - Interpretação estrita das regras relativas à prescrição - Obrigação de devolução dos contêineres em data especificada, sob pena de pagamento de tarifas de sobreestadia - Descumprimento contratual demonstrado - Ausência de prova de fato extintivo, impeditivo ou modificativo do direito do autor. Apelação provida." **(Ap. 009988-28.2011.8.26.0562, SÁ MOREIRA DE OLIVEIRA; grifei).**

"INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA - Ação de cobrança de sobreestadia 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 sobreestadia 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 sobreestadia de containers, desde que previstos os valores

Acesso ao Sumário

devidos a esse título em contrato; não havendo tal previsão, o prazo passa a ser o decenal (art. 205 do CC)". **(Incidente de Uniformização de Jurisprudência 0127698-38.2013.8.26.0000, MANOEL MATTOS; grifei).**

"'A prescrição é causa extintiva do direito ou da pretensão de direito material, pela desídia de seu titular, que deixou transcorrer o tempo sem exercitar seu direito. Sendo a prescrição causa que restringe direitos, tem de ser interpretada de maneira estrita. Quando se observar a inexistência de desídia do titular do direito ou da pretensão, deve-se dar à prescrição interpretação mitigada.' (Nelson e Rosa Maria Nery in 'Código Civil Comentado', 7ª Ed., Editora RT, p. 397)." **(Ap. 0004758-55.2010.8.26.0007, HUGO CREPALDI; grifei).**

Nesta 10ª Câmara, sob minha relatoria, permita-se-me citar:

"Prescrição. Ação de cobrança de quantia paga no contexto de negócio societário frustrado. Prazo prescricional geral, de 10 anos (art. 205 do Código Civil). Não incidência do § 3º do art. 206 seguinte. Tema de prescrição não admite interpretação analógica, muito menos extensiva. A exegese há de ser estrita, posto que se tratam, as regras de prescrição, de normas limitativas do gozo de direitos (CARLOS MAXIMILIANO). A se alargar o entendimento do disposto no § 3º, inc. V, do art. 206, em última análise tudo seria responsabilidade civil Na verdade, porém, tal dispositivo está ligado ao conceito de ato ilícito. Superada a questão da prescrição, fica confirmada a procedência da ação de cobrança decretada em primeiro grau de jurisdição, a qual se ratifica, nos termos do art. 252 do RITJSP. Apelação desprovida." **(Ap. 9175291-46.2009.8.26.0000; grifei).**

Como se vê, também à consideração de que as regras restritivas de direito se interpretam restritivamente, é de se concluir que, convencida judicialmente a seguradora a pagar indenização pelo sinistro, a ação do segurado para haver diferença a princípio não adimplida prescreve ordinariamente. Até porque, nesse caso, ademais, o direito do segurado passa a derivar do título judicial que obteve (CPC, arts. 566, I, e 475-N, I), não mais da apólice.

E é a própria ***ratio essendi*** do instituto da prescrição a indicar que esta é a solução correta para a lide.

Afinal, doutrinam GUSTAVO TEPEDINO e outros, com oportuna remissão ao Professor SILVIO RODRIGUES, "*o fundamento do instituto reside 'no anseio da sociedade em não permitir que demandas fiquem indefinidamente em aberto; no interesse social de estabelecer um clima de segurança e harmonia, pondo termo a situações litigiosas e evitando que, passados anos e anos, venham a ser propostas ações reclamando direito cuja prova de constituição se perdeu no tempo' (Direito Civil, p. 237)*" (Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República, 2ª ed., vol. I, pág. 360; grifei).

Acesso ao Sumário

Ora, no caso concreto, a partir do reconhecimento judicial do direito da apelante à indenização que contratou, a seguradora apelada, de boa fé, não pode pretender desconhecer, ou dizer-se insegura acerca do direito da contraparte ao total da cobertura contratada. Não se cogita mais de pacificação de relações sociais, que já estão, por decisão da Justiça, solvidas e equacionadas. Resta à seguradora pagar o que deve e pelo que recebeu a contrapartida dos prêmios.

Transportando este raciocínio, aplicável ao próprio instituto da prescrição, ao prazo curto, ânuo - antiga opção legislativa, símile à tomada, ***v. g.***, pelos direitos italiano (GASPERONI, ***op***. cit., pág. 608) e português (CUNHA GONÇALVES, ***op***. e loc. cits.) -, de prescrição da ação contra a seguradora, relembre-se que decorre ele da necessidade de se assegurar a estabilidade das relações securitárias: a seguradora não pode fazer provisões por longo tempo, para enfrentar possíveis e futuras demandas, em número incerto, o que afetaria o cálculo atuarial e, consequentemente, o valor do prêmio.

Mas, o fato é que, como visto, indica a doutrina e decorre da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, duas são as relações que decorrem da apólice: (1ª) a de seguro propriamente dita, de onde surge a pretensão de o segurado exigir o reconhecimento do seu direito e o pagamento da indenização, com prazo ânuo de prescrição; (2ª) a relação de crédito, com o direito do credor de receber o saldo que lhe é devido, uma vez já reconhecida a obrigação securitária.

Relativamente a esta segunda pretensão, não estão presentes, no caso ***sub judice***, as razões que justificam o prazo curtíssimo, na medida em que já havia, quando do ajuizamento da execução complementar, sido declarada pela Justiça, por decisão passada em julgado, a obrigação de suportar a cobertura decorrente da apólice. Nem em tese, portanto, existia risco de abalo do cálculo atuarial, ou de surgimento de outras incertezas. Ao contrário, já era certa a obrigação de seguradora de pagar o valor da apólice. Deveria tê-lo feito de boa fé, espontaneamente, tão logo transitada em julgado a sentença que a condenou no processo de conhecimento, independentemente do requerimento, pela segurada, da instauração do processo de cumprimento de sentença.

A regra da boa fé objetiva (Código Civil, art. 422), de resto, é invocada todos os dias, nos Pretórios, quanto ao contrato de seguro, como se exemplifica na casuística deste Tribunal: Ap. 1056292-98.8.26.0100, CRHISTINE SANTINI; Ap. 0164345- 91.2011.8.26.01100, LUIZ ANTONIO DE GODOY; Ap. 9000017-30.2012.8.26.0011, EDUARDO SÁ PINTO SANDEVILLE; Ap. 1002389-83.2015.8.26.0011, MOREIRA VIEGAS.

Está-se, ressalto mais, em sede de Direito do Consumidor, posto que, como é também da jurisprudência deste Tribunal, o seguro empresarial contra incêndio é regido pelo CDC (Ap. 0123112-85.2009.8.26.0100, MAIA DA CUNHA; Ap. 9179190-86.2008.8.26.0000, CRISTINA ZUCCHI; Ap.

Acesso ao Sumário

9218513-69.2006.8.26.0000, J.L. MÔNACO DA SILVA; Ap. 9171055-61.2003.8.26.0000, SÉRGIO SHIMURA).

E, aí, no âmbito do CDC, a boa fé tem eminente presença, havendo até mesmo texto legal a estatuir como direito "**básico**" do consumidor a "**efetiva**" reparação de danos patrimoniais (CDC, Lei 8.078/90, art. 6o, VI).

Não estará, indisputavelmente, com a boa fé a atitude da seguradora de escudar-se no erro da parte mais fraca na relação contratual, a consumidora, que deixou, a princípio, de executar o todo da condenação, para não quitar integralmente o que a Justiça já lhe determinara que pagasse.

Eis porque, ***data venia***, ao contrário do decidido, era de se rejeitar a exceção de pré-executividade, devendo prosseguir a execução, até final satisfação do crédito exequendo.

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

É como voto.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2253555-89.2015.8.26.0000, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é agravante SOCIEDADE BENEFICENTE E HOSPITALAR SANTA CASA DE MISERICÓRDIA DE RIBEIRÃO PRETO, é agravada MARIA DO SOCORRO FREITAS DA SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17907)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JAMES SIANO

(Presidente) e MOREIRA VIEGAS.

São Paulo, 14 de dezembro de 2015.

J.L. MÔNACO DA SILVA, Relator

Ementa: AÇÃO INDENIZATÓRIA - Erro médico - Decisão que indeferiu a denunciação da lide dos profissionais que atenderam o falecido - Inconformismo - Desacolhimento - Relação de consumo configurada - Responsabilidade dos prestadores de serviços médicos que é objetiva - Ampliação da fase instrutória para abarcar a responsabilidade subjetiva dos médicos que prejudica os consumidores - Denunciação da lide indevida - Precedente do Colendo Superior Tribunal de Justiça - Decisão mantida - Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Sociedade Beneficente e Hospitalar Santa Casa de Misericórdia de Ribeirão Preto contra a r. decisão copiada a fls. 27/30 que, nos autos da ação indenizatória ajuizada pela agravada em face da agravante, indeferiu a denunciação da lide dos médicos Celso Arai Filho, Dogelo Silveira Neto e Paulo Roberto Fontes Mega.

Sustenta a agravante em síntese, que a r. decisão agravada deve ser reformada, porque: a) a denunciação tem o objetivo de dispensar a possibilidade de futura ação regressiva autônoma; b) os atos dos prepostos extrapolam a atividade fim; c) a análise da culpa do profissional é imprescindível. Pede o efeito suspensivo e, ao final, o provimento do recurso.

As diligências do art. 527 do Código de Processo Civil foram dispensadas por este relator.

É o relatório.

O recurso não merece provimento.

Pelo que consta dos autos a autora, ora agravada, ajuizou ação indenizatória em face do hospital, ora agravante, alegando que o filho faleceu em razão de erro médico (atendimento falho dos prepostos da requerida).

Com isso, fica claro que a relação entre as partes é de consumo, sendo a responsabilidade civil em análise objetiva.

No caso, a denunciação da lide dos médicos, sujeitos à responsabilidade subjetiva, ampliaria a fase de instrução em desfavor da autora, violando os princípios da legislação consumerista, em especial os arts. 88 e 101, inc. II, do Código de Defesa do Consumidor.

Acesso ao Sumário

Aliás, em caso análogo, assim decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"RECURSO ESPECIAL. DENUNCIAÇÃO À LIDE. MÉDICA PLANTONISTA QUE ATENDEU MENOR QUE FALECEU NO DIA SEGUINTE. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO CONTRA O HOSPITAL. DENUNCIAÇÃO DA MÉDICA À LIDE. IMPOSSIBILIDADE. SERVIÇO DE EMERGÊNCIA. RELAÇÃO DE PREPOSIÇÃO DO MÉDICO COM O HOSPITAL.

RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL. PRODUÇÃO DE PROVAS QUE NÃO INTERESSAM AO PACIENTE. CULPA DA MÉDICA. ÔNUS DESNECESSÁRIO.

1. A responsabilidade do hospital é objetiva quanto à atividade do profissional plantonista, havendo relação de preposição entre o médico plantonista e o hospital. Precedentes.

2. O resultado da demanda indenizatória envolvendo o paciente e o hospital nada influenciará na ação de regresso eventualmente ajuizada pelo hospital contra o médico, porque naquela não se discute a culpa do profissional.

3. Qualquer ampliação da controvérsia que signifique produção de provas desnecessárias à lide principal vai de encontro ao princípio da celeridade e da economia processual. Especialmente em casos que envolvam direito do consumidor, admitir a produção de provas que não interessam ao hipossuficiente resultaria em um ônus que não pode ser suportado por ele. Essa é a ratio do Código de Defesa do Consumidor quando proíbe, no art. 88, a denunciação à lide.

4. A culpa do médico plantonista não interessa ao paciente (consumidor) porque o hospital tem responsabilidade objetiva pelos danos causados por seu preposto; por isso, é inviável que no mesmo processo se produzam provas para averiguar a responsabilidade subjetiva do médico, o que deve ser feito em eventual ação de regresso proposta pelo hospital.

5. A conduta do médico só interessa ao hospital, porquanto ressalvado seu direito de regresso contra o profissional que age com culpa. De tal maneira, a delonga do processo para que se produzam as provas relativas à conduta do profissional não pode ser suportada pelo paciente.

6. Recurso especial conhecido e não provido"

(REsp 801.691/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 6/12/2011, DJe 15/12/2011)

Por fim, acrescente-se apenas que esta Colenda Câmara já se se posicionou no mesmo sentido (Agravo de Instrumento n. 0123658-18.2010.8.26.0000, 5ª Câmara de Direito Privado, rel. J.L. Mônaco da Silva, julgado em 1/12/2010).

Acesso ao Sumário

Em suma, a r. decisão agravada não merece nenhum reparo, devendo ser mantida por seus jurídicos fundamentos.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1003131-75.2013.8.26.0271, da Comarca de Itapevi, em que é apelante SUPERMERCADOS IRMÃOS LOPES S.A., é apelado MICHELLE MAGLAENNE BARBOSA DE BRITO (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27081)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DONEGÁ MORANDINI (Presidente sem voto), VIVIANI NICOLAU e CARLOS ALBERTO DE SALLES.

São Paulo, 14 de dezembro de 2015.

EGIDIO GIACOIA, Relator

Ementa: Apelação - Indenização - Furto de motocicleta em estacionamento de supermercado - Parcial Procedência - Responsabilidade da empresa ré caracterizada - Dano material - Reparação devida - Decisão mantida nos termos do art. 252 do RITJSP. Recurso Improvido.

VOTO

Trata-se de ação de indenização por danos materiais e morais c/c lucros cessantes ajuizada por Michelle Maglaenne Barbosa de Brito em face de Supermercado Irmãos Lopes Ltda. (Supermercado Lopes) e Stop & Park Estacionamentos.

A r. sentença de fls. 161/164, proferida pelo Magistrado **GUSTAVO ALEXANDRE DA CÂMARA LEAL BELLUZZO**, cujo relatório adoto, julgou parcialmente procedente o pedido para condenar os requeridos, de forma solidária, ao pagamento de indenização por danos materiais correspondentes ao valor da motocicleta furtada (R$ 4.800,00), corrigidos monetariamente desde a subtração (outubro de 2012) e com juros de mora de 1% ao mês a partir da

Acesso ao Sumário

citação. Além disso, foi reconhecida a ilegitimidade ativa da autora para pleitear indenização por lucros cessantes.

Irresignado, recorre o supermercado corréu alegando, em apertada síntese, que a decisão deve ser reformada pois o documento referente ao veículo, apresentado a fls. 27 dos autos, não atesta a titularidade do bem. Não foi trazido aos autos o documento da motocicleta expedido pelo órgão de trânsito competente. Foi apenas colacionado boleto referente ao parcelamento da moto. Além disso, há excludente de responsabilidade pelo fato causado por terceiro. Afirma que a apelada não observou as placas de advertência de como proceder ao acorrentamento das motos para evitar furtos. Requer o provimento do recurso para julgar improcedente o pedido ou, subsidiariamente, para reduzir o valor da indenização pela metade diante da culpa concorrente da apelada.

Recurso tempestivo e preparado a fls. 175, foi recebido no duplo efeito (fls. 177).

Não foram apresentadas contrarrazões.

Certidão a fls. 189 de decurso do prazo sem oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Com a devida vênia, a irresignação recursal não merece prosperar.

Na verdade, a r. sentença deve ser confirmada pelos seus próprios e bem deduzidos fundamentos, os quais ficam inteiramente adotados como razão de decidir pelo improvimento do recurso, nos termos do art. 252 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça que dispõe: "***Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la.***"

Consigne-se apenas que, na hipótese dos autos, restou comprovado que a motocicleta da autora foi furtada nas dependências do estacionamento disponibilizado pelo supermercado corréu no dia 15/10/2012.

Ora, é inegável a responsabilidade do supermercado pela guarda de veículo (ou motocicleta) no seu estacionamento.

Nesse sentido, é o enunciado da Súmula 130 do Superior Tribunal de Justiça: "***A empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorridos em seu estabelecimento***".

O supermercado réu disponibilizou o estacionamento e, portanto, deverá responder pelos danos causados aos consumidores que o utilizam.

Quanto à alegada falta de prova da propriedade da motocicleta, note-se que o boletim de ocorrência de fls. 21/22 traz a descrição completa do veículo, inclusive os números do chassi e Renavan, dados evidentemente extraídos do respectivo documento de propriedade. Esse mesmo documento também estampa

a autora como sendo a proprietária da motocicleta.

Além disso, foi colacionado boleto de financiamento também no nome da autora (fls. 27).

Portanto, a parcial procedência do pedido inicial era mesmo de rigor, devendo permanecer irretocável a r. sentença.

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

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1010225-40.2015.8.26.0001, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes JOÃO EDUARDO DIOGO FILHO e RENATA MELLO DE CARVALHO, é apelado CYRELA NISS EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA. (NÃO CITADO).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 8558)**

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

São Paulo, 15 de dezembro de 2015.

JOSÉ ROBERTO FURQUIM CABELLA, Relator

Ementa: Apelação Cível - Compromisso de compra e venda de imóvel - Promitentes compradores que pleiteiam a restituição de valores pagos a título de comissão de corretagem e de taxa SATI - Sentença que reconheceu a prescrição trienal da pretensão autoral, prevista no art. 206, § 3º, IV do Código Civil - Desacerto - Aplicável, ao caso em tela, a prescrição decenal do art. 205 do Código Civil - Prazo prescricional que não havia transcorrido integralmente quando da propositura da ação. Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos etc.

Trata-se de recurso de apelação (fls. 61/68) interposto por João Eduardo Diogo Filho e Renata Mello de Carvalho, contra sentença (fls. 56/59), que julgou extinta, por prescrição, ação proposta em face de Cyrela Niss Empreendimentos Imobiliários Ltda., demanda por meio da qual os autores pretendem a restituição dos montantes pagos à demandada a título de comissão de corretagem e de taxa SATI.

Requerem os apelantes a reforma da sentença, sustentando, para tanto, que a ação não tem fundamento em enriquecimento sem causa, razão pela qual entendem que a prescrição deve ser contada com base no art. 205 do Código Civil (10 anos), afastando-se o prazo prescricional de três anos previsto no art. 206, § 3º, IV, da mesma lei.

Não foram apresentadas contrarrazões, haja vista a ausência de citação da requerida.

É, em síntese, o relatório.

Afirmam os requerentes, em sede de petição inicial, que, em agosto de 2008, firmaram "*escritura de promessa de compra e venda de unidade autônoma condominial com cláusula suspensiva e outras avenças*" com a empresa ré, visando a aquisição da propriedade da unidade nº 192 do empreendimento Floris Bosque Residencial Santana. Sustentam que a demandada exigiu o pagamento de valores a título de comissão de corretagem e de taxa SATI, o que totalizou o montante de R$ 19.783,91. Entendendo que tais encargos são indevidos, postulam a restituição do citado valor.

O juízo *a quo*, considerando que a pretensão dos apelantes está prescrita, extinguiu a ação, nos termos do art. 269, IV do Código de Processo Civil.

Todavia, em que pese o entendimento da ilustre prolatora do veredito, o fato é que no caso em tela revela-se incorreta a aplicação da prescrição trienal, prevista no art. 206, § 3º, IV, do Código Civil, especificamente para a pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem causa.

Isto porque o pedido de restituição da comissão de corretagem e da taxa SATI se funda no artigo 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor, o qual inquina de nulidade as cláusulas consideradas abusivas. Logo, a pretensão dos demandantes está sujeita ao prazo prescricional geral de 10 (dez) anos, e, deste modo, não se encontrava prescrita quando da propositura da ação em abril de 2015, uma vez que os pagamentos foram efetuados em 24/08/2008, 01/10/2008, 01/11/2008 e 01/01/2009 (fls. 41/48).

Assim, não havendo que se cogitar de prescrição, é de rigor o afastamento do decreto extintivo, devendo os autos retornarem ao juízo de origem para regular processamento e julgamento do mérito da causa.

Acesso ao Sumário

Daí porque, ante o exposto, pelo meu voto, nos termos supra consignados, dou provimento a apelação para afastar a extinção da ação por prescrição, com a consequente remessa dos autos ao juízo de origem para regular processamento e julgamento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0026307-36.2010.8.26.0003, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes e apelados, de um lado FEDERAÇÃO PAULISTA DE FUTEBOL e SANTOS FUTEBOL CLUBE, do outro, AMAURY JOSÉ MARTINS LOPES DE SOUZA, e é apelado ITAÚ SEGUROS 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: "DERAM PROVIMENTO AOS RECURSOS DOS RÉUS E NEGARAM AO DO AUTOR. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24422)**

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

São Paulo, 17 de dezembro de 2015.

GRAVA BRAZIL, Relator

Ementa: Responsabilidade civil - Queda de fogo de artifício sobre torcedor, causando queimaduras - Rojões foram estourados fora do estádio, mas caíram sobre a arquibancada - Torcedor equiparado a consumidor (art. 40, do Estatuto do Torcedor, Lei n. 10.671) - Obrigação de garantir a segurança do torcedor deve ser analisada à luz das particularidades da atividade da entidade organizadora do evento, da administradora do estádio e do detentor de mando do jogo - Aos réus incumbe fiscalizar e impedir a entrada no estádio de objetos que possam ferir alguém, mas não compete garantir a mesma segurança fora dele - Inexistência de defeito no que toca à segurança esperada para o serviço prestado (art. 14, § 3º, I, do CDC) - Culpa exclusiva de terceiro (art. 14, § 3º, II,

Acesso ao Sumário

do CDC) - Sentença reformada - Recursos dos réus providos, desprovido o do autor.

VOTO

I - Trata-se de sentença que, em ação indenizatória, julgou a demanda procedente em parte, condenando os réus a pagarem, solidariamente, indenização material na quantia de R$ 1.087,12, indenização moral na quantia de R$ 10.000,00, além das custas e honorários advocatícios de 15% sobre o valor da condenação. Confira-se fls. 621/627.

Inconformados, apelam os réus e recorre adesivamente o autor.

A Federação Paulista de Futebol ("FPF") (fls. 635/641) aduz ***(i)*** inexistência de culpa de sua parte e ***(ii)*** exclusão de responsabilidade por fato de terceiro, uma vez que a prova testemunhal esclareceu que os fogos de artifício foram disparados fora do estádio.

O Santos Futebol Clube (fls. 648/661), aduz, em síntese, que não há provas de que o autor tenha se ferido dentro do estádio e nem de que os fogos tenham sido disparados dentro do estádio. Além disso, também enfatiza a divergência dos depoimentos do autor e das testemunhas Welton e Vladimir, quanto ao local de onde partiram os fogos de artifício que atingiram o autor. Ademais, ***(i)*** aduz não ser o caso de responsabilidade objetiva; ***(ii)*** inexistência de dano moral e, subsidiariamente, redução do *quantum* indenizatório; e ***(iii)*** redução dos honorários advocatícios para 10% do valor da condenação.

O autor (fls. 685/690), por sua vez, requer a majoração da verba indenizatória para R$ 35.000,00, além da majoração da verba honorária para 20% sobre o valor da condenação.

O preparo foi recolhido (fls. 642/644 e 662/663, 691/694, 701, 704/705 e 709), sendo os recursos recebidos (fls. 664 e 695) e contra-arrazoados (fls. 669/676, 678/683, 712/716 e 719/724), oportunidade em que o autor aduz a intempestividade da apelação do Santos F.C.

É o relatório, adotado, quanto ao mais, o da sentença apelada.

II - O autor ajuizou a demanda, em outubro de 2010, narrando ter sofrido queimaduras ao ser atingido por fogos de artifício enquanto assistia a uma partida de futebol no estádio do réu Santos F.C. Pelo motivo exposto, pleiteou indenização moral (com valor a ser arbitrado pelo juízo), indenização estética (em quantia equivalente ao necessário para o custeio de cirurgia estética reparadora), e indenização material (na quantia de R$ 1.137,12, correspondente às despesas realizadas por conta do ocorrido).

O juízo *a quo* julgou a demanda procedente em parte, sob o fundamento, em resumo, de que "A responsabilidade e obrigação de indenizar por resultado danoso experimentado por torcedor em estádio de futebol é da entidade

Acesso ao Sumário

administradora do estádio, do clube detentor do mando de jogo, como também da entidade organizadora da competição, afora os dirigentes, consoante estabelece o 'Estatuto do Torcedor', artigos 13, 14 e 19. E na proteção e garantia do torcedor, como consumidor que é, pouco importa se o vetor causador do resultado danoso eclodiu dentro ou fora do estádio, já que a responsabilidade é de natureza objetiva, fundada na teoria do risco (CC, artigo 927 e parágrafo único; CDC, artigo 14)".

De início, a r. sentença foi disponibilizada dia 07.02.2014 (sexta-feira), de modo que a data da publicação foi o dia 10.02.2014 (segunda-feira) e a contagem do prazo recursal teve início em 11.02.2014 e fim em 12.03.2014, data em que foi protocolado o recurso do Santos F.C. (fls. 648), razão pela qual ele é tempestivo.

Quanto à questão de fundo, de fato, é o caso de reforma.

Não se olvida que há equiparação da relação ***torcedor - entidade de prática desportiva - entidade organizadora da competição*** e ***consumidor - fornecedor*** (arts. 3º e 40, do Estatuto do Torcedor, Lei nº 10.671), além de existir lei determinando a responsabilidade objetiva e solidária entre as referidas entidades e seus dirigentes por violações à segurança dos torcedores nos locais onde são realizados os eventos (arts. 13, 14, 15 e 19, do diploma mencionado).

Nada obstante, os referidos dispositivos devem ser interpretados à luz das particularidades do serviço prestado (partida de futebol), além de que, no caso, deve-se ter em mente que responsabilidade objetiva não é sinônimo de responsabilidade integral e ilimitada por qualquer evento danoso que venha a ocorrer no interior do estádio de futebol.

No contexto, deve-se verificar se o fato danoso tem relação com a segurança esperada para o serviço prestado, de sorte a caracterizar defeito (art. 14º, *caput*, § 1º, I e II, do CDC).

No caso, a despeito do autor e da testemunha Welton não saberem se os fogos foram ou não soltos dentro do estádio (fls. 597 e 598), a testemunha Vladimir, trazida pelo próprio autor, contou que "a torcida uniformizada não levou nem soltou fogos; dentro do estádio Amaury ficou perto do placar eletrônico e a torcida uniformizada mais distante; **quando o Santos entrou em campo houve queima de fogos de fora do estádio, vendo que fogos caíram para dentro e atingiram frequentadores, muitos se ferindo**" (fls. 599).

Isto é, tem-se que os fogos foram soltos **fora do estádio** e, portanto, fora do campo de atuação dos réus para garantir a segurança dos torcedores.

É certo que cabe aos réus fiscalizar e impedir a entrada nos estádios de qualquer objeto (tais como armas, facas, explosivos etc) capaz de causar dano à integridade física de alguém, todavia, não há como impor idênticas obrigações no entorno (ruas, calçadas, praças próximas ao local da partida), onde, apesar de

Acesso ao Sumário

ser expressivo o número de torcedores, é de livre circulação.

Frise-se que até mesmo o Código de Defesa do Consumidor exclui a responsabilização integral, em seu art. 14, § 1º e respectivo inciso II, ao prever que o serviço será defeituoso quando "não fornece a segurança que o consumidor **dele pode esperar**", considerando "o resultado **e os riscos que razoavelmente dele se esperam**" (destaque nosso). Não se mostra razoável esperar que o particular exerça poder de polícia fora dos limites do estádio, a fim de impedir a explosão de fogos de artifício que possam vir a cair sobre a torcida, nem mesmo se mostra razoável esperar que a entidade organizadora do evento, ou o clube, ou a administradora do estádio sejam responsáveis por qualquer coisa que 'cair do céu' dentro dele.

Nesse sentido, a queda de um fogo de artifício lançado **fora do estádio** é um fato estranho à atividade da administradora do estádio, do clube detentor do mando de jogo, como também da entidade organizadora da competição, caracterizando excludente de responsabilidade por ***(i)*** inexistência de defeito no que toca à segurança esperada para o serviço prestado (art. 14, § 3º, I, do CDC) e ***(ii)*** culpa exclusiva de terceiro (art. 14, § 3º, II, do CDC).

Em conclusão, é o caso de reformar a r. sentença, para julgar improcedente a demanda.

Diante do resultado do julgamento, impõe-se a inversão do ônus de sucumbência, e fixa-se honorários em R$ 700,00 para cada réu, nos moldes do art. 20, § 4º, do CPC.

III - Ante o exposto, dá-se provimento aos recursos dos réus, desprovido o do autor. É o voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1015108-93.2015.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO ECAD, é apelado M. G. RIBEIRO - ME.

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 da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 6951)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIS MARIO GALBETTI (Presidente sem voto), LUIZ ANTONIO COSTA e MIGUEL BRANDI.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 7 de janeiro de 2016.
MARY GRÜN, Relatora

Ementa: DIREITO AUTORAL. Ação proposta pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD) em face de academia de ginástica para o pagamento de direitos autorais pela reprodução não autorizada de obras musicais. Juízo *a quo* que julgou improcedente o pedido. Insurgência do autor que merece acolhida. Execução de obras musicais em local de frequência coletiva sem prévia autorização que pressupõe o pagamento de direitos autorais. Arts. 28 e 29 da Lei 9.610/1998. Desnecessidade de discriminação das obras reproduzidas e de comprovação da filiação dos titulares dos direitos autorais. Multa indevida, já que ausente a intenção de violar os direitos autorais. Precedentes. Pagamento devido com base na tabela de preços do ECAD. Reparação de ilícito extracontratual que pressupõe a aplicação da prescrição trienal conforme art. 206, § 3º, V, do CC. Recurso parcialmente provido. Sentença reformada.

VOTO

Vistos.

Trata-se de *ação de cumprimento de preceito legal com pedido liminar c/c perdas e danos* (*sic*), ajuizada por Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD) em face de M.G. Ribeiro - M E.

A r. sentença de fls. 321/326 julgou improcedente o pedido.

O autor foi condenado a arcar com custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R$ 3.000,00.

Apela o requerente (fls. 329/353), alegando, em síntese, que: a) "*quando adquire-se o fonograma, tão somente a propriedade do produto (CD) pertence ao adquirente. A obra musical continua de titularidade do proprietário, que não permite a execução pública musical, a reprodução, a inserção em obras publicitárias*"; b) "*imaginar que o pagamento do CD ou DVD quita o direito autoral de execução pública musical, diante de toda a legislação que cerca, é presumir em prejuízo do titular da obra autoral utilizada indevidamente.*"

Pugna pela reforma da r. sentença, "*condenando a recorrida nos termos*

Acesso ao Sumário

do pedido na inicial, invertendo-se o ônus da sucumbência."

Tempestivo, o recurso foi regularmente recebido e processado, com resposta às fls. 359/369.

É o relatório.

O recurso merece ser parcialmente provido.

O autor se insurge, com razão, contra a decisão do DD Juízo *a quo* que julgou improcedente seu pedido para que a ré fosse condenada a pagar pelos direitos autorais em virtude da sonorização ambiental nas dependências de sua academia de ginástica.

Primeiramente, requer que, nos termos do artigo 105 da Lei 9.610/98, seja expedido mandado judicial a fim de suspender ou interromper a execução de obras musicais pela ré.

Argumenta, para tanto, que apesar de haver previsão legal para sua pretensão, necessita no plano da eficácia de tutela judicial para atingir o fim estipulado em lei.

De tal feita, o autor, em sede recursal, vem reiterar pedido já realizado em primeiro grau, sem, contudo, ter sido apreciado.

Ressalte-se que o autor persiste em argumentar, a fim de obter antecipação dos e feitos da tutela, que há previsão legal para sua concessão, porém não traz aos autos prova de que a pós o ajuizamento da ação a conduta da ré persistiu, de forma que não há amparo fático para a concessão pretendida.

Posto isso, passa-se à análise do mérito.

A execução das obras musicais e os parâmetros de cobrança elencados na petição inicial restaram bem demonstrados nos autos.

Por opção legislativa, há previsão do dever de pagamento de direitos autorais, sendo o uso de composições musicais direito exclusivo de seu autor nos termos da Lei nº 9.610/1998:

"Art. 28. Cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica.

Art. 29. Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como: [...]"

No mais, na medida em que a apelada utiliza as músicas em sua academia de ginástica, é crível cogitar, ainda que de forma indireta, que obtém proveito econômico.

Nessa esteira, é necessária a aplicação da Súmula 63 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual "*são devidos direitos autorais pela retransmissão radiofônica de músicas em estabelecimentos comerciais.*"

Nesse sentido, aliás, sólida jurisprudência deste E. Tribunal:

COBRANÇA. DIREITOS AUTORAIS. ECAD. ACADEMIA DE

GINÁSTICA. LEGITIMIDADE ATIVADE CORRENTE DE LEI. DESNECESSIDADE DE DISCRIMINAÇÃO DE CADA MÚSICA REPRODUZIDA E DE PROVA DA FILIAÇÃO DOS TITULARES DOS DIREITOS. TABELA DE REMUNERAÇÃO. VALIDAD(...) RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL. TERMO INICIAL DOS JUROS DE MORA A PARTIR DO ILÍCITO. LIMITES OBJETIVOS DO RECURSO. SENTENÇA MANTIDA. APELAÇÃO NÃO PROVIDA. 1. Atribuição do ECAD para cobrança de direitos autorais que é claramente prevista no art. 99, da Lei nº 9.610/98, sendo desnecessária a prova da filiação dos titulares dos direitos, bem como a discriminação das obras reproduzidas. Precedentes. 2. Responsabilidade da ré/apelante pela reprodução das obras devidamente demonstrada no caso concreto. 3. Aplicação da Tabela de Arrecadação do ECAD. Validade. Autorização legal. Precedentes do STJ. 4. (...) 5. Juros de mora. Termo inicial. Violação aos direitos autorais que constitui ato ilícito, devendo incidir os juros moratórios a partir do evento danoso. Súmula nº 54, STJ. Precedentes. 6. Ausência de impugnação quanto à multa de 10% fixada na sentença. Limites objetivos do recurso que devem ser devidamente respeitados. 7. Sentença mantida. 8. Apelação da ré não provida. Voto vencido. **(TJ-SP - APL: 0015264-14.2011.8.26.0506/SP, Relator: Alexandre Lazzarini, Data de Julgamento: 29/11/2012, 6ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 28/01/2013)**

"APELAÇÃO. DIREITOS AUTORAIS. Ação de cobrança ajuizada pelo ECAD. Academia de Ginástica. Sentença de improcedência. Inconformismo do autor. Demonstração no sentido de que o réu utiliza sonorização ambiental em suas dependências. Desnecessidade de indicação das obras musicais executadas, bem como dos autores lesados, de acordo com a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça. Obrigação reconhecida, porém limitada ao período anterior à celebração de contrato de prestação de sonorização ambiental com a Rádio Imprensa S/A. Existência de julgado que isentou todos os clientes da Rádio Imprensa de pagamento das contribuições ao ECAD. Validade de tal decisão para afastar o dever de o réu efetuar pagamento de contribuição após a celebração do referido contrato. Precedente desta Câmara em igual sentido. Acolhimento parcial do pleito do autor para determinar o pagamento das contribuições referentes ao período compreendido entre outubro de 2002 a 2 de janeiro de 2005. Legalidade da adoção da Tabela de Preços do ECAD, também consoante precedentes pretorianos. Exclusão, todavia, da cobrança da multa prevista no artigo 109 da Lei 9.610/98, posto que não demonstrada má-fé por parte do réu. Incidência de correção monetária (pela Tabela Prática deste E. Tribunal), bem como dos juros

Acesso ao Sumário

legais de 1% ao mês, a partir do vencimento de cada contribuição devida. Reconhecimento da sucumbência recíproca. Recurso parcialmente provido". (v.16948). **(TJ-SP - APL: 9000108-71.2004.8.26.0506/SP, Relator: Viviani Nicolau, Data de Julgamento: 11/11/2014, 3ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 12/11/2014)**

Acerca da validade da Tabela de Preços estipula da pelo ECAD e da desnecessidade de comprovar a filiação dos titulares das obras, já se manifestou o C. Superior Tribunal de Justiça:

"*AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA. RECONVENÇÃO. DIREITOS AUTORAIS. ECAD. EXECUÇÕES PÚBLICAS DE TRILHAS SONORAS DE FILMES. TABELA DE PREÇOS. LEGALIDADE. LEGITIMIDADE DO ECAD PARA COBRANÇA. 1. Segundo a jurisprudência desta Corte, são devidos direitos autorais pela exibição pública de trilhas sonoras de filmes. 2. Este Tribunal Superior já assentou ser válida a tabela de preços instituída pelo ECAD. 3. A remansosa a jurisprudência desta Corte reconhece a legitimidade do ECAD para a cobrança de direitos autorais independentemente da prova da filiação do titular da obra. 4. Agravo regimental não provido*" (AgRg nos EDcl no REsp 885.783/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/05/2013, DJe 22/05/2013)

Além das parcelas vencidas indicadas pelo apelante no demonstrativo de fls. 188/191, deve-se determinar a condenação da ré ao pagamento das prestações que venceram no curso da lide, nos termos do artigo 290 do Código de Processo Civil:

"Art. 290. Quando a obrigação consistir em prestações periódicas, considerar-se-ão elas incluídas no pedido, independentemente de declaração expressa do autor; se o devedor, no curso do processo, deixar de pagá-las ou de consigná-las, a sentença as incluirá na condenação, enquanto durar a obrigação".

Afasta-se, todavia, a aplicação da multa do artigo 109 da Lei nº 9.610/98 eis que, ausente comprovação da intenção de violar os direitos autorais, não se mostra devida.

Por fim, insta consignar que a pretensão do apelante é baseada em ilícito extracontratual, portanto, há de ser limitada ao período prescricional trienal, em obediência ao art. 206, § 3º, V, do Código Civil, como vem sendo decidido por este E. Tribuna l. Vejamos:

"*APELAÇÃO. DIREITOS AUTORAIS. AÇÃO INIBITÓRIA C.C. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS. Ação ajuizada pelo ECAD em face de empresa que organizou evento com execução de obras musicais. Procedência apenas do pedi do relativo à obrigação de não fazer, carreando à demandada os ônus da sucumbência. Apelo*

Acesso ao Sumário

do autor questionando o decreto de prescrição relativo à cobrança de valores. Inconsistência do inconformismo. Inexistência de qualquer ajuste entre as partes a respeito da exploração do direito autoral. Ilícito extracontratual configurado. Incidência do prazo prescricional de três anos, disposto no art. 206, inc. V, do Código Civil. Precedentes do STJ e desta Corte. Sentença mantida. Negado provimento ao recurso." (Ap. 0046819-57.2012.8.26.0007, 3ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Viviane Nicola u, j. 13/ 10/ 2015)

AÇÃO DE CUMPRIMENTO DE PRECEITO LEGAL E INDENIZAÇÃO. Direito autoral. Pretensão em razão da disponibilidade de aparelhos de TV em quartos de hotel. Sentença de procedência. Resolução 668/2014. A pela o autor sustentando a necessidade de condenação da ré também pelas parcelas vincendas. A pela a ré sustentando impossibilidade de cobrança contra quem não está filiado; ilegitimidade ativa; pedido genérico; Lei Geral do Turismo confronta com a Lei de Direitos Autorais sobre a consideração da unidade habitacional hoteleira; captação de som e imagem no interior de quarto de hotel não pode ser considerado execução pública; valores unilaterais e abusivos; incabível tutela inibitória. Cabimento do recurso do autor e em parte do reclamo da ré. Recurso do autor. Na inicial houve pedido de inclusão das parcelas vincendas na condenação. Parte contrária não afirmou nem demonstrou ter cessado o fato gerador da cobrança. Cabível a condenação pelas prestações periódicas vencidas, após o ajuizamento da ação até o trânsito em jugado, se perdurar a obrigação. Recurso da ré. Prescrição. Questão suscitada de forma superveniente à apelação. Matéria pode ser alegada em qualquer grau de jurisdição ou reconhecida até mesmo de ofício. Inteligência do ar t. 193 do CC e art. 219, § 5º, do CPC. Pretensão de reparação civil decorrente de inobservância a direitos autorais. Aplicação do atual Código Civil. Prazo prescricional de três anos. Inteligência do art. 206, § 3 º, V, do referido diploma legal. Desnecessária prova de filiação dos artistas ou da par te devedora. Valores baseados na Tabela do órgão arrecadador. Possibilidade. Inexistência de impugnação específica capaz de desautorizar a cobrança. Inteligência do art. 333, II, do CPC. Necessidade de prévia autorização do autor ou titular para a execução pública de composições musicais ou lítero-musicais e fonogramas, mediante comprovação dos recolhimentos relativos aos direitos autorais. Inteligência do art. 68, § 2º e 4º, da LDA (Lei nº 9.610/98). Utilização ou disponibilização de aparelhos de rádio e de TV nos quartos de hotel gera obrigação de pagar direitos autorais. Concessão de tutela inibitória na sentença. Possibilidade. Inteligência do art. 105 da Lei nº 9.610/ 98. Recurso do autor provido e o da ré provido em parte, para o reconhecimento da prescrição trienal. (Ap. 0197939-33.2010.8.26.0100, 14ª Câmara Extraordinária de Direito Privado, Rel. Des. James Siano, j.15/0 9/2 015).

Acesso ao Sumário

De rigor, portanto, a reforma da r. sentença.

Ante o exposto, dou provimento parcial ao recurso para que, conforme o demonstrativo de débito de fls. 188/191, excluídas as verbas alcançadas pela prescrição trienal, a apelada seja condenada a pagar ao apelante os valores devidos a título de direitos autorais, respeitado o período prescricional trienal anterior à distribuição da ação, com correção monetária a parti dos respectivos vencimentos e juros de mora de 1% ao mês a partir da citação, incluindo-se também as parcelas vencidas desde o ajuizamento da demanda.

Os ônus sucumbenciais passam a ser devidos pela apelada, incluindo honorários advocatícios que fixo em R $ 1.500,00 com base nos §§ 3º e 4º do art. 20 do Código de Processo Civil.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0009610-54.2008.8.26.0020, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ABRIL COMUNICAÇÕES S.A., é apelado IVANILTON SÉRGIO GUEDES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "por votação unânime, é que negaram provimento ao recurso da ré e do denunciado e, para fim determinado, deram parcial provimento ao recurso do autor", em conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.739)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores NATAN ZELINSCHI DE ARRUDA (Presidente sem voto), TEIXEIRA LEITE e FÁBIO QUADROS.

São Paulo, 13 de janeiro de 2016.

MAIA DA CUNHA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Indenização. Veiculação da imagem do autor em álbum de figurinhas. Competência da Justiça comum. Precedentes. Autor que era jogador de futebol e teve sua imagem publicada no álbum "Campeonato Brasileiro de 1989". Necessidade de autorização expressa do autor para publicação de sua imagem. Mera pose para a foto que não significa autorização tácita para veiculação da imagem gratuitamente. Ferimento ao direito de imagem constitucionalmente assegurado. Dano moral evidente. Pretensão que

não foi alcançada pela prescrição e não pode ser inviabilizada com fundamento em *supressio*. Indenização fixada em R$10.000,00 que não merece redução. Recurso da ré e do time denunciado que não merecem provimento. Recurso do autor parcialmente provido para fixar como termo inicial para incidência dos juros de mora a data do evento danoso (Súmula 54 do STJ) e para majorar os honorários advocatícios do patrono do autor para 20% sobre o valor da condenação.

VOTO

Trata-se de apelações interpostas contra a r. sentença, cujo relatório se adota, que julgou parcialmente procedente a ação de indenização e procedente a denunciação da lide formulada pela ré Abril Comunicações S/A contra Santos Futebol Clube. Apela a ré sustentando, em suma, ausência de ilícito diante da existência de autorização do autor para uso da sua imagem, já que consentiu e colaborou com a captação da imagem. Aduz que o fato de a publicação ter ocorrido em 1989 e da ação ter sido ajuizada apenas em 2008 demonstra a anuência com a publicação. Alega que a análise do caso deve levar em conta os usos e costumes da década de 1980, quando a imagem dos jogadores era ínsita ao contrato de trabalho e não remunerada individualmente. Afirma que os álbuns de figurinhas têm contexto informativo e que não houve ofensa à honra do autor, inexistindo danos extrapatrimoniais. Subsidiariamente, requer a redução da verba indenizatória.

Apela o autor sustentando, em suma, que o termo inicial para incidência dos juros moratórios deve ser a data do evento danoso, nos termos da Súmula nº 5 do STJ, por se tratar de responsabilidade extracontratual. Alega que a demanda foi totalmente procedente, já que indenização em valor inferior ao requerido não conduz à procedência parcial da demanda. Por fim, requer a majoração dos honorários advocatícios.

Apela, também, o denunciado sustentando, em suma, a competência da Justiça do Trabalho, necessidade de aplicação da *supressio* diante da demora para ajuizamento da ação, ausência de uso indevido de imagem, ausência de culpabilidade, inexistência de dano e caráter meramente informativo e histórico do álbum de figurinhas.

Este é o relatório.

Antes de tudo, anoto minha prevenção em razão do julgamento do Agravo de Instrumento nº 2045369- 95.2014.8.26.0000.

Os recursos serão analisados em conjunto.

Acesso ao Sumário

O autor ajuizou a presente ação com o objetivo de ser indenizado pelo uso de sua imagem pela ré, sem sua autorização, no álbum de figurinhas "Campeonato Brasileiro de 1989", publicado no mesmo ano, composto de informações sobre times de futebol participantes dos campeonatos daquele ano.

A digna Magistrada de primeiro grau julgou parcialmente procedente a ação para condenar a ré a pagar ao autor indenização, a título de danos morais, no valor de R$ 10.000,00, corrigidos desde a prolação da sentença e com juros de mora a partir da sentença, assim como condenou ao pagamento das custas e honorários fixados em 10% do valor da condenação. Considerou que, apesar de a ré e o denunciado alegarem que o direito à imagem era negociado coletivamente pelo Clube, já se aplicava à hipótese na época dos fatos o disposto no inciso X do art. 5º da Constituição Federal de 1988, assegurando direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. De acordo com a Magistrada, por se tratar de direito personalíssimo, deveria ser negociado individualmente mediante expressa autorização daquele cuja imagem seria veiculada. Salientou que não foi demonstrado que, no momento da contratação, ou posteriormente, o requerente tenha autorizado o denunciado a veicular sua imagem, de modo que a ré e o denunciado não se desincumbiram do ônus que lhe cabia. Julgou procedente a denunciação à lide do Santos Futebol Clube, condenando-o ao reembolso do prejuízo experimentado pela ré em razão da procedência em parte do pedido, assim como condenando-o ao pagamento dos honorários do patrono da denunciante, fixados em 10% sobre o valor do reembolso.

Pois bem.

Inicialmente, a competência não é da Justiça do Trabalho.

Por ocasião do julgamento do Agravo de Instrumento nº 2045369-95.2014.8.26.0000, foi determinado o prosseguimento do feito perante a Justiça Comum, pois esta 4ª Câmara de Direito Privado entendeu que o litígio tem cunho eminentemente civil. Confira-se:

> "*Em que pese a existência de relação de emprego à época entre jogador de futebol e o clube denunciado, o litígio envolvendo uso de imagem do autor pela ré tem cunho eminentemente civil. Isso porque a ré Editora Abril jamais manteve qualquer relação de trabalho com o autor. Além disso, a denunciação da lide prevista no art. 70, I a III do CPC, é incompatível com o processo do trabalho por não ser a Justiça do Trabalho competente para o julgamento da segunda demanda entre denunciante e denunciado.*
>
> *Como bem ponderou o i. Desembargador Teixeira Leite, por ocasião de julgamento de caso semelhante, 'desposamos do entendimento de que, tratando-se de discussão pertinente à violação de imagem de jogador de futebol, por meio de fotografias em álbum de figurinhas, ainda que haja*

Acesso ao Sumário

contrato entre o clube e a agravada sobre direito de imagem, e não se sabendo, ainda, a extensão desse direito, ou seja, se referido contrato alcança autorização expressa do jogador em reproduzir sua imagem em qualquer forma de mídia, a questão é estranha à Justiça do Trabalho'. (AI nº 0205668-51.2012.8.26.0000 - 4ª Câmara de Direito Privado - Rel. Des. Teixeira Leite - DJe. 26.03.2013).

Nesse sentido decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça quando do recente julgamento de Conflito Negativo de Competência envolvendo a questão: 'CONFLITO NEGATIVO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS À IMAGEM. ÁLBUM DE FIGURINHAS. INCLUSÃO DA EFÍGIE DO AUTOR. EDITORA. PRETENDIDA DENUNCIAÇÃO DA LIDE AO EX- EMPREGADOR, CLUBE DE FUTEBOL, AINDA NÃO CONCRETIZADA. INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO ENTRE AUTOR E RÉU. CONTROVÉRSIA DE NATUREZA CIVIL. JURISPRUDÊNCIA DA SEÇÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL. 1. A ação indenização por danos à imagem, reclamada de quem não é ou foi empregador, não se configura como ação oriunda da relação de trabalho, tal como descrita na Constituição Federal, art. 114, inciso I, conforme redação introduzida pela Emenda Constitucional 45/2004. 2. Precedentes da Segunda Seção. 3. Conflito de competência conhecido para declarar a competência da Justiça comum estadual' (CC nº 121072/MG - Segunda Seção - Rel. Min. Maria Isabel Gallotti - DJe. 16.10.2013)" (VT31875).

Fica, assim, mantida a decisão que reconheceu a competência da Justiça Comum para analisar e julgar a presente lide.

No mérito, os recursos da ré e do denunciado não merecem provimento.

A imagem é direito personalíssimo e só pode ser reproduzida mediante autorização da pessoa a quem pertence. Por isso não se admite a exposição pública da imagem contra a sua vontade, possuindo a interessada o direito de obstar a publicação, ou sua continuidade, bem como o direito de ser indenizada pelo uso indevido por danos materiais e morais eventualmente comprovados.

Nas palavras de Rui Stoco: "*A reprodução da imagem, consequentemente, somente pode ser autorizada pela pessoa a quem pertence, não competindo indagar se a publicação teria ou não produzido 'dano moral' ou constituído causa de enriquecimento ilícito (...). Quer dizer, pois, que a pessoa pode obstar a reprodução da sua imagem, prevalecendo a sua vontade sobre a do proprietário do retrato ou busto, o que se explica por ser certo que ela é a maior interessada, não se admitindo que, contra a sua vontade, seja exposta a sua figura em público*" (Stoco, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência, 8ª Edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.

Acesso ao Sumário

1834/1835).

Confira-se do Colendo Superior Tribunal de Justiça: "*(...) 1. A ofensa ao direito à imagem materializa-se com a mera utilização da imagem sem autorização, ainda que não tenha caráter vexatório ou que não viole a honra ou a intimidade da pessoa, e desde que o conteúdo exibido seja capaz de individualizar o ofendido... 3. A obrigação de reparação decorre do próprio uso indevido do direito personalíssimo, não sendo devido exigir-se a prova da existência de prejuízo ou dano. O dano é a própria utilização indevida da imagem...*" (REsp 794586/RJ, Quarta Turma, Rel. Min. Raul Araújo, DJe 21/03/2012).

Assim, em caso de controvérsia envolvendo publicação de imagem, o responsável deve comprovar que houve autorização pelo retratado. Caso contrário, caberá indenização pelo dano à imagem. Isso porque a publicação não precisa, necessariamente, refletir efeitos negativos para gerar indenização pelo ferimento ao direito de imagem e dano moral. O uso não autorizado de uma foto atinge o decoro, a honra e a privacidade da pessoa, independentemente da prova de prejuízo.

E, no caso, não há prova de que o autor tenha autorizado o uso de sua imagem em cromos do álbum de figurinhas "Campeonato Brasileiro de 1989", publicado no mesmo ano.

No instrumento particular de contrato de licença para uso de imagem, cessão de direitos autorais e outras avenças, firmado entre a ré e a União de Grandes Clubes de Futebol Brasileiro (Clube dos Treze), consta apenas que o Clube dos Treze cedeu para a ré, Editora Abril, a licença para que ela pudesse utilizar, de forma exclusiva, a imagem dos jogadores dos 16 times participantes da Copa União pelo prazo de 5 anos, de 29.09.1987 a 28.09.1992. O denunciado Santos Futebol Clube figurou apenas como interveniente nesse instrumento particular (fls. 78/84).

As cópias dos contratos de trabalho firmados entre o denunciado e o autor não preveem autorização para o uso da imagem do jogador nem há comprovante de pagamento de remuneração mensal abrangendo o uso da imagem do autor em álbuns de figurinhas (fls. 214/233).

Além disso, o fato de o autor ter posado para a foto não significa autorização tácita para veiculação de sua imagem gratuitamente e deve-se levar em consideração que, embora os álbuns de figurinhas possam ter caráter informativo, é inegável que a editora ré obteve lucro com a comercialização do álbum e dos cromos.

Ainda, como bem ressaltou a digna Magistrada de primeiro grau, à época dos fatos (1989), já se aplicava ao caso o disposto no art. 5º, X, da Constituição Federal de 1988, que considera inviolável a imagem das pessoas e assegura

Acesso ao Sumário

o direito de indenização por danos morais e materiais decorrentes da sua violação. Assim, o uso da imagem dos jogadores deveria ter sido negociado individualmente (fls. 336/337).

E o fato de o autor ter demorado a ajuizar a ação não é suficiente para afastar o dever de indenizar pelo uso de sua imagem sem autorização com fundamento na *supressio*. A pretensão do autor, à época do ajuizamento da ação, ainda não havia sido alcançada pela prescrição vintenária do Código Civil de 1916.

Ressalte-se que a alegada *supressio* não tem o condão de afastar a prescrição da pretensão. Tal se afirma porque o prazo prescricional tem caráter processual, é definido previamente por lei e não pode ser modificado nem por acordo entre as partes, nos termos do art. 192 do Código Civil. Assim, o fato de o autor não ter ajuizado antes a ação não enseja inaplicabilidade do prazo prescricional previsto em lei.

Além disso, para a *supressio* se exige que o não exercício do direito crie expectativa fundada de que não seria mais exercido, do que não se tem indício algum, nem isso acarretou qualquer alteração no equilíbrio do contrato, a afastar a aplicação do instituto. Enfim, não ocorreu a prescrição, nem se aplica a supressio porque não se cogita de ferimento à boa fé objetiva.

Não estando prescrita a pretensão e evidente a ocorrência de dano moral pelo uso da imagem do autor sem autorização e com intuito lucrativo, correto o reconhecimento do dever de indenizar.

Em casos semelhantes, já decidiu este E. Tribunal de Justiça: "*Dano moral. Recurso tirado em ação ajuizada em 2008 e que distribuído em 31.08.2010 para a 09ª Câmara de Direito Privado, com redistribuição para a Câmara Extraordinária. Entrada no gabinete do relator em 13.05.2014. Veiculação de imagem de jogador em álbum de figurinhas. Ausência de autorização para uso da imagem. Utilização com finalidade econômica. Enriquecimento que deve ser ressarcido. Danos materiais devidos. Recurso não provido*" (AP nº 0110895-20.2008.8.26.0011 - 5ª Câmara Extraordinária de Direito Privado - Rel. Des. Ênio Zuliani - DJe 19.08.2014).

Confira-se, também, do Colendo Superior Tribunal de Justiça: "*Agravo regimental - Agravo em Recurso Especial - Ação de indenização - Publicação não autorizada de imagem de jogador de futebol em álbum de figurinhas - Dano moral - Caracterização - Precedentes - Quantum indenizatório - Razoabilidade - Distribuição da sucumbência - Súmula 7/STJ - Recurso improvido*" (AgRg no AREsp 14.595/RS, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, DJe 04/12/2012).

O valor dos danos morais fixados pela r. sentença não merece redução.

A jurisprudência, além de ter evoluído para amenizar os valores

Acesso ao Sumário

excessivos das condenações, inclusive por conta de julgamentos do Colendo Superior Tribunal de Justiça, pacificou-se no sentido de que os critérios para o arbitramento do dano moral devem se pautar pelo cuidado de não enriquecer nem empobrecer os envolvidos. Deve, por conseguinte, ser de tal modo que possa compensar a vítima e dissuadir o ofensor da prática de atos futuros semelhantes.

Nesse contexto, verificadas as condições do ofendido e da ofensora, considera-se adequado o valor de R$ 10.000,00, que é suficiente para atender aos parâmetros jurisprudenciais de reparar a vítima da ofensa moral e evitar a ocorrência de novos fatos semelhantes, sem, contudo, promover o enriquecimento ou o empobrecimento das partes.

O recurso do autor merece parcial provimento.

Não com relação à total procedência da ação. Isso porque o fato de o valor pleiteado a título de indenização por danos morais não ter sido integralmente acolhido gera procedência parcial da ação, mas com sucumbência mínima, de acordo com Súmula 326, do STJ, com o seguinte teor: "*Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca*". No caso, foi observada a Súmula do STJ, já que a ré foi condenada ao pagamento da totalidade das verbas de sucumbência apesar da parcial procedência da ação.

O parcial provimento do recurso do autor diz respeito ao valor dos honorários advocatícios e ao termo inicial para incidência dos juros de mora.

Os honorários advocatícios do patrono do autor devem ser majorados para 20% do valor da condenação de modo a remunerar com dignidade o patrono do requerente.

E o termo inicial para incidência dos juros moratórios deve ser mesmo a data do evento danoso (data da publicação do álbum de figurinhas), de acordo com a Súmula nº 54 do STJ, por se tratar de responsabilidade extracontratual.

Destarte, de rigor o improvimento do recurso da ré e do denunciado e o parcial provimento do recurso do autor.

Pelo exposto é que se nega provimento ao recurso da ré e do denunciado e, para fim determinado, dá-se parcial provimento ao recurso do autor.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0026180-83.2013.8.26.0071, da Comarca de Bauru, em que é apelante ANA PAULA LINARES (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados SERASA S/A e

ASSOCIAÇÃO COMERCIAL DE SAO PAULO (ACSP).

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 15/27543)**

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

São Paulo, 13 de janeiro de 2016.

LUIZ ANTONIO COSTA, Relator

Ementa: Ação de Obrigação de Fazer c/c Indenização por Danos Morais - Inclusão de registro de dados em cadastro negativo de crédito - Necessidade de prévia notificação qualquer que seja a origem dos dados - Precedentes desta Corte e do STJ - Qualquer inscrição exige notificação prévia, mas, havendo apontamentos legítimos anteriores, incabível a condenação do mantenedor de cadastro de inadimplentes a indenização por dano moral (súmula 385 STJ) - Cancelamento de inscrições devido - Compensação por dano moral indevida - Recurso parcialmente provido.

VOTO

Recurso de Apelação interposto contra sentença que julgou improcedente Ação de Obrigação de Fazer c/c Reparação de Danos Morais ajuizada pela Autora contra as Rés.

A ação foi distribuída sob o fundamento de que a Autora teve inscritos seus dados em cadastro restritivo de crédito pelas Rés, sem a devida e prévia comunicação, em violação ao que dispõe o art., 43, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, o que lhe causou prejuízo moral que busca ver reparado.

A Corré Serasa foi citada e apresentou contestação sustentando que a anotação foi incluída nos seus arquivos com base em documento obtido junto ao Cartório de Protestos. Invocou a aplicação da Súmula 385 do STJ.

Citada, a Corré Associação Comercial de São Paulo contestou afirmando que a negativação não foi realizada em seu banco de dados, e que a anotação apenas fio retransmitida. Sustentou que a informação está disponibilizada em Cartório de Protestos. Acrescentou que não tem como verificar a veracidade das informações. Invocou a aplicação da Súmula 385 do STJ.

Acesso ao Sumário

Houve réplica.

Foi proferida sentença rejeitando os pedidos formulados pela Autora.

Recorre a Autora defendendo a necessidade de notificação prévia acerca da inscrição.

Recurso recebido e respondido.

É o Relatório.

O recurso deve ser parcialmente provido.

A questão em discussão é a validade da inserção do nome da Autora nos registros mantidos pelas Rés, sem que tenha havido a notificação prévia contida no art. 43, § 2º, do CDC e se a falta da prévia notificação gera dano moral.

As Rés defenderam-se dizendo que tal ato não é necessário na hipótese dos autos porque os dados provêm do distribuidor de feitos.

Embora já tenha, no passado, acolhido essa tese alterei o entendimento a partir da edição da Súmula 359 do E. STJ, publicada no DJU de 8.9.2008, e de seguidas decisões proferidas nesta Corte, devidamente fundamentadas, como no julgamento da Apelação Cível 985.394.00-6 em que a C. 28ª Câmara de Direito Privado assim decidiu:

> "*Ementa: - Locação de Imóveis - Indenização por Danos Morais - Inclusão do nome do autor no cadastro do SERASA - Anotação feita com base em informações do Distribuidor Cível - Demora na baixa que não pode ser imputada ao credor, que desconhecia a informação negativa, colhida no Distribuidor Cível. - Inclusão justificada do nome do autor por informação do cartório do distribuidor, em razão de convênio - Circunstância que não desobriga o SERASA de promover a comunicação de que trata o art. 43, § 2°, do CDC - A abertura de cadastro negativo sem a comunicação prévia configura ilegalidade porque o dispositivo legal se aplica a qualquer abertura de cadastro, inclusive quando se tratar de informação obtida de entidade pública ou distribuições publicadas em jornais oficiais - A não comunicação determina responsabilidade do órgão pela inscrição e manutenção indevida da informação negativa sobre o consumidor - Indenização por danos morais devida - Recurso provido em parte.*"
>
> (Relatora: Silvia Rocha Gouvêa, vu, julgado em 03/02/2009).

Também pela tese firmada no julgamento dos Embargos Infringentes nº 994.03.038851-0 (3246744401) em que a matéria foi debatida e decidida com aplicação do mesmo entendimento pelos integrantes do 6ª Grupo de Câmaras de Direito Privado:

> "*INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - ANOTAÇÃO DO NOME DA AUTORA EM CADASTRO DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO -*

Acesso ao Sumário

LANÇAMENTO DECORRENTE DE INFORMAÇÃO, COLHIDA JUNTO AO CARTÓRIO DISTRIBUIDOR, SOBRE A EXISTÊNCIA DE UMA EXECUÇÃO JUDICIAL - INADMISSIBILIDADE - PUBLICIDADE DA INFORMAÇÃO QUE NÃO AUTORIZA A RÉ FOMENTAR A NEGATIVA DE CRÉDITO E MACULAR A BOA FAMA DE TODOS AQUELES QUE ESTEJAM DISCUTINDO DÍVIDAS EM JUÍZO - DANO MORAL CARACTERIZADO – VERBA DEVIDA - EMBARGOS REJEITADOS".

(Relator Erickson Gavazza Marques, julgado em 28/07/2010).

No voto do Relator do aresto acima colacionado, encontrei entendimento que tem perfeito encaixe na hipótese dos autos, que peço vênia para colacionar:

"*Por outro lado, é de conhecimento comum que tal instituição opera mediante informações recebidas da indústria e do comércio, as quais são disponibilizadas a todos os seus associados. Ocorre que, já há algum tempo, vem ela se esmerando em buscar, diretamente perante os cartórios distribuidores judiciais espalhados pelo país, informações acerca da existência de ações e execuções judiciais, cujos dados são inseridos em seus cadastros, na maior parte das vezes sem ao menos comunicar tal fato aos demandados, o que pode significar, ademais, uma frontal violação ao artigo 43, §2°, do Código de Defesa do Consumidor.*

Tal procedimento, em que pesem as respeitáveis orientações em sentido contrário, mostra-se totalmente indevido, injustificável e abusivo, na medida em que negativa o nome do consumidor baseado tão somente no fato de figurar no polo passivo de determinada execução, fato que nem sempre implica em dizer que seja ele um mau pagador ou inadimplente, pois a cobrança pode simplesmente ser indevida.

O singelo argumento de que as informações constantes nos cartórios distribuidores são públicas e estão à disposição de todo e qualquer interessado não socorre a embargante, uma vez que é induvidoso que tal publicidade se presta para outros fins, que não o de fomentar a negativa de crédito a toda e qualquer pessoa que figure no polo passivo de uma determinada ação ou execução.

Não se olvide que o direito subjetivo de ação não depende efetivamente da existência do direito material buscado pelo demandante. Assim sendo, qualquer pessoa está sujeita a ser demandada em juízo, ainda que sem motivo justo. Todavia, se adotado o entendimento defendido pela ré-embargante, além de responder injustamente a um processo judicial, tal pessoa também é passível - e muitas vezes antes mesmo da citação - de ter seu nome anotado em cadastros de maus pagadores.

Em verdade, não se deve confundir o direito ao conhecimento de uma determinada informação - que deriva de sua publicidade -, com o direito

Acesso ao Sumário

à sua utilização, por terceiros, com o propósito exclusivo de restringir o crédito e macular a boa fama de todos aqueles que estejam discutindo dívidas em juízo."

Por isso, a partir do julgamento da AP 495.130.4/4-00, em que apontei a alteração no entendimento, assim tenho decidido como fiz, por exemplo, na AP 994.03.020440-8 (329.375-4/4-00), que também relatei e consignei a posição aqui ressalvada.

O Acórdão tem a seguinte ementa:

"Ação de Indenização - Dano moral que decorre de inserção de restrição em serviço de proteção ao crédito sem previa comunicação - Informação oriunda de cartórios distribuidores de feitos e de protestos - Necessidade de comunicação como prevê o art. 43, § 2º, do Código de Processo Civil - Não importa a origem dos dados, o ônus de comunicar o consumidor é do órgão de registro - Danos Morais que não necessitam de demonstração na hipótese de abalo de crédito - Arbitramento adequado - Recurso improvido."

Acrescento aos fundamentos acima colacionados, que o escopo primordial da exigência da prévia notificação ao consumidor vem no § 3º do citado art. 43 do CDC que permite ao consumidor exigir a correção de dados inconsistentes, incompletos ou errôneos, o que a ausência da notificação impede.

Lembro que, apesar das conhecidas decisões em sentido contrário, entendo que a lei consumerista não permite exceções, como anotado (confirmado) na mais recente edição da obra "Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto" Forense, 10ª Ed., 2011 vol. I, p. 477.

Destarte, com a devida vênia das posições contrárias, entendo que a ausência de notificação, seja qual for a origem dos dados a serem inscritos em cadastro de proteção ao crédito, exige cumprimento do disposto no art. 43, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor (Súmula 359 do STJ).

Assim, à falta de comprovação da notificação prévia, entendo que as inscrições nos respectivos cadastros são irregulares e devem ser canceladas, razão por que reformo a sentença nessa parte.

Passo ao capítulo referente ao dano moral.

Como se observa dos autos, porém, o protesto não foi a primeira dívida inscrita em seu nome no cadastro de inadimplentes e, inexistindo prova de que essas inscrições anteriores sejam indevidas, conclui-se que a inscrição impugnada foi precedida por apontamento legítimo.

Sabendo que, conforme a súmula nº 385 do STJ, descabe compensação por dano moral "quando *preexistente legítima inscrição*, ressalvado o direito ao cancelamento", concluo pelo acerto dessa parte da sentença, que não condenou as Rés em indenização.

Acesso ao Sumário

Destarte, dou provimento à Apelação apenas para reformar a sentença e determinar o cancelamento das inscrições nos cadastros das Rés, em razão da falta de notificação prévia já explicada, descabendo compensação por dano moral à medida em que haviam inscrições anteriores, circunstância que afasta o dever de indenizar, na esteira do enunciado 358 do STJ. Em razão da derrota parcial, cada parte deverá arcar com as próprias despesas e honorários de seus advogados (art. 21, "caput", CPC).

Isso posto, pelo meu voto, **dou parcial provimento ao Recurso**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0017797-83.2010.8.26.0019, da Comarca de Americana, em que é apelante/apelado RAFAEL TIMÓTEO DA SILVA (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA), é apelado/apelante FLORIPES MARIA DA SILVA (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA).

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 aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 8508)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GRAVA BRAZIL (Presidente) e THEODURETO CAMARGO.

São Paulo, 18 de janeiro de 2016.

SILVÉRIO DA SILVA, Relator

Ementa: Apelação. Indenização por Danos Materiais e Morais. Ataque de cachorro da raça pitbull ao ter escapado do portão do vizinho. Ferimentos na perna e no braço esquerdos da autora. Incidente de falsidade instaurado, julgado procedente para declarar a adulteração da data de receita médica. Sentença de parcial procedência para condenar o réu ao pagamento de indenização por danos morais de R$ 2.000,00 e condenar a autora à litigância de má-fé. Responsabilidade do dono do animal (artigo 936 do Código Civil). Demonstrada a propriedade e o ataque, cumpria ao proprietário do animal provar que o fato aconteceu por caso fortuito ou de força maior. Além disso, existe prova da negligência do autor ao permitir

Acesso ao Sumário

que seu filho pequeno abrisse o portão e permitisse que o cão saísse à rua. Danos morais fixados em valor compatível com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Abalo moral próprio da situação, que não precisa ser comprovado. Sentença mantida. Recursos improvidos.

VOTO

A r. sentença de fls. 149/155 e 164, cujo relatório se adota, nos autos da ação indenizatória, julgou parcialmente procedente a ação para condenar o réu a pagar à autora indenização por dano mora no valor de R$ 2.000,00, acrescidos de correção monetária a partir da data da sentença e juros de mora de 1% ao mês a contar da data do fato danoso (24.09.2010). Foi imposto à autora, por litigância de má-fé, multa de 1% e à indenização processual de 10% (ambos percentuais sobre o valor da causa), com fundamento nos artigos 17, II, e 18, *caput* e § 2º, ambos do CPC. Ante a sucumbência recíproca, as partes foram condenadas a arcar com as despesas processuais e com os honorários advocatícios, arbitrados em 15% do valor da condenação, na proporção de 2/3 a cargo do réu e 1/3 por conta da autora, compensando-se a verba honorária no que se refere à parte das custas impostas à autora, observando-se a assistência judiciária que lhe foi concedida.

Inconformado, apela o réu, fls. 166/176, pugnando pela reforma da sentença para julgar a ação totalmente improcedente, afastando- se a condenação do apelante no pagamento de indenização por danos morais, ou alternativamente, para que seja reduzida a condenação do apelante para um salário mínimo.

Contrarrazões às fls. 181/185.

Recurso adesivo da autora às fls. 187/190, pugnando pela condenação do réu também a lucros cessantes, pois restou sem poder exercer suas atividades por um mês.

Apelação e recurso adesivo recebidos nos efeitos devolutivo e suspensivo, fls. 191.

Contrarrazões ao recurso adesivo às fls. 193/201.

É o relatório.

Alega a autora que em 24.09.2010, estava em frente à casa do réu, que banhava seu cão da raça *pitbull*, quando o filho pequeno do réu abriu o portão, deixando o cachorro escapar e este a atacou, causando-lhe lesão no braço e perna esquerdos, em razão do tombo e das mordidas. O réu teria se negado a prestar socorro, levando-a para o hospital, e a custear o tratamento, sob a alegação de que se tratara de "uma fatalidade". A autora teria suportado os prejuízos do acidente, materiais, pelos lucros cessantes, sendo impedida de exercer a

função de costureira por três meses (totalizando R$ 4.500,00); o custeio dos medicamentos (R$ 325,87); e morais, arbitrados em R$ 2.000,00.

O réu suscitou incidente de falsidade a respeito de alteração de data do receituário médico apresentado (fls. 23 e 45/47), que, por perícia grafotécnica, foi concluído ter havido realmente a alteração.

Apela o réu querendo a improcedência total da ação, porque os fatos não ocorreram da forma e com a gravidade que a autora tentou fazer crer, porque pelo laudo emitido pelo IML conclui-se que a autora sofreu apenas lesões de natureza leve, sem a gravidade alegada, sem haver nenhuma incapacidade para as ocupações habituais, perigo de vida, debilidade permanente de membro, incapacidade para o trabalho, enfermidade incurável ou perda ou inutilização de membro, sentido, função ou deformidade permanente, conforme respondido nos quesitos quarto e quinto do laudo, e que a única testemunha arrolada pela autora informou em juízo que o fato de a apelada não conseguir realizar seu trabalho de costureira ou de vendedora de móveis é decorrente das queixas da apelada de dor nas costas, que não guarda nenhuma relação com o incidente ocorrido com o cão do apelante. Ainda, que não passou de um mero susto, incapaz de atingir sua higidez psíquica a ensejar o pretendido dano moral.

Por sua vez, alega a autora que o incidente contribuiu para que não pudesse exercer suas atividades habituais, conforme o laudo de lesão corporal de fls. 13, por 30 dias.

Não existem dúvidas de que o animal correu na direção da autora, que estava defronte à casa do réu, e a atacou, causando lesões de natureza leve em seu braço e perna esquerdos.

Os ferimentos que a autora recebeu estão demonstrados nos autos de forma inquestionável.

Conforme mencionado na sentença, "*A própria testemunha arrolada pela autora (fls. 121) informou que esta não tivera condições de realizar trabalho de costureira (ou de vendedora de móveis usados) em razão de dor nas costas, o que indica que eventual incômodo (ou incapacidade) jamais decorrido de mordida do cachorro e de escoriações no joelho, ferimentos contatados pelo laudo pericial.*" (fls. 152)

E como lá mencionado ainda, "*... não há prova cabal do afastamento das atividades profissionais e do consequente lucro cessante (R$ 4.500,00), cuja indenização se pretende. De igual forma, os medicamentos indicados nas notas fiscais não demonstram vínculo necessário com a lesão causada pelo ataque do cão, sem contar, ainda, a aquisição deles somente no mês seguinte (em outubro de 2010).*"

Dessa forma, não há que se falar em indenização por lucros cessantes, porque não efetivamente comprovados, e além disso, não há prova de que a

Acesso ao Sumário

autora permaneceu sem trabalhar em razão do ataque do cão. Embora do laudo do IML tenha mencionado que não resultaria incapacidade para as funções habituais por mais de trinta dias, também não se pode concluir que o laudo atestou incapacidade para menor período.

Quanto à responsabilidade do réu, a respeito do tema, Rui Stocco, no seu "*Tratado de Responsabilidade Civil*", lembra os comentários de Silvio de Salvo Venosa e Sérgio Cavalieri Filho, que entendem que com a redação atual do artigo 936 do Código Civil, adotou o Código a responsabilidade objetiva do proprietário do animal que causar dano, salvo a demonstração de culpa da vítima ou motivo de força maior (RT - SP, 8ª ed., p. 1109).

Na hipótese, ainda que não se admita a responsabilidade sem culpa, inegável a negligência do autor que permitiu a seu filho pequeno que abrisse o portão, deixando o cão escapar, exatamente no momento em que a autora estava do outro lado da rua.

Não houve a produção de nenhuma prova da ocorrência de caso fortuito, de força maior ou de culpa exclusiva da vítima no evento danoso, únicas situações que serviriam para excluir a responsabilidade do réu. Tal prova era encargo do réu, pois não obstante a presunção de culpa que dá ensejo a que o artigo 936 do CC venha beneficiar a autora lesada, também se faz incidir aqui o preceito do artigo 333, inciso II, do Código de Processo Civil, que carreia ao réu o ônus de provar fato que possa obstar a satisfação do direito reclamado pelo autor.

Não se afasta o fato inegável de que o animal escapou de sua propriedade e veio em direção à autora para a atacar. É instinto dos cães terem essa comum atitude de animosidade com outros, estranhos à sua convivência diária, e além disso, tratam-se de animais irracionais, por isso deveria o réu zelar pela sua guarda e cuidar para que não escapasse para a rua sem guia.

Assim, provado o nexo causal entre o dano ocorrido e o ato do animal envolvidos, de propriedade do réu, o que dá ensejo ao dever de reparação.

O valor arbitrado a título de danos morais se mostra condizente com o dano experimentado pela autora. É inegável o medo que a autora passou, ante tantas notícias de ataques por cães da raça *pitbull* que resultaram em dilacerações, perdas de membros e mortes. Não se alega, aqui, que o cão do réu chegaria a esse ponto, mas ante as notícias que a população recebe de tais ataques, é natural que a autora tivesse passado por momentos de terror, até que o animal fosse contido.

No caso presume-se o dano, porque a autora foi a própria vítima.

Não há que se falar em improcedência do pedido de indenização, pois razão assiste à autora em pleitear indenização pelos danos morais sofridos, não por danos à sua psique ou à sua honra, mas pela própria situação pela qual passou a autora.

Acesso ao Sumário

A indenização, pela lei brasileira, visa repor o prejuízo causado ao *statu quo ante*.

A quantificação do dano moral não pode servir ao enriquecimento ilícito, mas deve compensar o mal sofrido pela vítima.

Para fixação do dano moral, acompanho a orientação do Superior Tribunal de Justiça, atento aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, razão pela qual deve ser mantido seu valor em R$ 2.000,00, conforme fixado em sentença.

O Superior Tribunal de Justiça, em seus julgados, tem orientado que o valor da indenização deve levar em conta os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. A indenização não pode ser demasiada, a ponto de ensejar o enriquecimento ilícito, mas, também, não pode ser ínfima, a ponto de ser irrelevante àquele que deve responder pela indenização.

Como já se decidiu, "*Na fixação da indenização por danos morais, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico dos autores e, ainda, ao porte da empresa recorrida, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso*" (RSTJ 112/216).

"*Em se tratando de reparação civil por danos morais, deve- se atentar para as condições das partes, a gravidade da lesão, sua repercussão, a culpa do agente e as circunstâncias fáticas*" (JTJ-LEX 204/70).

E, conforme lição de Maria Helena Diniz, em comentário ao artigo 884 do Novo Código Civil de 2.002, a que me reporto como razão de decidir, aconselha que prevaleça o meio termo:

> *"**Princípio do enriquecimento sem causa**. Princípio, fundado na equidade, pelo qual ninguém pode enriquecer à custa de outra pessoa, sem causa que o justifique. Assim, todo aquele que receber o que lhe não era devido terá o dever de restituir o auferido, feita a atualização dos valores monetários, para se obter o reequilíbrio patrimonial. (RTDCiv., 1:203).*
>
> ***Restituição do indébito**. Se o aumento do patrimônio se deu à custa de outrem, impõe-se a devolução da coisa certa ou determinada a quem de direito, e se esta deixou de existir, a devolução far-se-á pelo equivalente em dinheiro, ou seja, pelo seu valor na época em que foi exigida. É preciso esclarecer ainda, que: 'A expressão enriquecer a custa de outrem não significa, necessariamente, que deverá haver empobrecimento' (Enunciado n. 35, aprovado na Jornada de direito civil, promovida em setembro de 2002, pelo Centro de Estudos Jurídicos do Conselho da Justiça Federal." (Novo Código Civil de 2002*, Saraiva, 10ª edição, p.

Acesso ao Sumário

609).

Ainda nesse sentido, trecho do acórdão proferido na Apelação Cível 556.502.4/6-00, em que foi Relator, o Des. Beretta da Silveira, julgado em 24.06.2008, pela Terceira Câmara de Direito Privado:

"*O dever de indenizar não surge apenas quando o causador do ilícito tenha agido com dolo direto ou eventual no evento doloso, mas também quando tenha provocado o dano por imprudência e negligência. No arbitramento do valor do dano moral, o juiz deve agir com prudência, levando em consideração o grau de culpa do ofensor, a sua capacidade econômica de suportar a condenação, bem como as condições econômicas do ofendido, de forma que a indenização há de ser fixada com moderação, não deve importar no enriquecimento ilícito do ofendido e no empobrecimento do ofensor.*

Anote-se que o valor da indenização por dano moral se sujeita ao controle do Tribunal de Justiça, sendo certo que na fixação da indenização a esse título, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcional ao grau de culpa, ao nível sócio-econômico do autor e, ainda, ao porte econômico da ré, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e jurisprudência, com razoabilidade, valendo de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso. REsp nº 145.358-MG, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Apel. 389.339.4/0-00, de São José dos Campos, 3ª Câmara de Direito Privado, TJSP, rel. Des. Beretta da Silveira; ..."

E ainda, trecho do acórdão, do STJ, proferido no AgRg no Agravo de Instrumento nº 866.482-RS (2007;0032281-7), em que foi Relator o Min. Carlos Alberto Menezes Direito:

"*É entendimento nesta Corte que 'o valor do dano moral (...) deve ser fixado com moderação, considerando a realidade de cada caso, cabível a intervenção da Corte quando exagerado, absurdo, causador de enriquecimento ilícito' (REsp nº 255.056/RJ, Terceira Turma, de minha relatoria, DJ de 30/10/2000)*".

Considerando estas circunstâncias, de bom alvitre o valor da indenização a título de dano moral no montante equivalente a R$ 2.000,00, valor suficiente para a reparação dos danos morais experimentados pela autora, de forma que devem ser mantidos.

No mais, a r. sentença deve ser confirmada pelos seus próprios e bem deduzidos fundamentos, que ficam inteiramente adotados como razão de decidir pelo desprovimento de ambos recursos, nos termos do art. 252 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça.

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

Acesso ao Sumário

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*".

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0007680-15.2014.8.26.0400, da Comarca de Olímpia, em que é apelante ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO - ECAD, é apelado MITRA DIOCESANA DE BARRETOS - PARÓQUIA SENHOR BOM JESUS (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.261)**

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

São Paulo, 20 de janeiro de 2016.

DONEGÁ MORANDINI, Relator

Ementa: DIREITOS AUTORAIS. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO. Execuções musicais. Evento realizado por instituição religiosa, sem fins lucrativos e com entrada gratuita. Excepcionalidade do evento, cuja realização não prejudicou a normal exploração da obra ou causou prejuízo injustificado aos legítimos interesses do autor. Questões incontroversas, ante a ocorrência da revelia (art. 319, CPC). Cobrança indevida. Entendimento alinhado à jurisprudência do C. STJ: REsp nº 1.320.007/SE, Min. Nancy Andrighi e AgRg no AREsp 725233/SP, Min. Luis Felipe Salomão. APELO IMPROVIDO.

VOTO

1- Ação declaratória de inexigibilidade de débito julgada procedente pela r. sentença de fls. 71/73, cujo relatório é adotado, proferida pelo MM. Juiz Lucas

Acesso ao Sumário

Figueiredo Alves da Silva.

Apela a ré.

Busca, pelas razões apresentadas às fls. 78/92, a inversão do julgado, decretando-se a improcedência da ação.

Contrarrazões às fls. 134/161.

O apelo foi inicialmente distribuído à Câmara Reservada de Direito Empresarial, que não conheceu da insurgência e determinou a sua redistribuição (fls. 168/169).

Não se anotou objeção das partes ao julgamento virtual do recurso (fls. 175).

É o RELATÓRIO.

2- Preserva-se o desfecho emprestado pela r. sentença recorrida.

Com efeito.

Na linha do entendimento acolhido pelo C. STJ, de acordo com a regra dos três passos, **"será admissível limitar o direito de exclusivo do autor quando: (i) se estiver diante de certos casos especiais; (ii) a utilização não prejudicar a exploração normal da obra e (iii) a utilização não causar prejuízo injustificada aos legítimos interesses do autor" (REsp nº 1.320.007/SE, Min. Nancy Andrighi).**

Essas hipóteses são igualmente aplicáveis ao presente caso, notadamente porque se cuidam de matérias fáticas cujo questionamento era dependente da contestação, ausente, na espécie (art. 319, CPC). Também incontroversas as afirmações de que a música executiva na festa promovida pela apelada "**não tem finalidade comercial, nem lucrativa, permanecendo unicamente no interior do recinto, executada por gente da própria Igreja ou por meio de som mecânico e/ou lucrativo**" (fls. 04).

Nesse cenário, inviável a cobrança dos direitos autorais levada a efeito pela apelante. Entendimento contrário dependia da análise fática, cuja revelia inviabilizou tal equacionamento, lembrando-se que embora subsista presunção relativa de veracidade dos fatos narrados na inicial, somente os demais elementos dos autos permitia o seu afastamento, não se cuidando, no mais, de direitos indisponíveis. Ajustável, portanto, o precedente jurisprudencial: "**O Tribunal de origem, com base nos elementos fático-probatórios dos autos, concluiu pelo não cabimento da cobrança de direitos autorais, por parte da ora recorrida, que promoveu em seu estabelecimento escolar festa junina, com divulgação da cultura popular brasileira, destinada a confraternização da Instituição, sendo parte do projeto pedagógico, sem intuito lucrativo" (AREsp 725233/SP, Min. Luis Felipe Salomão, DJ 25.08.2015).**

APELO IMPROVIDO.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 4023542-74.2013.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante EMANUEL TRACCHI, é apelado SOCIEDADE EDUCACIONAL FLEMING.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.201)**

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

São Paulo, 20 de janeiro de 2016.

ARALDO TELLES, Relator

Ementa: Responsabilidade civil. Furto de motocicleta no estacionamento externo de faculdade privada, no recuo da calçada destinado para esse fim. Ausência, contudo, de dever de vigilância, por se tratar de local de livre acesso ao público. Improcedência da ação mantida. Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de ação indenizatória ajuizada pelo apelante em face do estabelecimento de ensino apelado com pleito de indenização material e moral pelo furto de sua motocicleta, ocorrido no estacionamento externo da faculdade privada, julgada improcedente.

Inconformado, recorre o vencido a argumentar, em suma, que a r. sentença desprezou a prova por ele produzida, em especial a testemunhal, que afirmou a existência de vigilância no local destinado a estacionamento de veículos. De resto, a insistir na procedência do pleito, clama pela aplicação da Súmula 130 do Superior Tribunal de Justiça.

Com contrariedade e recolhido o preparo, vieram-me os autos.

É o relatório, adotado o de fls. 111/115.

O apelo não merece provimento.

Pretende, o acionante, responsabilizar o estabelecimento de ensino acionado pelo furto de sua motocicleta, que ocorreu nas dependências da

Acesso ao Sumário

faculdade, enquanto participava das aulas lá ministradas.

Extrai-se dos autos que a apelada conta apenas com serviço de vigilância na portaria, mantendo um funcionário neste posto. Não há, contudo, demonstração de que disponha de serviço específico de vigilância dos carros estacionados defronte ao estabelecimento.

A conclusão, portanto, é de que não oferece, aos alunos ou funcionários, qualquer serviço de segurança dos veículos.

Não fosse isso, como se extrai das fotos encartadas às fls. 40/53, o furto da motocicleta ocorreu em estacionamento externo, tratando-se, em verdade, de recuo da calçada, com acesso livre ao público e despido de qualquer controle.

Como bem anotou o i. magistrado, ***a requerida não forneceu vigilância, não cobrou pelo serviço, nem utilizou o espaço como forma de captação de alunos, não podendo ser responsabilizada por furtos ocorridos no local, restando descaracterizado qualquer tipo de depósito***.[1]

Não se enxerga, também, que o restrito estacionamento, com capacidade que não deve ultrapassar dez (10) veículos, possa incrementar a sua atividade ou convencer potenciais alunos de ali se matricularem.

Essa a conclusão extraída de caso análogo, julgado por esta C. Câmara, sob a rel. do Des. Coelho Mendes:

> ***"RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL. FURTO DE MOTOCICLETA EM ESTACIONAMENTO EXTERNO - CALÇADA - DEFRONTE AO ESTABELECIMENTO APELANTE. LOCAL PÚBLICO ACESSÍVEL A QUALQUER PESSOA. AUSÊNCIA DE DEVER DE GUARDA. FORÇA MAIOR QUE EXCLUI A RESPONSABILIDADE. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO."***[2]

Assim, por uma razão ou outra, a recorrida não pode ser responsabilizada.

Por esses fundamentos, nego provimento ao recurso.

É como voto.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1007464-25.2015.8.26.0037, da Comarca de Araraquara, em que são apelantes ADAIL BOMBARDA e MARIA CECILIA COSTA, é apelado FEDERAÇÃO DAS

1 1 Fls. 113.

2 Apel. nº 0020666-39.2010.8.26.0562. No mesmo sentido: Apel. nº 0026597-40.2009.8.26.0309, sob a mesma relatoria.

UNIMEDS DO ESTADO DE SP.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22852)**

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

São Paulo, 22 de janeiro de 2016.

NEVES AMORIM, Relator

Ementa: PLANO DE SAÚDE - AÇÃO QUE VISA REDUÇÃO DO REAJUSTE IMPOSTO POR PLANO DE SAÚDE - SENTENÇA DE EXTINÇÃO SEM O JULGAMENTO DO MÉRITO COM FUNDAMENTO NA ILEGITIMIDADE ATIVA - BENEFICIÁRIO DO PLANO DE SAÚDE TEM LEGITIMIDADE PARA ACIONAR DIRETAMENTE A OPERADORA (SÚMULA 101 TJ SP) - INCONFORMISMO DOS AUTORES - REAJUSTE DE MENSALIDADE POR MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA AOS 59 ANOS DE IDADE - LEGALIDADE DA APLICAÇÃO DE REAJUSTE POR FAIXA ETÁRIA, CONTUDO, DEVE LIMITAR-SE PARÂMETROS ESTABELECIDOS PELA RN Nº 63/2003 DA ANS - MAJORAÇÃO DE 89,32% QUE NÃO OBEDECE AO DISPOSTO NO ART. 3º, II, DA RN Nº 63/2003 DA ANS - REAJUSTE DA ÚLTIMA FAIXA ETÁRIA REDUZIDO PARA REDUZIDO PARA 77,4% - RESTITUIÇÃO DOS VALORES PAGOS A MAIOR, DE FORMA SIMPLES - SENTENÇA REFORMADA EM PARTE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra sentença que julgou extinta sem resolução do mérito com fundamento no artigo 267, VI do Código de Processo Civil a presente ação condenatória (fls. 567/569).

Alegam os apelantes (fls. 581/596), em síntese, que cabe reforma da sentença para que seja julgada procedente a demanda. Aduzem que a mensalidade do plano saúde que são beneficiários sofreu reajuste de 85% na data em que

Acesso ao Sumário

completaram 59 anos item 10.3 do (Manual do Usuário - Reajuste Por Mudança de Faixa Etária), reajuste este abusivo, ferindo o disposto no Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto do Idoso, razão pela qual pleiteiam o afastamento.

Regularmente processada, vieram aos autos contrarrazões (fls. 636/645).

É o relatório.

Respeitado o entendimento do MM. Juiz *a quo*, a sentença merece parcial reforma.

Depreende-se dos autos que os autores aderiram ao contrato de plano de saúde firmado entre o réu e a APEOESP - Sindicato dos Professores do Ensino Oficial de São Paulo e, alegando abusividade no reajuste aplicado pelo requerido, ingressaram com a presente ação buscando a limitação do reajuste para no máximo 30% e, também a devolução dos os valores cobrados a maior.

O réu, por sua vez, argumentou não terem os autores legitimidade para o presente feito e, no mérito, sustentaram que o índice aplicado é para a manutenção do contrato, não havendo qualquer ilegalidade, tendo concordância expressa da APEOESP.

Analisando os autos, entendeu o MM. Juiz *a quo*, que era caso de extinção do feito sem a resolução do mérito por ilegitimidade dos autores, nos termos do artigo 267, VI do Código de Processo Civil.

Entretanto, entendo que não era caso de extinção da ação por ilegitimidade dos autores.

É posicionamento pacifico neste E. Tribunal de Justiça e no C. Superior Tribunal de Justiça que os contratos de plano de saúde, sejam eles individuais, familiares ou coletivos, estão sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor, sendo o beneficiário final do plano no caso, os recorrentes, parte legítima para quaisquer demandas relacionadas à prestação do serviço pela operadora, independentemente de ter sido o plano estipulado por terceiro (APEOESP).

Citado entendimento é objeto da Súmula n. 101, deste E. Tribunal de Justiça, de acordo com a qual "*[o] beneficiário do plano de saúde tem legitimidade para acionar diretamente a operadora mesmo que a contratação tenha sido firmada por seu empregador ou associação de classe*".

Não há, portanto, que se falar em ilegitimidade ativa da apelada para propor a presente demanda.

Deste modo, a fim de evitar nova demanda, adotando o princípio da economia processual, reputo presentes os requisitos legais e aptos a viabilizar o julgamento do mérito, afasto a extinção decretada, e, nos termos do artigo 515, § 3º, do Código de Processo Civil, passo a analisar o mérito, vez que se encontra madura para julgamento.

De prêmio, observo que a hipótese dos autos cuida-se de 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."

O contrato em debate dispõe dos seguintes parâmetros de reajuste (fls. 35) e valores:

1. Até 18 anos, 0% (R$94,88);

2. De 19 a 23 anos, reajuste de 51,85% (R$144,08);

3. De 24 a 28 anos, reajuste de 7,44% (R$154,81);

4. De 29 a 33 anos, reajuste de 3,25% (R$159,85);

5. De 34 a 38 anos, reajuste de 29,62% (R$207,21);

6. De 39 a 43 anos, reajuste de 0,00% (R$207,21);

7. De 44 a 48 anos, reajuste de 12,00% (R$232,09);

8. De 49 a 53 anos, reajuste de 10,22% (R$255,82);

9. De 54 a 58 anos, reajuste de 4,54% (R$267,44);

10. De 59 anos em diante, reajuste de 89,32% (R$506,32).

Analisando a variação do prêmio aplicada pelo réu, constatou-se que o reajuste excedeu ao disposto em contrato.

Vejamos.

Os autores pagavam uma parcela de R$267,44 que foi reajustada para R$506,32, em dezembro de 2014, mês anterior ao que completaria 59 anos o que corresponde a um reajuste de 89,32%.

No tocante a matéria em debate, entendo que a majoração 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

Acesso ao Sumário

São Paulo:

"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. Devesse 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 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

Acesso ao Sumário

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, fazendo os cálculos atento ao disposto no citado artigo, entendo que a variação como consta em contrato, não respeita os parâmetros acima descritos.

Aplicando as disposições do artigo 3º da Resolução Normativa nº 63 da ANS, encontramos os seguintes valores:

I - *valor fixado para a última faixa etária (R$506,32) não poderá ser superior a seis vezes o valor da primeira faixa etária (R$94,88 x 6=R$569,28)*;

II - a variação acumulada entre a sétima e a décima faixas (116,08%) não poderá ser superior à variação acumulada entre a primeira e a sétima faixas (104,16%).

III - *as variações por mudança de faixa etária não podem apresentar percentuais negativos*.

O que se conclui dos cálculos acima dispostos, é que o requerido deixou de atender ao item II do artigo 3º da Resolução Normativa nº 63 da ANS, ou seja, **a variação acumulada entre a sétima e a décima faixas (116,08%) superou à variação acumulada entre a primeira e a sétima faixas (104,16%).**

Destarte, o reajuste aplicado pelo réu é 11,92% superior ao que poderia ser imposto, concluindo-se que a ultima faixa etária (De 59 anos em diante) pode ter valor de no máximo R$474,36, sendo este o prêmio a ser pago pelos requentes.

Desta forma, abusivo o percentual de 89,32% aplicado pelo réu, razão pela qual dou provimento ao recurso para modificar a sentença para parcial procedência e, com as análises acima feitas, entendo que o reajuste a ser aplicado a última faixa etária é de 77,4% e, por consequência o prêmio pago pelos autores deve ser de R$474,36, devendo o requerido devolver os valores pagos a maior pelos requerentes de forma simples, visto que não presentes os requisitos do art.

Acesso ao Sumário

42, § único, do CDC que possam ensejar a repetição de indébito.

Assim, pelo meu voto, dou parcial provimento ao recurso, nos termos supra citados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1022653-12.2014.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é apelante/apelado HAIRTON MELO MEDEIROS (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado/apelante SETPAR JUMI EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA.

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 aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34662)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores NATAN ZELINSCHI DE ARRUDA (Presidente sem voto), MAIA DA CUNHA e FÁBIO QUADROS.

São Paulo, 26 de janeiro de 2016.

ENIO ZULIANI, Relator

Ementa: Apelação - Compromisso de compra e venda - Ação de repetição de indébito cumulada com indenização por danos morais - Comissão de corretagem que no caso foi designada como sinal/arras, além de não ter sido destacada do preço total do imóvel e cobrada diretamente ou indiretamente pelos corretores, o que seria admissível, já que de praxe no mercado imobiliário, sendo que sequer se comprovou que ocorreu trabalho de corretor autônomo ou exclusivo a justificar esta cobrança - Ausência de cláusula contratual nesse sentido - Ofensa ao direito básico do consumidor à informação (artigos 6º, II, 30 e 31 do CDC) - Restituição de modo simples (art. 42, parágrafo único do CDC), devidamente atualizada desde o desembolso e com a incidência de juros de mora a contar da citação - Inocorrência de danos morais, na hipótese - Sentença mantida - Não provimentos dos recursos.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

São dois recurso interpostos da r. sentença de fls. 108/110, que julgou procedente, em parte, a ação de repetição de indébito cumulada com indenização por danos morais promovida por HAIRTON MELO MEDEIROS em face da SEPTAR JUMI EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA.

Em apertada síntese, o autor afirma que além do preço do lote de terreno de nº 06, localizado na quadra 26 do loteamento Residencial Setsul, em São José do Rio Preto, de R$ 108.644,00, foi obrigado a pagar R$ 4.536,00 de entrada, mais 180 parcelas de R$ 578,38, além de R$ 3.240,00 sob a denominação de arras, mas, que, na verdade, destinava-se à corretagem, como comprova o documento de fl. 41. Salienta que apenas se dirigiu ao *stand* de venda da ré, sendo que a corretora atuou como verdadeira vendedora, em favor da incorporadora, a quem deve ser atribuído o encargo. Discorre sobre a ocorrência de venda casada e argumenta que nunca concordou com o pagamento deste valor, razão pela qual a devolução deve se dar em dobro e não de forma simples como determinado na r. sentença. Pleiteia, também, a condenação da ré nos danos morais sofridos (fls. 114/126). Contrarrazões às fls. 153/167.

Já a SEPTAR entende que o valor foi pago a título de sinal/arras para assegurar o negócio. Deste modo, não há que se falar em venda casada ou devolução da quantia paga, até porque o negócio foi devidamente concluído. Argumenta que mesmo que se tratasse de comissão de corretagem não haveria ilegalidade em sua cobrança, como pacificado pela jurisprudência. Pleiteia a reforma da r. sentença (fls. 127/136). Contrarrazões às fls. 141/152.

É o relatório.

A r. sentença deve ser mantida.

Muito embora a vendedora SEPTAR JUMI EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA. afirme que o valor pago de R$ 3.240,00 se referia ao pagamento do sinal/arras, o documento de fl. 41 (juntado novamente à fl. 80) dá conta de que este valor seria destinado ao pagamento de despesas de corretagem e publicidade do empreendimento "Residencial Setsul - Rio Preto". Sem esquecer que no quadro resumo de fls. 26/27 já havia a previsão no pagamento do sinal no valor de R$ 4.536,00 e que, também, fora quitado pelo autor.

Assim, evidente de que se tratava de cobrança de comissão de corretagem pela ré.

A respeito da corretagem, existe uma polêmica sobre a injustiça da comissão de corretagem, porque os corretores das imobiliárias que atuam nesse campo específico das vendas de apartamentos ou loteamentos pouco fazem em termos de trabalho de aproximação, o que é verdadeiro. Os negócios

Acesso ao Sumário

são encaminhados nos *stands* montados e por vezes a atividade é restrita ao preenchimento de um formulário (proposta, cadastro).

Acontece que o conceito de aproximação não envolve única e exclusivamente a apresentação física para diálogo dos interessados ou intercambiar propostas e contrapropostas, pois a simples indicação, pelo corretor, da viabilidade do negócio ou da oferta, constitui o suficiente para reconhecer que se não fosse o corretor não seria possível concluir a negociação.

CUNHA GONÇALVES lembra a situação do corretor que faz publicar, em jornal, o interesse do proprietário de vender um terreno ou uma casa, mencionando que se o interessado (comprador) descobre e faz o negócio diretamente com o dono, sem o auxílio do intermediário. O mestre português considera que, nesse caso, quem deve a corretagem é o vendedor e não o comprador, especialmente se constar que a comissão será devida seja qual for a forma como a proposta chegou ao conhecimento do comprador (Dos contratos em especial, Ática, Lisboa, 1953, p. 105).

Ocorre que no caso concreto, ao contrário do que sucede no mercado imobiliário, **o serviço de intermediação não foi destacado do preço do imóvel e incluído no contrato com um valor especifico referente a isso, como, aliás, previsto na cláusula sétima do contrato**. O que se verifica pela análise atenta do documento de fl. 41 é que referido valor seria destinado ao custeio de despesas de corretagem e publicidade, sem qualquer abatimento no preço do imóvel; **ademais, sequer consta o nome da pessoa que se apresentou como corretor, presumindo-se que deva ser funcionário da vendedora, competindo a ela a sua remuneração.**

Não se olvide que a comissão de corretagem integra os custos do empreendimento e invariavelmente é repassada aos compradores, pouco importando se esse pagamento é realizado diretamente ou indiretamente à incorporadora, para posterior repasse ao intermediador, **desde que especificado no contrato de compromisso de compra e venda**. Enfim, **não se vislumbraria qualquer ilegalidade ou abuso**, se tivesse sido assim contratado ou se ao menos tivesse sido dado ciência à parte autora, mas não o foi. Assim, ante a ausência de previsão contratual de que o pagamento da intermediação da venda cabia ao autor, conforme o permissivo legal do artigo 724 do Código Civil, **a manutenção da sentença é de rigor, com a determinação de devolução pela ré da totalidade do valor pago, corrigido desde o desembolso e a com a incidência de juros de mora a partir da citação, de forma simples, até porque, pelo que se observou, não ocorreu trabalho de corretor autônomo ou exclusivo que justificasse esta cobrança.**

Por outro lado, não há como se determinar que a devolução se dê em dobro, como pleiteado pelo autor, visto que não se afere propriamente má-

Acesso ao Sumário

fé na cobrança, requisito essencial nos termos do art. 42, parágrafo único, do CDC e da Súmula 159 do Supremo Tribunal Federal, afigurando-se apenas uma falha na prestação do serviço.

Neste sentido:

"*Somente a cobrança de valores indevidos por inequívoca má-fé enseja a repetição em dobro do indébito.*" (AgRg no REsp 1.127.566/RS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI j. 13.03.2012).

Por fim, em relação à ocorrência de danos morais, a hipótese não retrata qualquer ofensa aos direitos da personalidade do autor a ensejar a indenização.

O dano moral deve ser reconhecido nas situações em que se observa efetiva violação a direito extrapatrimonial, o que não se afere do caso em virtude da cobrança de comissão de corretagem, mesmo que sob a designação de sinal/arras. Inexiste ato ilícito da ré a ensejar o arbitramento de qualquer quantia em favor do requerente

Isto posto, nega-se provimento aos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1023667-67.2015.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes M.A.C. e K.S.A.C., é apelado JUÍZO DA COMARCA.

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 12.414)**

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

São Paulo, 26 de janeiro de 2016.

CLAUDIO GODOY, Relator

Ementa: Casamento. Regime de bens. Pretendida alteração da comunhão parcial para a separação de bens. Matrimônio celebrado sob a égide do anterior Código Civil. Possibilidade, por força do art. 1.639, § 2º, do CC/02. Imutabilidade prevista no art. 2.039 que se refere exclusivamente às normas específicas de cada regime. Precedentes desta Câmara. Potencial prejuízo a terceiros não demonstrado. Direito de

Acesso ao Sumário

terceiros preservados com a averbação da mudança no Registro de Imóveis e Registro Civil. Ademais, efeito *ex nunc* da alteração que se assenta e ressalva. Sentença revista. Recurso provido.

VOTO

Cuida-se de recurso interposto contra sentença (fls. 60/61) que desacolheu pretensão de modificação do regime de bens do casamento das partes, de comunhão parcial para separação. Sustentam os recorrentes a existência de motivação legítima à alteração, pois os cônjuges possuem atividades profissionais próprias, auferindo renda própria, havendo conflito na administração do patrimônio comum. Aduzem não haver prejuízo a terceiros com o acolhimento do pedido.

Recurso regularmente processado, tendo o Ministério Público deixado de se manifestar, já na origem (fls. 82).

É o relatório.

Respeitada a convicção do I. Juiz prolator da sentença recorrida, não se acede à conclusão por seu intermédio externada.

O casamento foi celebrado na vigência do Código Civil de 1916, que previa a inalterabilidade do regime de bens - note-se, uma forma de tutelar a mulher, afinal, na sistemática originária do CC antecedente, relativamente incapaz e sujeita ao poder marital, por isso, não fosse a imutabilidade, à mercê de alterações potencialmente danosas, deliberadas pelo marido -, não se havendo de cogitar de óbice que esteja nessa previsão, particularmente por força do contido no art. 2.039 do atual Código, destarte a despeito da adoção, em geral, de princípio diverso, o da mutabilidade justificada do regime.

Neste sentido, segundo se entende, a norma do preceito citado dispõe que os regimes de casamento estabelecidos antes do atual CC permanecem regidos pela normatização anterior. Não se veda, pelos seus termos, a alteração de regime, propriamente. Mal comparando, seria como que vedar o divórcio para cônjuges casados antes de 1977 porque então não prevista no ordenamento esta causa dissolutória.

Acesso ao Sumário

Na justa observação de Nelson Rosenvald, preocupou-se o legislador em resguardar tão somente os aspectos específicos de cada regime, mas estendendo aos casamentos anteriores ao CC/02 as disposições gerais, comuns a todos os regimes, dentre as quais a alteração, nos termos do art. 1.639, § 2º, do atual CC. Insta diferenciar, ainda nas suas palavras, "*regime matrimonial primário - estatuto genérico sobre a disciplina econômica do casal em qualquer regime de bens - do regime matrimonial secundário, alusivo às especificidades de cada regime de bens*" (*in* ***Código Civil comentado*****, Coord.: Min. Cezar Peluso,**

Manole, 4ª ed., p. 2151)

A verdade é que tanto o Superior Tribunal de Justiça (**Resp. 1.112.123, em 16.06.2009**), quanto este Tribunal Estadual já se pronunciaram sobre o tema, firmando entendimento de que a previsão do artigo 2.039 diz respeito somente à estrutura específica de cada regime de bens, visando à proteção do direito adquirido e do ato jurídico perfeito. Nesse sentido, o posicionamento, inclusive, desta Câmara:

> "*CASAMENTO - REGIME de BENS - Alteração de comunhão parcial para universal - Casamento realizado sob a égide do Código Civil anterior - Irrelevância - Possibilidade prevista pelo § 2º do art. 1.639 do atual Código Civil - Motivo plausível e relevante - Hipótese em que as certidões juntadas nos autos afastam a possibilidade de objetivo ilícito dos requerentes - Pedido deferido - Recurso provido*." (**TJSP, Ap. 994.08.061858-3, Rel. Des. Rui Cascaldi, j. 29.6.2010**)
>
> "*Regime de bens - Pedido de alteração, formulado na vigência do novo código civil, relativamente a casamento celebrado anteriormente - Indeferimento pelo MM. Juiz, por impossibilidade jurídica do pedido, sob o fundamento de que a alteração do regime de bens só pode ocorrer em relação aos casamentos verificados a partir da data de entrada em vigor do novo código civil - Princípio da imutabilidade que já não era absoluto, mesmo na vigência do código de 1916 - Irrevogabilidade que caracterizava os efeitos patrimoniais do casamento e não o modelo do regime de bens - Possibilidade de alteração do regime de bens dos casamentos realizados sob a égide da lei anterior reconhecida - Exegese do art. 1.639, § 2º do novo código civil - Extinção do processo afastada em segundo grau - Retorno dos autos ao primeiro grau para apreciação do mérito - Recurso provido em parte para tais fins*" (**TJSP, Ap. 433.243-4, Rel. Des. Elliot Akel, j. 24.10.2006**)

Igualmente na mesma esteira o Enunciado nº 260 da III Jornada de Direito do Centro de Estudos Jurídicos do Conselho da Justiça: "*Arts. 1.639, § 2º, e 2.039: A alteração do regime de bens prevista no § 2º do art. 1.639 do Código Civil também é permitida nos casamentos realizados na vigência da legislação anterior*".

De outra parte, e com razão, segundo se entende, doutrina e jurisprudência têm sido complacentes na aferição das razões pelas quais querem os cônjuges alterar o regime de bens, tanto mais se, a rigor, livremente (salvo os casos da separação obrigatória) fixável, de início, o regime e se motivo algum se deve explicitar para esta escolha originária, senão a conveniência do casal na opção por como constituirão o formato patrimonial consequente à sua relação:

"*Acresce que não deve o magistrado ser rigoroso na exigência de uma*

Acesso ao Sumário

indicação pormenorizada do motivo ensejador da alteração do regime de bens, nem se ater a formalismos desnecessários, sob pena de interferência desnecessária na vida privada: 'De qualquer modo, exigida pelo juiz, a indicação do motivo pode ser a mais diversa possível, não devendo o magistrado ser rigoroso na exigência de uma indicação precisa ou se ater a formalismos desnecessários. Até porque, de certo modo, o motivo do pedido de mudança do regime de bens é genericamente, a vontade do casal.'. (Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald. Direito das Famílias, 2ª Edição, Editora Lúmen pg. 256)."

(**Apelação 9095155-33.2007.8.26.0000, Relator Pedro Baccarat, 7ª Câmara de Direito Privado, Data do julgamento 17/08/2011**)

"*Divirjo, todavia, e não sem manifestar todo meu respeito a este entendimento, que acoimo de excessivamente rígido e intransigente. A exigência da exposição de razões, tal como consta na Lei, que surge entre vírgulas 'en passant', quase como um detalhe, é secundária e de importância relativa para a concessão do pedido. Serve para aferir-se a seriedade e a determinação dos requerentes, mas não há como pretender que se faça detalhada exposição de motivos a serem examinados com tão rigoroso critério como se observassem provas. Basta que as razões sejam aceitáveis, verossímeis, sem outras exigências, para que se apure a sua procedência. (...)*

A exigência de razões não pede o exame rigoroso e objetivo, até porque difícil a aferição dos motivos do casal, naturalmente pessoais e de complicada interpretação pela falta de contraditório. Por isso, há que se reconhecer a superior importância da vontade dos cônjuges."

(**Apelação 0018358-39.2009.8.26.0344, Relator Gilberto de Souza Moreira, 7ª Câmara de Direito Privado, Data do julgamento 01/06/2011**)

"*A lei, ao exigir motivação do pedido, não vai ao ponto de impor razões objetivas e indiscutíveis. Claro que pesa a conveniência do arranjo patrimonial para o próprio casal, embora possa tal causa parecer irrelevante aos olhos do juiz ou de terceiros. É tendência do direito contemporâneo, em todo mundo ocidental, conferir autonomia privada às relações patrimoniais entre os cônjuges.*

Parece razoável que, com o casamento consolidado ao longo de quase uma década, pretendam os requerentes modificar o regime de bens anteriormente convencionado, a fim de resguardar seus próprios interesses. A motivação do pedido deve ser sempre relevante, mas deve, por outro lado, o juiz levar em conta fatos supervenientes ao casamento, em especial vidas econômicas independentes, a imaturidade por ocasião

Acesso ao Sumário

das núpcias e, em última análise, a remoção de obstáculo considerável ao entendimento dos cônjuges (Paulo Luiz Netto Lobo, Código Civil Comentado, Atlas, vol. XVI, p. 234)."

(**Apelação 0031746-28.2010.8.26.0100, Relator Francisco Loureiro, 4ª Câmara de Direito Privado, Data do julgamento 24/03/2011**)

"*Inegável que pode haver conotação subjetiva nos motivos da alteração pretendida. Existem várias razões, tanto no âmbito familiar, quanto externas a ele, que potencialmente levam o casal a pedir a alteração do regime de bens.*

Ocorre que o extremo rigor na análise da motivação do pedido pode esvaziar o significado o artigo 1.639, §2° do Código Civil, que representou importante inovação em relação ao regramento anterior do regime de bens do casamento.

A propósito, ensina Euclides de Oliveira: 'Exige-se requerimento conjunto do marido e da mulher, ambos interessados na mudança. A motivação do pedido, circunscrita ao interesse comum dos cônjuges, há de ser exposta ao juiz e devidamente comprovada. Neste ponto, certamente não haverá rigor ou extremado formalismo, uma vez que variam as circunstâncias motivadoras dentro do âmbito familiar, de modo que deverá ser suficiente a exposição das razões pessoais dos cônjuges na mudança do regime, para exame e decisão dentro dos critérios da razoabilidade. Importa que a alteração na afete direitos de terceiros, eventuais contratantes ou credores dos cônjuges, pois, nesse caso, estaria configurada a fraude, o que tornaria ineficaz o ato' (Alteração do regime de bens no casamento. In: Delgado, Mário Luiz e Alves, Jones Figueiredo. Novo Código Civil: Questões Controvertidas. São Paulo: Ed. Método, 2006, p.393)."

(**Apelação 0125809-25.2008.8.26.0000, Relator Elliot Akel, 1ª Câmara de Direito Privado, Data do julgamento 16/12/2008**)

No caso, embora sem grande detalhamento, é verdade, os autores justificaram sua pretensão com o interesse de que os bens adquiridos com renda própria de cada um não mais se comuniquem, tendo em vista o esforço individual, a assunção de obrigações junto a sociedades empresariais distintas e o desacordo na administração dos bens hoje comuns, assim aludindo à dificuldade que vêm encontrando na administração deste patrimônio.

Por fim, o preceito do art. 1.639, § 2º, do CC/02 ressalva, para a alteração de regime, a ausência de potencial prejuízo aos direitos de terceiros. Daí se vir reclamando, ao acolhimento de semelhante pretensão, de um lado a inexistência de dívidas (**Enunciado 113 do CEJ**) ou sua prévia solução (**RT 880/187**) e, de outro, prévio inventário e partilha dos bens da comunhão, que se pretenda alterar para separação (**JTJ 329/566**).

Acesso ao Sumário

E não houve qualquer cogitação de potencial dano a terceiro, de toda sorte sendo pública a alteração e assegurados eventuais direitos anteriores, considerando-se suficiente a justificativa apresentada, que não se pode tomar com rigor excessivo sob pena de se inviabilizar a alteração. De mais a mais, trata-se de questão patrimonial que aos cônjuges incumbe deliberar.

Demais disso, ainda mais relevante o efeito com que se processa esta alteração do regime, sempre prospectivo, *ex nunc*, por isso que preservados os credores anteriores diante do patrimônio comum até a alteração formado. Daí já se ter decidido, neste Tribunal (**TJSP, Apelação 0013056-15.2007.8.26.0533, rel. Des. Viviani Nicolau, j. 12/04/2011**), e mesmo nesta Câmara (**TJSP, Apelação 9251643-79.2008.8.28.0000, rel. Des. Luis Antônio de Godoy, j. 08.09.2009; AI 9052485-77.8.26.0000, rel. Des. Elliot Akel, j. 18.12.2007**), que - suficiente ao pleito - são resguardados os direitos de credores anteriores, diante da modificação do regime, pelo efeito futuro que se lhe reconhece, destarte àqueles inoponível.

Ante o exposto, **DÁ-SE PROVIMENTO** ao recurso, para o fim de, com a ressalva acima, deferir a modificação do regime de bens dos autores.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1009551-67.2015.8.26.0161, da Comarca de Diadema, em que é apelante ANA ANGÉLICA TEIXEIRA DO NASCIMENTO, é apelado COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto n° 26744)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ ROBERTO FURQUIM CABELLA (Presidente sem voto), EDUARDO SÁ PINTO SANDEVILLE e VITO GUGLIELMI.

São Paulo, 1 de fevereiro de 2016.

PAULO ALCIDES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: INDENIZATÓRIA. Roubo de veículo em estacionamento de supermercado. Indenização devida. Benefício oferecido com o nítido propósito de captar clientela. Responsabilidade do estabelecimento

pelos danos ocorridos em virtude de falta de segurança no local. Dano moral configurado, vez que nítido o abalo decorrente de assalto à mão armada. *Quantum* majorado. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por ANA ANGÉLICA TEIXEIRA DO NASCIMENTO contra a r. sentença (fls. 23/24) que julgou parcialmente procedente a ação indenizatória proposta em desfavor de COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO, para condenar a ré "*no pagamento à autora de indenização por dano material consistente em uma cadeira de criança (a ser comprovado seu valor quando da liquidação da sentença) e R$ 80,00 - valor subtraído da vítima*" e, "*ainda, no pagamento de dano moral no importe de R$ 1.000,00 (mil reais).*"

Sustenta, em síntese, ser inegável que, da abordagem com arma de fogo, decorre abalo moral imensurável, quanto mais se considerar que a filha da autora, com apenas cinco anos de idade, presenciou o assalto. Assim, entende ser irrisório o valor arbitrado a título de indenização por danos morais, vez que não atinge sua finalidade punitiva ou função educativa. Pugna, portanto, pela condenação da ré em 100 salários mínimos (fls. 27/30).

Processado o recurso em seus regulares efeitos (fls. 31).

Contrarrazões (fls. 34/39).

É o relatório.

Primeiramente, observa-se que foi decretada a revelia da ré, razão pela qual foram tidos como verdadeiros os fatos alegados pela autora.

É uniforme o entendimento no sentido de que o fornecedor de determinado serviço oferece estacionamento aos seus clientes, mesmo que gratuito, justamente como um atrativo para captar a clientela, ele deve responder pelos danos que, eventualmente, venham a ocorrer em virtude da falta de segurança no local.

Afinal, a oferta de tal comodidade agrega valor ao serviço oferecido pelo estabelecimento, razão pela qual, ao disponibilizá-lo, ainda que não ocorra cobrança direta, o mesmo assume o dever de guarda e vigilância.

Houve nítida violação dos direitos da personalidade da demandante, porquanto foi vítima de assalto à mão armada, dentro do estacionamento fornecido pela ré, quando acompanhada de sua filha de cinco anos de idade, o que certamente lhe causou abalo emocional e psicológico, afetando sua vida pessoal, tipificando, sem a menor dúvida, dano moral indenizável.

Nesse sentido, a jurisprudência maciça deste E. Tribunal de Justiça:

Acesso ao Sumário

"*Responsabilidade civil - Dano moral - Autor vítima de assalto a mão armada em estacionamento de supermercado - Atividade que exige rigor na segurança, e ainda requer a adoção de medidas suficientes com o objetivo de assegurar a integridade física e psíquica dos clientes - Sofrimento e temor experimentados que merecem indenização - Sentença parcialmente revista - Recurso dos autores provido.*" (Apelação nº 0004958-23.2010.8.26.0020, 1ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. AUGUSTO REZENDE, j. 04.08.2015)

"*Responsabilidade civil - Roubo no estacionamento de supermercado - Responsabilidade do estabelecimento comercial, que tem o dever de proteger a segurança e a integridade física dos seus clientes em áreas de sua dependência - O roubo de veículo em estacionamento não permite o reconhecimento de caso fortuito, força maior e fato de terceiro, pois havendo o fornecimento de espaço para esse fim a empresa assume a responsabilidade pela incolumidade do bem - Dever de vigilância - Havendo falha na sua prestação, responderá pelo dano resultante - Indenização pelo veículo roubado que deve observar o valor da Tabela FIPE à época do ocorrido - Dano moral* in re ipsa *- Manutenção do quantum indenizatório fixado em R$ 10.000,00 por danos morais - Autora que, na inicial, pleiteou ressarcimento em razão da subtração de seu celular no valor de R$ 996,00 - Indenização, nesse ponto, que deve ser reduzida para a referida quantia - Honorários advocatícios arbitrados em conformidade com os critérios legais - Recurso da ré provido em parte, improvido o adesivo.*" (Apelação nº 1000802-76.2014.8.26.0038, 7ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. Luis Mario Galbetti, 28.05.2015)

Portanto, correta a conclusão do Magistrado ao condenar a ré ao pagamento de indenização pleiteada.

Com relação ao *quantum*, a jurisprudência tem entendido que o montante fixado deve ter por escopo compensar a dor causada à vítima e desestimular o ofensor de cometer atos da mesma natureza. Assim, não é razoável que se arbitre um valor irrisório, com pouco significado para o ofendido, nem mesmo seja fixada uma indenização excessiva, resultando um elevado ônus ao ofensor.

Tais critérios podem ser extraídos dos arts. 944 e 945 do CC, conforme entendimento assente na doutrina e jurisprudência, consolidado também pela Superior Instância:

"Dano moral - Reparação - Critérios para fixação do valor - Condenação anterior, em quantia menor. Na fixação do valor da condenação por dano moral, deve o julgador atender a certos critérios, tais como nível cultural do causador do dano; condição sócio-econômica do ofensor e do ofendido; intensidade do dolo ou grau da culpa (se for

o caso) do autor da ofensa; efeitos do dano no psiquismo do ofendido e as repercussões do fato na comunidade em que vive a vítima. Ademais, a reparação deve ter fim também pedagógico, de modo a desestimular a prática de outros ilícitos similares, sem que sirva, entretanto, a condenação de contributo a enriquecimentos injustificáveis. Verificada a condenação anterior, de outro órgão de imprensa, em quantia bem inferior, por fatos análogos, é lícito ao STJ conhecer do recurso pela alínea c do permissivo constitucional e reduzir o valor arbitrado a título de reparação. Recurso conhecido e, por maioria, provido"

(Superior Tribunal de Justiça, REsp 355.392/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 26.03.2002, DJ 17.06.2002, p. 258).

A indenização por danos morais, portanto, tem como objetivos a reparação da vítima e a punição do agente causador do dano, não podendo servir para enriquecimento sem causa da vítima.

Fixados tais parâmetros, e levando em consideração os valores usualmente adotados por esta C. Câmara em situações análogas, o valor da indenização é majorado para a quantia de R$ 10.000,00 (dez mil reais), montante mais adequado para o caso dos autos, corrigido monetariamente deste a data deste Acórdão e acrescido de juros moratórios no patamar de 1 % ao mês, desde a data do evento danoso (Súmula 54 do STJ).

O valor pretendido pela autora (equivalente a 100 salários mínimos) mostra-se excessivo e desproporcional; daí o acolhimento parcial de sua pretensão.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002007-62.2015.8.26.0123, da Comarca de Capão Bonito, em que é apelante BRADESCO SAÚDE S/A, é apelado VERA LUCIA DO AMARAL STEININGER (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30788)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALEXANDRE LAZZARINI (Presidente) e COSTA NETTO.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 2 de fevereiro de 2016.
MAURO CONTI MACHADO, Relator

Ementa: Apelação - Plano de saúde - Relação de consumo - Inexistência de expressa exclusão contratual para a cobertura da doença e tratamento requerido pela paciente - Se o contrato firmado entre o beneficiário e a operadora de planos de saúde não exclui expressamente cobertura para determinada doença, por certo a limitação imposta enquadra-se em conduta abusiva da operadora do plano de saúde - Súmula nº 102, da Seção de Direito Privado deste E. Tribunal de Justiça - Uma vez reconhecida a cobertura ao tratamento da enfermidade, devem ser fornecidos todos os meios disponíveis para o seu sucesso, incluindo-se, por óbvio, os procedimentos mais modernos que traduzam benefício à paciente, sob pena de inviabilizar o objeto do próprio contrato que é a preservação da vida e saúde de seu beneficiário - Correção da condenação imposta - Recurso a que se nega provimento.

VOTO

A r. sentença proferida à fls. 231/234, cujo relatório é adotado, julgou procedente o pedido formulado para: a) condenar a operadora de planos de saúde ao custeio integral do procedimento reclamado pela autora, sob pena de incidência de multa diária de R$ 1.000,00; b) deferir a antecipação dos efeitos da tutela. Condenada a operadora de planos de saúde, ainda, ao pagamento das custas e despesas processuais e de honorários advocatícios arbitrados, por equidade, no importe de R$ 3.000,00.

Aduz que o tratamento requerido não goza de cobertura contratual, de sorte que se afigura lídima sua recusa e, por consequência, indevida a condenação imposta.

Recebido, processado e com resposta, subiram os autos.

É a suma do necessário.

Não assiste razão à operadora de planos de saúde.

Inicialmente, cumpre salientar que se aplicam, à espécie, as normas consumeristas.

A Lei nº 9.656/98 refere-se aos planos e seguros privados de assistência

Acesso ao Sumário

à saúde ora como "produto", ora como "serviços". Ao denominar de produto o plano privado, "o legislador reforçou o caráter empresarial da atividade, dando às empresas do ramo um caráter de industriais produtores daquele bem da vida, indispensável em qualquer sociedade razoavelmente organizada"[1].

Daí, exsurge o conceito de fornecedor, descrito pelo artigo 3º, da Lei nº 8.078/90.

Ademais, ressalta-se que tal entendimento encontra-se pacificado pela jurisprudência, a teor do verbete da Súmula nº 469, do E. Superior Tribunal de Justiça.

Nos termos da Lei nº 8.078/90, é direito básico do consumidor receber a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços (artigo 6º, III), cabendo, ainda, a interpretação das cláusulas contratuais em seu favor (artigo 47), em especial, nos contratos de adesão, cujas cláusulas são redigidas por apenas uma das partes.

Embora seja lícita a estipulação de limitação de riscos a serem cobertos pela operadora de planos de saúde, em atenção aos postulados da boa-fé e equidade, deve esta faculdade ser expressa e clara, sob pena de sua nulidade (artigo 51, IV, da Lei nº 8.078/90).

No caso em tela, a despeito das alegações apresentadas, inexiste expressa exclusão contratual para a cobertura da doença e tratamento requerido pela paciente (retinopatia diabética - fls. 13/14).

A simples remissão, no contrato, ao rol de procedimentos elaborado pela Agência Nacional de Saúde Complementar - ANS não dá azo à limitação de cobertura pretendida.

Se o contrato firmado entre as partes não exclui expressamente cobertura para determinada doença, por certo a limitação imposta enquadra-se em conduta abusiva da operadora do plano de saúde, já que coloca a consumidora em indiscutível desvantagem.

Nesse sentido, vigora o entendimento consolidado deste E. Tribunal de Justiça:

> "Súmula nº 102, da Seção de Direito Privado: Havendo expressa indicação médica, é abusiva a negativa de cobertura de custeio de tratamento sob o argumento da sua natureza experimental ou por não estar previsto no rol de procedimentos da ANS".

Ademais, insta frisar que o rol de coberturas obrigatórias se refere às coberturas mínimas que devem ser oferecidas, o que, por óbvio, não autoriza a exclusão ou limitação de tratamentos e procedimentos médicos, sem expressa

1 Bottesini, Maury Ângelo. Lei dos Planos e Seguros de Saúde: comentada artigo por artigo, doutrina, jurisprudência/Maury Ângelo Bottesini, Mauro Conti Machado, 2ªed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, pg. 50/51.

Acesso ao Sumário

previsão legal ou contratual.

Nesta senda, uma vez reconhecida a cobertura ao tratamento da enfermidade, devem ser fornecidos todos os meios disponíveis para o seu sucesso, incluindo-se, por óbvio, os procedimentos mais modernos que traduzam benefício à paciente, sob pena de inviabilizar o objeto do próprio contrato que é a preservação da vida e saúde de seu beneficiário.

No mais, salienta-se que a escolha do tratamento a ser ministrado à autora está adstrita ao arbítrio do profissional por ela eleito, não cabendo à operadora de planos de saúde opinar acerca de sua adequação.

Assim, afigura-se correta a condenação imposta.

Por fim, outros fundamentos são dispensáveis diante da adoção integral do que foi deduzido na r. sentença, aqui expressamente adotados para evitar desnecessária repetição, nos termos do artigo 252, do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0004224-63.2009.8.26.0584, da Comarca de São Pedro, em que é apelante SERVIÇO NACIONAL DE APRENDIZAGEM COMERCIAL SENAC, é apelado JOSE EDMILSON DE LIMA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.030)**

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

São Paulo, 11 de fevereiro de 2016.

ELCIO TRUJILLO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: INDENIZAÇÃO - Uso indevido de imagem - Veiculação em material promocional da entidade ré - Indicada ausência de expressa autorização para a divulgação - Violação ao direito à imagem e à personalidade - Indenização devida pela simples falta de autorização para divulgação - Súmula 403 do

Colendo Superior Tribunal de Justiça - Fixação em R$ 5.000,00 (cinco mil reais) que não comporta redução - Atualização monetária a partir do arbitramento e juros moratórios a contar do evento - Súmulas 362 e 54 do C. STJ - Verba honorária bem fixada - Sentença confirmada - RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 154/158 que, em ação de indenização por uso indevido de imagem, julgou parcialmente procedentes o pedido.

Apela a ré alegando ausência de comprovação de nexo de causalidade entre qualquer conduta sua e os supostos danos sofridos pelo autor; alternativamente, pede a redução da indenização e também da verba honorária, sendo que o termo inicial dos juros devem correr a partir da fixação da indenização; pede o provimento do recurso (fls. 163/184).

Recurso recebido (fls. 163) e impugnado (fls. 193/204).

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Trata-se de ação de indenização por uso indevido de imagem do autor em divulgação realizada pela entidade ré em material publicitário, sem que houvesse o prévio consentimento para a veiculação.

A r. sentença julgou a ação parcialmente procedente para condenar a ré a indenizar o autor por danos morais pela simples utilização indevida de sua imagem, pois não contou com a sua prévia autorização, em montante fixado em R$ 5.000,00 (cinco mil reais), com atualização monetária desde o arbitramento e juros de mora a contar do evento, ocorrido em junho de 2009, fixada a verba honorária em 15% sobre o valor da condenação.

Daí o apelo da ré.

De fato, não há expressa e indispensável autorização para utilização da imagem do autor, condição, por sinal, confessada pela ré.

Como bem apontado pelo i. magistrado de primeiro grau, "*necessário frisarmos, inicialmente, que três (03) fatos são incontroversos nesta demanda indenizatória por conta do que consta nos autos: (i) a empresa requerida fotografou o autor, tanto que nos autos encontramos as fotografias de fls. 18 a 20; e (ii) referidas fotografias foram utilizadas pela empresa requerida em suas dependências (fls. 18 e 19); (iii) a empresa requerida confirma que não houve autorização expressa ou por escrito do autor na utilização de sua fotografia, havendo, contudo, autorização tácita ou implícita (fls. 39 e 40). A utilização*

Acesso ao Sumário

da fotografia do autor por parte da empresa requerida foi indevida e abusiva porque, como já visto acima, sem a autorização expressa ou escrita do titular da imagem. Para a veiculação da referida fotografia do autor, com exposição de sua imagem, indispensável seria a autorização expressa e por escrito de seu titular [o autor]. A própria empresa requerida confirma que inexistiu autorização escrita ou expressa do autor para veiculação de sua imagem. (...) E não olvidemos, que a imagem está inserida no conteúdo do direito da personalidade. Destarte, o autor deve ser indenizado pela utilização indevida de sua imagem/fotografia." (fls. 155/157).

A utilização não autorizada constitui uso indevido da imagem, afrontando o disposto no artigo 5º, X, da Constituição Federal[1]. Cuidando-se de direito à imagem, o ressarcimento se impõe pela só constatação de ter havido a utilização indevida, sendo desnecessária a demonstração de prejuízo material ou moral. Neste caso, o dano é a própria utilização da imagem não autorizada.

Assim também decidiu o C. Superior Tribunal de Justiça, por sua 3ª Turma, no julgamento do REsp. nº 138.883-PE, da lavra do Min Carlos Alberto Menezes Direito: "*(...) Cuidando-se de direito à imagem, o ressarcimento se impõe pela só constatação de ter havido a utilização sem a devida autorização. O dano está na utilização indevida para fins lucrativos, não cabendo a demonstração do prejuízo material ou moral. O dano, neste caso, é a própria utilização para que a parte aufira lucro com a imagem não autorizada de outra pessoa. Já o Colendo Supremo Tribunal Federal indicou que a 'divulgação da imagem de pessoa, sem o seu consentimento, para fins de publicidade comercial, implica em locupletamento ilícito à custa de outrem, que impõe a reparação do dano'*".

E nos termos da Súmula 403 do STJ: "*Independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais*".

Resulta, em sequência, a questão correspondente ao valor.

O valor arbitrado a título de dano moral deve guardar perfeita correspondência com a gravidade objetiva do fato e de seu efeito lesivo, bem como com as condições sociais e econômicas da vítima e do autor da ofensa, em tal medida que, por um lado, não signifique enriquecimento do ofendido e, por outro, produza no causador do mal impacto bastante para dissuadi-lo de nova prática ilícita.

À vista dos elementos contidos nos autos e como acima justificados, a

Acesso ao Sumário

1 CF, Art. 5º "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:"

(...)

"X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação."

indenização fixada pelo MM. Juiz de primeiro grau em R$ 5.000,00 (cinco mil reais) mostrou-se razoável, estando o valor fixado moderadamente pelo douto magistrado, não havendo, portanto, motivação para sua redução.

Quanto ao termo inicial para incidência de juros moratórios e correção monetária, é pacífico o entendimento jurisprudencial que em casos de responsabilidade extracontratual, o termo "a quo" para a aplicação de juros de mora é a data do evento danoso (Súmula 54/STJ), e para a incidência de correção monetária é a data da fixação da indenização (Súmula 362/STJ):

Súmula 54: "*Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual.*"

Súmula 362: "*A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento.*"

Na jurisprudência deste Egrégio Tribunal, o mesmo entendimento sobre a matéria;

"*RESPONSABILIDADE CIVIL - Uso indevido de imagem - Ação indenizatória - Uso não autorizado, para fins comerciais, de imagem de modelo fotográfico em página de venda de produtos eróticos - Visualização por pouco tempo e por 134 pessoas que já configura violação dos direitos de personalidade - Configurado o dano moral, em virtude da falta de autorização - Inteligência da Súmula 403 do STJ - Indenização corretamente fixada em R$10.000,00, com juros desde o evento danoso e correção a partir do arbitramento - Verba honorária fixada em 15% do valor atualizado da condenação - Sentença mantida - Recurso desprovido.*" (7ª Câmara D. Privado, Apelação cível nº 1039091-23.2013.8.26.0100, Rel. Des. Mendes Pereira, j. 12.05.2015, v.u.);

"*Indenização por danos materiais e morais - Ação julgada parcialmente procedente - Devidamente comprovada a legitimidade das corrés para responder aos termos da presente ação - Violação do direito de imagem que gera direito de indenização - Desnecessidade da demonstração do dano experimentado - Súmula 403 do STJ - "Quantum" (R$ 30.000,00) reduzido para valor (R$ 13.560,00) que se mostra mais justo e razoável para os fins almejados (punir e reeducar o infrator, sem sacrificá-lo em demasia, e compensar a vítima, sem enriquecê-la indevidamente) - Sentença reformada, neste particular, com a incidência de juros legais de mora a partir do evento danoso (fevereiro de 2006) - Recursos parcialmente providos.*" (6ª Câmara D. Privado, Apelação cível nº 0009224-65.2006.8.26.0320, Rel. Des. Percival Nogueira, j. 19.09.2013, v.u.);

"*RESPONSABILIDADE CIVIL - UTILIZAÇÃO NÃO AUTORIZADA DE IMAGEM DE EX-FUNCIONÁRIO PARA FINS COMERCIAIS - A*

Acesso ao Sumário

utilização não autorizada de imagem de pessoa para fins comerciais gera danos morais (Súmula 403 do Superior Tribunal de Justiça) - Pedido de indenização por danos materiais - Sentença de procedência, para determinar a suspensão da utilização da imagem da Autora (sob pena de multa diária de R$ 100,00), e condenar a Requerida 'ao pagamento do valor correspondente ao cachê para modelo desconhecida, a título de danos materiais' e de indenização por danos morais no valor de R$ 20.000,00 - Pedido de indenização por danos materiais é inadequado - Autora não experimentou decréscimo patrimonial - Recurso da requerida parcialmente provido, para excluir a condenação a indenizar o dano material, e declarar (de ofício) que o valor da indenização por danos morais é corrigido monetariamente desde a data da sentença (28 de julho de 2009), com incidência de juros moratórios de 1% ao mês desde o evento danoso (30 de novembro de 2008)." (2ª Câmara D. Privado, Apelação cível nº 9065801-89.2009.8.26.0000, Rel. Des. Flávio Abramovici, j. 16.04.2013, v.u.).

Por fim, quanto aos honorários advocatícios, cumpre ressaltar que a prudente fixação em 15% sobre o valor total da condenação atende aos preceitos legais relativos à matéria e remunera condizentemente o trabalho do nobre patrono, estando em conformidade com as circunstâncias previstas no artigo 20, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil, não havendo qualquer imprecisão a ser sanada neste sentido.

Assim, a r. sentença deu adequada e correta solução ao conflito, eis que não superada pelas razões do recurso, merecendo confirmação por seus próprios e bem deduzidos fundamentos.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000783-22.2015.8.26.0269, da Comarca de Itapetininga, em que é apelante/apelada CRISTIANE QUEIROZ AIRES MARTINS, é apelada/apelante EMBRACON ADMINISTRADORA DE CONSÓRCIO 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 da autora e negaram provimento ao recurso do réu. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.211)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CARLOS

ABRÃO (Presidente) e MAURÍCIO PESSOA.

São Paulo, 14 de dezembro de 2015.

LÍGIA ARAÚJO BISOGNI, Relatora

Ementa: CONSÓRCIO - Desistência de consorciado - Irrelevância de a ação ter sido proposta antes de encerrado o grupo consorcial - Pedido juridicamente possível e presente o interesse processual de agir - Preliminar de carência afastada.

CONSÓRCIO - Desistência do consorciado - Pretensão à devolução imediata das parcelas pagas - Admissibilidade - Prazo do grupo consorcial já encerrado - Não comprovação de o contrato firmado pela autora ter sido adaptado às disposições da Lei nº 11.705/2008 e tampouco de que ciente estava a autora de que o prazo não era de 70 meses e sim de 150 meses - Ilegalidade da incidência da cláusula penal, por representar nítida desvantagem ao consumidor e verdadeiro 'bis in idem' em razão de também lhe ser retido percentual a título de taxa de administração - Do total das parcelas pagas, deverá haver somente a retenção da taxa de administração e seguro - Dano moral caracterizado, em razão da ilicitude da conduta da ré na tentativa de alteração do prazo do grupo e não restituição dos valores após trinta dias do encerramento do grupo - Recurso da autora provido, improvido o do réu.

VOTO

Trata-se de ação ordinária de rescisão de contrato de consórcio c.c. restituição de valores e danos morais, ajuizada por Cristiane Queiroz Aires Martins contra Embracon Administradora de Consórcio Ltda., julgada procedente, em parte, pela r. sentença de págs. 304/307, para declarar rescindido o contrato firmado entre os litigantes e determinar a devolução **imediata** dos valores pagos, ressalvada a taxa de administração e seguro de vida, devidamente atualizados pela tabela prática do TJESP e acrescidos de juros de mora legais contados a partir da contemplação ou 30 dias após o encerramento das operações do grupo, carreando, ainda, à ré a sucumbência de custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R$3.000,00 (três mil reais).

Irresignadas, apelaram ambas as partes. A ré insiste na tese de a autora ser

Acesso ao Sumário

carecedora da ação, porque o prazo de duração do consórcio, que foi adaptado à Lei 11.705/2008, ainda não se esgotou, vez que o prazo de 70 meses somente foi para pagamento, e a duração do grupo é de 150 meses, ou seja, somente se encerrando em janeiro de 2018. Diz, de outro lado, caso rejeitada a preliminar, que a devolução dos valores deve se dar nos moldes da Lei 11.705/2008, com determinação da devolução quando do término do grupo ou da contemplação do excluído, descontando-se as multas de 20% em favor da administradora e 10% em favor do grupo, e que seja considerado o percentual das contribuições solvidas para o fundo comum e de reserva, se houver, com relação ao valor do bem que vigorar na data da última assembleia de contemplação do grupo do consorciado, incidindo juros somente após a contemplação ou término do grupo. Por fim, pede seja invertido o ônus da sucumbência ou admitida a recíproca sucumbência. A autora, por sua vez, bate pelo acolhimento da pretensão da reparação moral que sofreu, em montante a ser arbitrado pela Câmara, tendo em conta que teria sido ludibriada pela administradora de consórcio, já que firmou a avença em 70 (setenta) meses e não em 150 (cento e cinquenta) meses conforme posteriormente afirmado pela ré.

Recursos bem processados, acusando as respectivas respostas, subiram os autos.

É o relatório.

Rejeito a preliminar de carência da ação, porque o simples fato de 'não estar encerrado o grupo consorcial' - inclusive essa uma discussão tratada pela autora, eis que sustenta já encerrado o grupo consorcial - não constitui obstáculo para o consorciado invocar o Judiciário. O fato de ser desistente e postular, contra o previsto em cláusula contratual, abusiva e nula, a devolução das quantias pagas, basta para tornar o pedido juridicamente possível e mais do que legítimo o interesse processual de agir.

Nesse sentido a jurisprudência: "Ação - Condições - Cobrança - Consórcio - Desistência - Liquidação extrajudicial - Falta de interesse - Restituição - Ação - Condições - Cobrança movida por consorciado desistente antes de encerrado o grupo - Admissibilidade - Ocorrência de decretação da liquidação extrajudicial da Administradora suspendendo-se a execução da condenação - Carência por falta de interesse afastada...- Recurso provido" (Ap. 578.428/5-001 - Lins - 6ª Câmara - REL. CARLOS ROBERTO GONÇALVES).

Quanto ao mérito, observo, de início, que muito embora a administradora de consórcio tenha alegado que o contrato da autora, firmado em 19.12.2006, foi adaptado às disposições da Lei nº 11.795/08, não há qualquer comprovação documental da realização da assembleia para tal finalidade a que se refere a ré e muito menos prova de que a autora fora convocada para discussão e deliberação, razão pela qual entendo inaplicável ao caso concreto as disposições

Acesso ao Sumário

da supracitada lei.

No mais, a prova dos autos demonstra que a autora acreditava ter aderido a quota de consórcio para pagamento em 70 meses, mas, no final desse prazo, foi informada que a duração do grupo a que tinha aderido era, na verdade, de 150 meses. Os boletos de pagamento trazidos aos autos dão conta de que o prazo do grupo consorcial era de 70 (setenta) meses (cf. fls. 55 e segs.) e a resposta da administradora de consórcio ao pedido de cancelamento afirma categoricamente que o prazo era aquele que a autora também tinha em mente, nada indicando que o prazo do grupo seria de 150 meses conforme afirmado posteriormente. Somente após findar o prazo de 70 (setenta) meses e quando novamente a autora entrou em contato com a ré, é que tomou ciência de que o prazo do grupo seria de 150 (cento e cinquenta meses). Verossímil, assim, a alegação da autora de que foram inseridos dados no contrato firmado entre as partes, posteriormente à assinatura, alterando substancialmente sua essência. Houve ato ilícito, de modo que deve ser considerado, no caso sub judice, o prazo de 70 (setenta) meses do grupo consorcial, não admitida a ampliação em mais 80 (oitenta) meses tal como ventilado pela ré.

E, se já encerrado o grupo consorcial, porque o prazo findaria em dezembro de 2012, cabível a restituição imediata, e de uma só vez, das parcelas pagas, atualizadas monetariamente desde cada desembolso, acrescidas de juros de mora contados a partir do trigésimo dias após o encerramento do grupo (STJ REsp. 1119300/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão).

Nesse sentido, aliás, vem se manifestando a jurisprudência: "Consórcio - Desistência do consorciado - Devolução das prestações pagas, com incidência de correção monetária - Admissibilidade - Ilicitude da cláusula contratual que a exclui - Juros de mora - Incidência a partir do trigésimo dia do encerramento das atividades do grupo - Inteligência da Súmula 35 do STJ. 1. Consórcio de automóveis. Devolução de prestações pagas, quando do encerramento do plano. Correção monetária. Não é lícita a cláusula que, em tal caso, exclui a correção monetária. De acordo com a Súmula 35/STJ, 'Incide correção monetária sobre as prestações pagas, quando de sua restituição, em virtude da retirada ou exclusão do participante de plano de consórcio'. 2. É viável sentença condenatória a termo. CPC, art. 572. 3. Juros de mora. São devidos, 'após a mora da administradora, encerrado o plano e não devolvidas corretamente as prestações' (REsp 7.326). Fluem os juros 'a partir do trigésimo dia do encerramento das atividades do grupo'. 4. Recurso especial conhecido e provido" (REsp nº 43.122-0-SC).

"Contrato - Consórcio - Desistência - Devida, por ocasião do término do plano, a devolução das parcelas pagas, com correção monetária a partir do efetivo desembolso - Súmula 35 do STJ - Cabíveis juros moratórios apenas depois da mora da administradora que ocorrerá 30 dias após o encerramento do grupo ao qual pertencem os autores - Precedentes do STJ..." (cf. Apel. 0005446-

Acesso ao Sumário

57.2010.8.26.0220, Rel. Des. José Marcos Marrone).

De outro lado, a incidência da cláusula penal representa nítida desvantagem ao consumidor, principalmente em razão de também lhe ser retido percentual a título de taxa de administração, o que caracteriza verdadeiro "*bis in idem*", oriundo do mesmo fato gerador. Na medida em que já há um redutor para os casos de exclusão/desistência do consorciado, que, efetivamente, não pode ser cumulado com cláusula penal, sob pena de o consorciado sofrer excessiva oneração.

Segundo doutrina de Cláudia Lima Marques, "A cláusula penal em contratos envolvendo consumidores e fornecedores de produtos e serviços, especialmente em contrato de adesão, é uma cláusula desequilibradora, mesmo que só tenha atuação quanto as pretensões secundárias, é, como afirmam os autores franceses, uma nova cláusula 'sob suspeita'" (Contratos no Código de Defesa do Consumidor, O Novo Regime das Relações Contratuais, 4ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002, pág. 878).

E, se não há prova de prejuízo com a exclusão/desistência de consorciado, nem mesmo há que se falar em ofensa ao art. 53, parágrafo 2º, do Código de Defesa do Consumidor, conforme, aliás, decisão do C. Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do REsp. nº 478775/GO (rel. min. Carlos Alberto de Menezes Direito).

Neste sentido, "A respeito de ser válido o estabelecimento de cláusula penal em contrato de consumo, esta cláusula pode ser considerada abusiva e, portanto, nula de pleno direito (CDC, art. 51), quando tornar excessivamente onerosa a obrigação para o consumidor, como ocorre, por exemplo, quando estabelece a perda das quantias pagas a título de perdas e danos ou quando estipula pagamento de parcela substancial do preço" (RJTJSP 139/141) (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, *in* Código Civil comentado e legislação extravagante, atualizado até 15 de junho de 2005, 3ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2005, pág. 1002, nota 10 ao art. 53).

Acesso ao Sumário

Cumpre ressaltar, ainda, que, conforme bem salientou esta Egrégia Corte de Justiça, "Não se pode olvidar, ainda, que a cota será repassada a outro interessado, sem que isso configure qualquer prejuízo à administradora de consórcio. Na referida cláusula já se está presumindo um prejuízo que, em primeiro lugar, não está demonstrado e, depois, genérico, não específico, como deveria ser, porque visa recompor algum ressarcimento existente para cada desistência ou exclusão" (TJSP - Apel. nº 3003794-2 - Relator Edison Tetsuzo Namba).

Destarte, das parcelas pagas, deverá haver somente a retenção da taxa de administração e seguro, porque a devolução dos valores deve se dar da maneira mais global possível, como, aliás, já decidiu este E. Tribunal de Justiça

em caso semelhante (cf. AC 346.611-4/7, rel. des. Ribeiro da Silva).

Ainda: "Consórcio - Devolução de Prestações - Correção Monetária - Taxa de Administração - Seguro - Embargos Declaratórios - Multa - À administradora de consórcio impõe-se restituir ao consorciado desistente ou excluído do grupo as parcelas por ele pagas, monetariamente corrigidas, não havendo falar em variação do preço do bem objeto do consórcio...somente podendo a administradora reter a taxa de administração, em razão dos serviços por ela prestados, e a de seguro..." (Apel. nº 250551-1/00, 6ª Câmara Cível, Tribunal de Alçada de Minas Gerais, Relator: Juiz Francisco Bueno - JUIS - Jurisprudência Informatizada Saraiva - 17).

Salientando, destarte, a recente Súmula publicada pelo Superior do Tribunal de Justiça: "As administradoras de consórcio têm liberdade para estabelecer a respectiva taxa de administração, ainda que fixada em percentual superior a dez por cento" (Súmula 538).

Por fim, quanto à pretensão de danos morais, em razão do ilícito praticado pela administradora de consórcios, que alterou unilateralmente o prazo do grupo como forma de não efetuar a devolução das parcelas pagas dentro daquele anteriormente previsto, essa conduta, por se tratar de situação excepcional àquelas que envolvem contratos de consórcio e trazidas à discussão no Judiciário, deve ser considerada como ilícito indenizável, mesmo porque o tipo de dissabor enseja a reparação perseguida.

O sentimento de impotência da autora e de frustração pela impossibilidade do não ressarcimento dos valores pagos após o prazo contratual caracteriza sofrimento íntimo que extrapola o que se verifica na vida cotidiana e, portanto, que apresenta relevo jurídico, pelo que fixo a reparação moral no montante de R$ 7.000,00 (sete mil reais), com incidência de juros de mora desde a citação (art. 406, do CC) e correção monetária desde a data deste julgamento (Súmula 362, do STJ).

Pelo exposto, dou provimento ao recurso da autora para admitir a reparação do dano moral, no valor e termos acima citados, negado ao da administradora de consórcio.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0005721-70.2013.8.26.0003, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes NIVALDO APARECIDO GOMES DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA) e TEREZINHA DE SOUZA FERREIRA (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados MARIA ALVES CANANEIA DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA), FRANCISCO GOMES

Acesso ao Sumário

DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA), MARIA COSMO DE SÁ e SHEILA ALVES DOS SANTOS SILVA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria, negaram provimento ao recurso. Vencida a Relatora", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34456)**

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

São Paulo, 14 de dezembro de 2015.

HERALDO DE OLIVEIRA SILVA, Relator Designado

Ementa: POSSESSÓRIA - Reintegração de posse - Relação de parentesco entre as partes - Alegação de ocupação do imóvel por comodato gratuito - Prova dos autos que demonstra a existência de cessão a título gratuito, mediante a assunção da responsabilidade pelos requeridos, pela conservação do imóvel e pagamento de impostos inerentes ao uso da propriedade - Farta documentação que demonstra a ocupação dos apelados há muitos anos sem qualquer oposição - Autores que não demonstraram melhor posse a autorizar o pedido de reintegração - Sentença de improcedência mantida - Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de ação de reintegração de posse julgada improcedente pela r. sentença de fls. 309/311. Impôs aos autores o pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 15% sobre o valor da causa atualizado, observada a gratuidade processual.

Acesso ao Sumário

Não se conformando com os termos da r. sentença, os autores apresentaram apelação de fls. 314/318, arguindo que não há razão para o sobrestamento do feito, sob o argumento de que tramita ação de usucapião, tendo em vista que a ação de usucapião foi proposta após a presente demanda. No mérito, alega que os apelantes são proprietários da totalidade do imóvel em discussão, e que os apelados passaram a residir no imóvel a pedido da genitora dos mesmos, ocupando o imóvel por meio de comodato verbal. Afirma que, além de quererem para si, um imóvel cujo direito de propriedade não lhe pertence, trouxeram para residir no local outras pessoas, sem autorização dos apelantes. Aduz que o termo

de cessão de direitos não foi confeccionado pelos apelantes, e sequer contém assinatura. Requer provimento ao recurso.

Recurso tempestivo e respondido.

É o relatório.

Os autores propuseram ação de Reintegração de posse do imóvel alegando ser proprietários sito na Rua Alcides de Campos 29B, Americanópolis, São Paulo/SP.

Alegam que autorizaram a ocupação dos apelados (entre eles seu irmão), em atenção ao pedido de sua genitora, para que usufruíssem do imóvel em comodato, sem contrato e por tempo indeterminado.

Passados alguns anos, requereu a devolução do imóvel sem atendimento.

Assim os apelantes, ora recorrentes sustentam sua posse no Registro imobiliário que comprova a propriedade, bem como na existência de comodato verbal, como se infere da Certidão de Registro Imobiliário (fls. 12).

Alegam que os documentos apresentados pela defesa são unilaterais, e, portanto, não comprovam as alegações defensivas.

Entretanto, ao contrário do que afirmam os recorrentes, os apelados colacionaram Declaração pela qual os autores, declaram a transmissão dos direitos de uso e disponibilidade de parte do terreno, identificado pelo nº 29-B aos apelados, cuja declaração datada de outubro de 2006 (fls. 86), possui reconhecimento das firmas concomitante ao ato.

Pelo mesmo documento depreende-se que os direitos de cessão foram feitos a título gratuito, havendo reconhecimento da posse e respectiva construção no local, ficando consignada a responsabilidade dos apelados pela conservação e pagamento dos impostos inerentes ao uso da propriedade.

Além disso, foi colacionada farta documentação, tais como contas de consumo, fotos, que indicam a ocupação do imóvel há muitos anos, inclusive pagamento de IPTU de parte do terreno efetuada a apelante.

Os autores não negam a ocupação autorizada, apenas alegam que a mesma se deu por meio de comodato verbal, desfeita a partir da notificação enviada.

Toda a documentação apresentada demonstra que não houve comodato verbal, mas cessão a título gratuito, considerando inclusive, a relação de parentesco existente entre as partes.

Nas ações de cunho possessório incumbe ao autor demonstrar os requisitos do art. 927 do CPC:

"**Incumbe ao autor provar: I - a sua posse; II - a turbação ou o esbulho praticado pelo réu; III - a data da turbação ou do esbulho; IV - a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção; a perda da posse, na ação de reintegração**".

Acesso ao Sumário

Como dispõe o artigo 1200 do Código Civil, "***é justa a posse que não for violenta, clandestina ou precária***", portanto a posse demonstrada pela agravante se afigura, justa, pois isenta de vícios.

Caberia ao apelante demonstrar o exercício de melhor posse para possibilitar a proteção possessória pretendida, o que não fez.

Como leciona Carlos Roberto Gonçalves: "***Para proteção da posse não importa seja justa ou injusta em sentido absoluto. Basta que seja justa em relação ao adversário. A tutela é dispensada em atenção à paz social***" (*in* Direito Civil Brasileiro, volume V, pg.69, Ed. Saraiva)

Vale citar precedentes sobre a matéria:

AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE - Pressupostos da reintegração não comprovados - Improcedência da ação mantida O êxito do pedido, na espécie, dependia da prova indispensável de que os autores tinham a posse da área e de que os réus, clandestinamente, a esbulharam, prova inexistente nos autos - Assim, não comprovados os pressupostos da reintegração, enumerados no artigo 927 do CPC, de rigor a improcedência da ação - Recurso improvido *(TJSP, Apelação n° 991.08.094986-0, Rel. Pedro Ablas, j.15.09.2010)*

Portanto, a prova dos autos não revela qualquer oposição dos autores ao exercício da posse pelos requeridos, no período da ocupação, sendo certo que estes detinham a posse de forma legítima, amparada em justo título, motivo pelo qual não se justifica o pedido de reintegração de posse.

Não foi determinado o sobrestamento do feito na r. sentença a justificar a insurgência dos apelantes.

Ante o exposto, nego provimento ao apelo.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1036666-23.2013.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado BANCO DO BRASIL S/A, é apelado/apelante LUIZ CLAUDIO MOITINHO (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento ao recurso do réu e negaram provimento ao recurso adesivo do autor. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19800)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GILBERTO

DOS SANTOS (Presidente) e WALTER FONSECA.

São Paulo, 14 de dezembro de 2015.

MARINO NETO, Relator

Ementa: AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO C/C DANO MORAL - INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO COMERCIAL ENTRE AS PARTES - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA - INDENIZAÇÃO FIXADA EM R$ 6.000,00 - APELAÇÃO DO RÉU - RECURSO ADESIVO DO AUTOR

- Inscrição do nome do autor nos órgãos de proteção ao crédito por dívida inexistente - Réu que não se desincumbiu de demonstrar a origem do débito - Dívida declarada inexistente - Sentença mantida.

- Dano moral não indenizável - Caso em que não há idoneidade moral a ser resguardada - Inteligência da Súmula 385 do STJ - Sentença reformada.

Recurso do réu provido. Recurso adesivo do autor não provido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença de fls. 86/66 (*sic*) que julgou procedente a ação declaratória de inexigibilidade de débito cumulada com reparação por danos morais[1], ajuizada por **Luiz Claudio Moitinho** em face de **Banco do Brasil S/A**, declarando inexistente o débito de R$ 711,75 e condenando o réu ao pagamento de R$ 6.000,00 pela inscrição indevida dos dados do autor no SCPC, com correção monetária desde o ajuizamento da ação e juros de mora de 1% ao mês a partir da citação. Custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 15% sobre o valor da condenação, a cargo do réu.

O réu apela reiterando os termos da contestação, sustentado, em resumo, que o débito é indevido. Subsidiariamente, requer o reconhecimento da inexistência do dano moral ou redução do *quantum* fixado a esse título. Em recurso adesivo, o autor pleiteia a majoração do valor da condenação por danos morais.

Recursos respondidos.

É o relatório.

1 Valor R$ 45.000,00, em maio de 2013.

Acesso ao Sumário

No caso dos autos não há demonstração de que houve a transação comercial bem como o inadimplemento que justificasse a inclusão dos dados do autor nos cadastros de inadimplentes.

Entretanto, percebe-se dos autos, especialmente do documento de fls. 17/19, que o autor possui outros protestos, além de diversas pendências bancárias em outras instituições financeiras (entre 2010 e 2013). Logo, não há neste caso idoneidade moral a ser resguardada. A propósito, a questão está sumulada no verbete nº 385 do Superior Tribunal de Justiça, o qual merece ser aplicado.

Posto isso, dá-se parcial provimento ao recurso do réu para julgar a ação parcialmente procedente, excluindo a condenação do banco ao pagamento de reparação por danos morais e nega-se provimento ao recurso adesivo do autor.

Em razão da sucumbência recíproca, cada parte arcará com metade das custas e despesas processuais, compensando-se os honorários advocatícios, nos termos do artigo 21, *caput*, do Código de Processo Civil, respeitado o que dispõe o artigo 12 da Lei 1.060/50.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0008474-06.2012.8.26.0077, da Comarca de Birigui, em que são apelantes AMANDA HORTÊNCIO CHIDEROLI e ELI LUIZ PAULINO, é apelado BANCO BONSUCESSO S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 2318)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores COELHO MENDES (Presidente sem voto), MENDES PEREIRA e VICENTINI BARROSO.

São Paulo, 15 de dezembro de 2015.

JOSÉ WAGNER DE OLIVEIRA MELATTO PEIXOTO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: BANCÁRIO - Ação declaratória de inexistência de débito c.c. obrigação de fazer e indenização por dano moral - Procedência - Cessão de crédito judicial - Homologação e substituição processual no polo ativo - Alegação incidental de vício do documento de cessão - Instrumento que conta

com assinatura do autor e reconhecimento de sua firma em cartório - Inquérito policial arquivado com destaque de confirmação da cessão pelas testemunhas que subscreveram o documento - Eventual nulidade ou anulação da cessão exige ação própria - Decisão processual da então relatoria que prevalece - Apelo visando aumento da indenização por dano moral - Dano moral que prevalece à falta de recurso do Banco - "Quantum" indenizatório arbitrado adequadamente - Majoração rejeitada - Sentença mantida - Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação do autor (fls. 99/104) interposto contra a r. sentença (fls. 94/95 verso) que julgou procedente a ação e declarou inexistência e inexigibilidade da dívida representada pelo contrato de empréstimo nº 15618457, e condenou o banco requerido ao pagamento de R$ 3.000,00 a título de indenização por danos morais, com correção monetária desde a data do arbitramento (Súmula nº 362), e juros de mora legais de 1% ao mês desde a citação (artigo 405 do Código Civil), respondendo ainda pelas custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios de 10% sobre o valor da condenação.

Em recurso tempestivo e isento de preparo ante a gratuidade deferida (fls. 24), o autor apelante pede aumento do valor da indenização por dano moral, nos termos postulados na inicial.

Com contrarrazões (fls. 142/145).

Cessão de crédito com substituição processual no polo ativo deferida a fls.169, impugnando o autor com alegação de ter sido fraudulentamente retirado do processo (fls. 224/248), advindo suspensão do feito, e apresentados documentos pela cessionária o autor não se manifestou (fls. 311).

É o relatório.

A alegação do autor de que foi retirado fraudulentamente do processo não comporta acolhida nesta sede incidental, uma vez que o Contrato de Cessão de Crédito de Ações Judiciais conta com sua subscrição, cuja firma está reconhecida em cartório, conforme instrumento por cópia a fls. 255 e v., inexistindo ainda ação prejudicial em curso, e inquérito policial para investigação de crime de apropriação indébita atribuído a sua então advogada, irmã da cessionária, estribado no aludido contrato e em guia de levantamento de depósito judicial doutra ação foi arquivado (fls. 310) no acolhimento do requerimento do Ministério Público em que destacado confirmação do ato pelas testemunhas

Acesso ao Sumário

que subscreveram o documento (fls. 307/309), remanescendo em decorrência a decisão do então relator, Des. Manoel Matos, proferida a fls. 169 homologando aquela cessão requerida pela cessionária a fls. 161/162, sem embargo de em ação própria venha a ser discutida a validade material e ideológica da cessão de crédito, defeso apreciação nesta sede.

No tocante ao recurso em que objetivada majoração do valor da indenização é irresignação que não comporta acolhimento.

O ato do juízo "a quo" merece prestígio, pois o arbitramento no valor de R$ 3.000,00 está adequadamente fundamentado, sendo suficiente para reparar o dano sofrido, bem como para evitar novas condutas lesivas por seu causador, e incapaz de causar enriquecimento ilícito para aquele que o recebe e, também, de causar grande impacto econômico-financeiro para aquele que tem o dever de indenizar, até porque admite o apelante na petição inicial que efetivamente emprestou com exclusão de desconto de parcela pelo INSS a partir de 10/04/2009 (fls. 03), data, todavia, em que, a vista dos documentos acostados à contestação, ainda não havia sido quitado integralmente o mútuo consignado, firmado que foi em 05/2007 para pagamento em 36 parcelas, cujo saldo devedor das parcelas de 08/05/2009 a 08/06/2010 amparam as anotações no cadastro de devedores de 01/2010 (fls. 19) e de 08/2010 (fls. 36), situação que arredaria até o próprio dano moral reconhecido, que prevalece à míngua de recurso do Banco.

Anoto ainda entendimento pacífico de que o órgão julgador não está obrigado a citar todos os artigos de lei ordinária, infraconstitucional, ou da Constituição Federal para fins de prequestionamento, no que se consideram automaticamente prequestionadas todas as disposições legais discutidas nos autos.

Na temática o Colendo Superior Tribunal de Justiça estabelece que: "***São numerosos os precedentes nesta Corte que tem por ocorrente o prequestionamento mesmo não constando do corpo do acórdão impugnado a referência ao número e à letra da norma legal, desde que a tese jurídica tenha sido debatida a apreciada***" (*Rec. Esp. 94.852, SP, Rel. Min. Fontes de Alencar, DJ 13.09.99, pg.1088*).

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000216-05.2015.8.26.0038, da Comarca de Araras, em que são apelantes/apelados BANCO DO BRASIL S/A e ANGELA PIRES DA SILVA MORAES, é apelada ATIVOS S.A. SECURITIZADORA DE CRÉDITOS FINANCEIROS.

Acesso ao Sumário

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 do réu e negaram provimento ao recurso da autora. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18988)**

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

São Paulo, 15 de dezembro de 2015.

AFONSO BRÁZ, Relator

Ementa: DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO C.C. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. Fiança prestada por sócio. Desligamento da sociedade que não implica exoneração da garantia. Necessidade de notificação expressa ao credor. Incidência do artigo 835 do Código Civil. Notificação não comprovada pela autora. Débito exigível. Dano moral inexistente. Ação improcedente. RECURSO DO RÉU PROVIDO E DESPROVIDO O RECURSO DA AUTORA.

VOTO

A r. sentença de fls.132/134, de relatório adotado, julgou parcialmente procedente a ação declaratória de inexigibilidade de débito c.c. indenização por dano moral para declarar inexigível, em relação à autora, o débito indicado na inicial. Em razão da sucumbência recíproca, foi determinado que cada parte arcará com metade das custas e despesas do processo, compensados os honorários advocatícios, observando-se a assistência judiciária concedida à autora.

Apela a autora às fls. 138/142, requerendo, em síntese, a condenação dos réus ao pagamento de indenização por dano moral.

Apela o banco réu às fls. 143/154, onde alega que o débito discutido é exigível em relação à autora, pois a fiança que ela prestou foi automaticamente prorrogada durante a vigência do contrato de desconto de cheques. Sustenta que não foi notificado acerca da saída da autora da sociedade ou de sua intenção de se eximir da fiança.

Recursos regularmente processados, com contrarrazões às fls. 160/169.

É o relatório.

O recurso do réu comporta provimento, enquanto o da autora deve ser desprovido.

Acesso ao Sumário

O débito questionado pela autora é decorrente de contrato de desconto de cheques firmado pela sociedade empresária que integrava, no qual se obrigou solidariamente como fiadora pelo cumprimento das obrigações existentes no período de sua vigência e nas prorrogações a serem realizadas (fls. 61/63). Trata-se portanto de fiança prestada sem limitação de tempo.

Respeitado o entendimento do D. Magistrado sentenciante, o simples fato de a autora ter deixado de integrar o quadro social da sociedade contratante não tem o condão de excluir sua responsabilidade como fiadora, visto que não há notícia nos autos de que tenha notificado o banco credor acerca de sua intenção de eximir-se da garantia prestada.

Anote-se que não ocorreu qualquer das hipóteses previstas no art. 838 do Código Civil, portanto, para que a fiadora pudesse se exonerar da garantia que prestou, deveria observar a formalidade de notificar expressamente o credor sobre sua intenção, ficando, ainda, obrigada por todos os efeitos da fiança, durante 60 dias após a notificação, conforme prevê o artigo 835 do Código Civil.

Uma vez que a fiança não se presume e não comporta interpretação extensiva, sendo necessária sua formalização pela forma escrita (art. 819 do Código Civil), a rescisão do pacto deve ocorrer do mesmo modo, conforme regra do artigo 472 do CC: *o distrato faz-se pela mesma forma exigida para o contrato*. Logo, é imprescindível a notificação expressa do credor para que ocorra a exoneração da garantia.

Sobre o tema, o entendimento deste E. Tribunal:

"**MONITORIA - CHEQUES VINCULADOS A INSTRUMENTO PARTICULAR DE FIANÇA - RETIRADA DO SÓCIO-FIADOR DO QUADRO SOCIAL DA EMPRESA AFIANÇADA - PRETENDIDA EXONERAÇÃO AUTOMÁTICA DA GARANTIA FIDEJUSSÓRIA - INADMISSIBILIDADE - NECESSIDADE DE NOTIFICAÇÃO DO CREDOR - CÓDIGO CIVIL, ART. 835 - EMBARGOS IMPROCEDENTES - APELAÇÃO IMPROVIDA, COM OBSERVAÇÃO**" (Apelação nº 0027611-85.2008.8.26.0344, Rel. Des. Matheus Fontes, 22ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 26/01/2012).

"**Pretensão à declaração de inexigibilidade de débito, cumulada com a desconstituição de apontamento e à condenação ao pagamento de indenização por danos materiais e morais. Contrato para descontos de cheques, com cláusula de renovação automática. Possibilidade da prorrogação do contrato, ante a ausência de notificação do credor sobre a exoneração da fiança - Art. 835 do Código Civil - Cláusula contratual prevendo a responsabilidade solidária - Recurso não provido.**" (Apelação nº 0162874-40.2011.8.26.0100. Relator: César

Peixoto. 38ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 22/05/2014).

Portanto, é impossível a declaração de inexigibilidade do débito contestado pela autora, eis que não comprovada a prévia notificação do credor e a fiadora permanece obrigada pela garantia que prestou quanto aos débitos anteriores e ainda pelo prazo de 60 dias após a notificação.

Tratando-se de débito exigível, não há que se falar em irregularidade na conduta do réu de promover sua cobrança, ficando afastada a pretendida indenização por dano moral.

Destarte, a r. sentença é reformada, julgando-se improcedente a ação de inexigibilidade de débito c.c. indenização por dano moral.

Em razão do resultado do julgamento, condeno a autora ao pagamento das custas e despesas do processo, bem como dos honorários advocatícios, que fixo em R$ 2.000,00, observado o benefício da assistência judiciária a ela concedido.

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

Por isso, **DOU PROVIMENTO** ao recurso do banco réu para julgar improcedente a ação de inexigibilidade de débito c.c. indenização por dano moral e **NEGO PROVIMENTO** ao recurso da autora.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0006875-46.2015.8.26.0297, da Comarca de Jales, em que é apelante ANTONIO PELARIM (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BV FINANCEIRA S/A CRÉDITO FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO.

ACORDAM, em 22ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22485)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO RUI (Presidente) e ALBERTO GOSSON.

São Paulo, 3 de dezembro de 2015.

ROBERTO MAC CRACKEN, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: CONTRATO BANCÁRIO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. NÃO ACOLHIMENTO. Possibilidade de revisão de contratos já extintos pela novação ou pela quitação.

CONTRATO BANCÁRIO. DECADÊNCIA - Inaplicabilidade do art. 26, II, do CDC, já que na demanda não se discute a vício do serviço, mas a cobrança indevida de tarifas bancárias.

CONTRATO BANCÁRIO. PRESCRIÇÃO – Nas demandas declaratórias ou que visam a revisão de negócio jurídico bancário a prescrição é regida pelo art. 205 do CC.

CONTRATO BANCÁRIO. TARIFA DE CADASTRO. RECURSOS REPETITIVOS (REsp 1.251.331 e REsp 1.255.573, julgados em 28.8.2013 pela 2ª Seção do STJ) - O Colendo Superior Tribunal de Justiça, em julgamento dos chamados recursos repetitivos, manifestou-se pela validade da Tarifa de Cadastro expressamente tipificada em ato normativo padronizador da autoridade monetária, a qual somente pode ser cobrada no início do relacionamento entre o consumidor e a instituição financeira. TARIFA DE EMISSÃO DE CARNÊ. Validade no caso concreto. Avença firmada em meados de 2007. IOF. Validade. Recurso não provido.

VOTO

Irresignado com o teor da r. sentença proferida às fls. 49/56 dos autos, que julgou improcedente o pedido, insurge- se o autor, ora apelante, alegando, em suma, a impossibilidade da cobrança da tarifa de cadastro, de emissão de carnê, bem como do imposto sobre operação de crédito, pleiteando a restituição de tais valores de forma atualizada e com as mesmas taxas de juros utilizadas pela instituição financeira.

O banco apelado apresentou contrarrazões (fls. 78/87vº).

Recurso devidamente processado.

É o relatório.

De plano, passa-se à apreciação das "preliminares" arguidas pelo banco réu nas contrarrazões ao apelo.

Acesso ao Sumário

Não deve ser acolhida a tese de decadência aventada pelo recorrido, pois, na verdade, não há que se falar, neste diapasão, da aplicação do artigo 26, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor, pois, não está sendo discutida na presente demanda a qualidade do serviço prestado pela recorrida, mas sim, a ilegalidade da cobrança de tarifas bancárias e do seguro prestamista.

Além do mais, também é inaplicável o artigo 206, § 3º, inciso IV, do Código Civil, pois, para as hipóteses em que se pretende a declaração de nulidade ou revisão de cláusulas de contrato bancário, a prescrição é regida pelo artigo 205 do Código Civil.

Registre-se, também, que não vinga a alegação do banco apelado, quando argui a impossibilidade jurídica do pedido do autor, sob o argumento de que não é admitida a revisão de contratos já consumados, pois, como é cediço, é permitida a revisão de contratos mesmo que já extintos pela novação ou quitação. Nesse sentido: "RECURSO ESPECIAL. CIVIL. CONTRATO BANCÁRIO. MÚTUO. REVISÃO DE CONTRATOS FINDOS POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL CONFIGURADO. - A jurisprudência das Turmas que compõem a 2.ª Seção é tranqüila no sentido de que é possível a revisão judicial dos contratos extintos pela novação ou pela quitação. Recurso especial conhecido pela divergência jurisprudencial e nessa parte provido"[1].

Desta forma, rejeitam-se as "preliminares" arguidas, passando-se à apreciação da questão de mérito.

O recurso não merece provimento.

O autor, ora apelante, questiona de forma específica a cobrança da tarifa de cadastro, tarifa de emissão de boleto e o Imposto sobre a operação de crédito.

No que diz especificamente a tais questionamentos, a pretensão deduzida pelo autor apelante foi objeto de outras inúmeras demandas que tratam do mesmo tema, o que gerou multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, nos termos do art. 543-C do Código de Processo Civil.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça, em julgamento dos chamados recursos repetitivos, além de se manifestar pela legalidade da cobrança de TAC e TEC, se baseada em contratos celebrados até 30 de abril de 2008, desde que prevista expressamente, registrou que permanece válida a Tarifa de Cadastro expressamente tipificada em ato normativo padronizador da autoridade monetária, a qual somente pode ser cobrada no início do relacionamento entre o consumidor e a instituição financeira e podem as partes convencionar o pagamento do Imposto sobre Operações Financeiras e de Crédito (IOF) por meio de financiamento acessório ao mútuo principal, sujeitando-o aos mesmos encargos contratuais.

1 STJ - REsp 455855/RS - DJ 19.06.2006, p. 131.

Acesso ao Sumário

Constou, de forma expressa, nos v. Acórdãos do REsp 1.251.331 e REsp 1.255.573, julgados em 28.8.2013 pela Colenda Segunda Seção do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, que: "***Para os efeitos do art. 543-C, do CPC, foram fixadas as seguintes teses:***"

> **"1. Nos contratos bancários celebrados até 30.4.2008 (fim da vigência da Resolução CMN 2.303/96) era válida a pactuação das tarifas de abertura de crédito (TAC) e de emissão de carnê (TEC), ou outra denominação para o mesmo fato gerador, ressalvado o exame de abusividade em cada caso concreto;**
>
> **2. Com a vigência da Resolução CMN 3.518/2007, em 30.4.2008, a cobrança por serviços bancários prioritários para pessoas físicas ficou limitada às hipóteses taxativamente previstas em norma padronizadora expedida pela autoridade monetária. Desde então, não mais tem respaldo legal a contratação da Tarifa de Emissão de Carnê (TEC) e da Tarifa de Abertura de Crédito (TAC), ou outra denominação para o mesmo fato gerador. Permanece válida a Tarifa de Cadastro expressamente tipificada em ato normativo padronizador da autoridade monetária, a qual somente pode ser cobrada no início do relacionamento entre o consumidor e a instituição financeira;**
>
> **3. Podem as partes convencionar o pagamento do Imposto sobre Operações Financeiras e de Crédito (IOF) por meio de financiamento acessório ao mútuo principal, sujeitando-o aos mesmos encargos contratuais."**

Portanto, é válida a cobrança da tarifa de cadastro e do imposto sobre operações financeiras e de crédito, bem como, no caso concreto, a tarifa para emissão de carnê, já que a avença foi celebrada em 23/04/2007 e, por consequência, não há que falar em repetição do indébito.

Ante o exposto, nos exatos termos acima lançados, nega-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1011803-66.2014.8.26.0003, da Comarca de São Paulo, em que é apelante BANCO ITAUCARD S/A, é apelado MARKETHINGS MARKETING E EVENTOS LTDA.

ACORDAM, em 21ª 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 39.660)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SILVEIRA PAULILO (Presidente), ITAMAR GAINO e VIRGILIO DE OLIVEIRA JUNIOR.

São Paulo, 14 de dezembro de 2015.

SILVEIRA PAULILO, Relator

Ementa: DECLARATÓRIA. INDENIZAÇÃO. Danos morais. Cartão de crédito. Furto. Saque e compras indevidos. Boletim de ocorrência e comunicação pela autora feitos no dia seguinte. Utilização do cartão por terceiros. A despeito de não se estar diante de relação de consumo, pelas regras do Processo Civil, restou demonstrada a tese da empresa autora. Responsabilidade da instituição financeira configurada. Teoria do risco profissional. Dano moral devido. "Quantum" deverá ser fixado dentro do princípio da razoabilidade e equidade. Valor estipulado em primeiro grau é excessivo. Recurso parcialmente provido para reduzir o "quantum" indenizatório.

VOTO

Cuida-se de apelação, respondida e bem processada, por meio da qual quer ver o apelante reformada a r. sentença que julgou procedente o pedido para declarar inexigível a quantia e condená-lo ao pagamento de R$ 97.112,00 corrigidos desde a data da sentença, acrescido de juros moratórios de 1% ao mês, desde a citação. Fixou, ainda, em 10% sobre o total devido, a título de honorários advocatícios.

Afirma que as transações não reconhecidas pela apelada não discreparam de seu perfil, houve afirmação da representante da apelada de que não houve extravio do cartão de crédito em questão e que no mesmo dia, em horário próximo ao das transações discutidas houve outra operação não contestada pela apelada. Insiste, assim, na necessidade de se afastar a responsabilidade objetiva da instituição bancária, na medida em que teria havido culpa exclusiva do consumidor e ausência de falha na prestação do serviço por parte do apelante. Afirma ter empreendido modernas técnicas de segurança nos chips dos cartões de crédito, o que impede que tenha havido clonagem. Nega, portanto, a ocorrência

Acesso ao Sumário

de danos morais. Aguarda, assim, a improcedência da ação. Alternativamente requer a redução do *quantum* indenizatório.

É o relatório.

A empresa autora é cliente da instituição bancária apelante, portadora do cartão de crédito bandeira MarsterCard cartão nº 5526.XXXX.XXXX.2537. Não reconheceu, porém, dois lançamentos em sua fatura do mês de abril de 2014 realizados no mesmo dia (01/04/2014), nos valores de R$ 21.000,00 e R$ 20.000,00, respectivamente, junto às empresas *Audio Conex Cabos* e *Nubia Santos* (fls. 30). Em contato com o gerente de sua agência (fls. 32/33), nenhuma providência foi tomada por eles, sendo certo que o dia do vencimento da fatura chegou e a apelada efetuou o pagamento somente das compras reconhecidas, assim como lavrou um BO junto ao 27º DP (nº 3705/2014 - fls. 34/35). No mês subsequente, as compras contestadas permaneceram na fatura do cartão, tendo sido acrescidos encargos pelo não pagamento no valor de R$ 4.008,04 (fls. 36).

Toda a situação foi reportada ao gerente do banco (fls. 38/53); porém providências não foram tomadas no sentido de se retirar o valor não reconhecido das faturas da apelada, até que a dívida foi inscrita nos órgãos de restrição ao crédito SCPC e SERASA (R$ 48.556,00), em 12 de junho de 2014 (fls. 54, 64/66). As cobranças passaram, então, a ser enviadas (fls. 47, 51, 59, 63) a despeito dos responsáveis do setor do banco afirmarem que a questão estava sob análise.

Em dado momento, o setor responsável informou à apelada que o reembolso não havia sido autorizado, já que teria sido identificado que as compras teriam sido realizadas por meio de *chip* e uso de senha pessoal. Porém, os dados das empresas credoras não foram informados à apelada.

Todos esses são fatos incontroversos nos autos.

Resta analisar se esses fatos realmente foram ilícitos e se deram ensejo ao alegado direito a indenização por danos morais.

Necessário antes, porém, verificar se é possível se aplicar o Código de Defesa do Consumidor ao caso concreto. Nem sempre é fácil distinguir a relação de consumo, tal como estabelecida no CDC. Pode-se afirmar, com segurança, não existir a figura do consumidor quando o produto adquirido é destinado a insumo de produção, vale dizer, quando ingressa como componente de produto industrializado ou como elemento necessariamente ligado à atividade empresarial ou de prestação de serviços.

Acesso ao Sumário

É difícil, inicialmente, pensar num consumidor que não seja um profissional, porquanto a profissão (ou especialidade) é indissociável das pessoas físicas ou jurídicas. Dizer, pois, que o consumidor é aquele não-profissional não faz muito sentido. Por outro lado, por vezes é fácil identificar uma relação que não é de consumo. Uma sociedade farmacêutica, por exemplo, quando compra

medicamentos para revenda, não é consumidora final do produto porquanto o revende. Um alfaiate quando compra tecidos para confeccionar um termo não é o consumidor final do tecido, porquanto é ele insumo da confecção do termo.

No que concerne aos serviços de *marketing* e eventos, entretanto, estão ligados às atividades de todo tipo, porquanto resulta da necessidade de comunicação que todo ser humano ou toda empresa tem. No caso em apreço a própria empresa autora afirmou em sua petição inicial (fls. 02) que se trata de empresa que presta serviços de organização de eventos e participa de inúmeras licitações, e que utiliza o cartão de crédito, cuja clonagem ora se discute, **para a aquisição de diversos produtos necessários ao exercício de sua atividade**. Diante de tal afirmação não há dúvida: não há relação de consumo entre a empresa apelada e o banco apelante, pelo que não se aplica o Código de Defesa do Consumidor ao caso concreto. Frise-se, o cartão de crédito sobre o qual circunda a discussão é destinado à aquisição de insumo de produção ou prestação de serviços.

Pois bem.

Aduz a autora, ora apelada, que os dois gastos não reconhecidos foram produto de fraude, na medida em que não perdeu, não emprestou e nem forneceu a senha do mencionado cartão de crédito a quem quer que fosse.

O banco afirmou ser incoerente o não reconhecimento das compras na medida em que é do perfil da empresa apelada realizar compras em valores altos, eis que se trata de empresa que atua no ramo de eventos, compatíveis com os estabelecimentos credores das quantias, sendo que uma delas fornece produtos e serviços ligados a tecnologia e comunicação, o que levaram à conclusão de que a empresa apelada realmente realizou as compras.

Tal motivo, porém, não é suficiente para se chegar à conclusão do apelante, que se limitou a negar a ocorrência de fraude partindo da premissa de que seria impossível que se realizassem compras sem o conhecimento da senha.

Hoje, porém, ninguém desconhece o que seja "clonagem de cartões". Não mais são necessárias a posse do cartão e a senha para se ingressar na conta-corrente de alguém. Existem empresas especializadas em sistemas de defesa contra a "clonagem". Não existe sistema inviolável, e isto é fato notório, de sorte que dizer o Banco que sua análise interna demonstrou a inexistência de fraude é inaceitável; não sem prova nos autos.

Não seria de se acreditar, portanto, que o representante da empresa autora esteja mentindo. Procurou o Banco e a Polícia (cf. fls. 32/36), onde deu a notícia do crime, o que deu ensejo à lavratura de Boletim de Ocorrência. Não faria isso se tivesse realizado as compras, eis que sua conduta tipificaria crime.

Humberto Theodoro Júnior leciona que: "*No processo civil, onde quase sempre predomina o princípio dispositivo, que entrega a sorte da causa à*

Acesso ao Sumário

diligência ou interesse da parte, assume especial relevância a questão pertinente ao ônus da prova. Esse ônus consiste na conduta processual exigida da parte para que a verdade dos fatos por ela arrolados seja admitida pelo juiz. Não há um dever de provar, nem à parte contrária assiste o direito de exigir a prova do adversário. Há um simples ônus, de modo que o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados e do qual depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisdicional. Isto porque, segundo a máxima antiga, fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente". (Humberto Theodoro Júnior, Curso de Direito Processual Civil, p. 421, 18ª edição).

O Código de Processo Civil, atento ao princípio dispositivo, dividiu o ônus da prova entre os litigantes, estabelecendo que ao autor incumbe o ônus de provar o fato constitutivo do seu direito e, ao réu, o de provar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

"*Na colisão entre um fato positivo e um fato negativo, quem afirma o fato positivo tem de o provar, com preferência a quem afirma o fato negativo. É o velho brocardo: 'probatio incumbit ei qui diciti, no qui negat'. (...) o fato positivo tem dupla espécie de provas, diretas e indiretas, ao passo que o fato negativo só é possível haver provas indiretas. (...) Labora em equívoco quem para combater este princípio que nós chamamos lógico, pretenda deduzir o ônus a cargo de quem afirma o fato positivo, da impossibilidade de provar o fato negativo. Não: o fato negativo pode provar-se, mas unicamente por meios indiretos.*"[1]

Em assim sendo, era do réu a prova de que inexistiu a "clonagem", prova da qual não se desincumbiu.

Certo é que, indiretamente, a autora demonstrou ser praticamente impossível ter realizado as compras discutidas, na medida em que restou comprovado nos autos o seguinte: houve uma compra não contestada, no valor de R$ 339,88, realizada às 10h33m do dia 01/04/2014, e as compras em discussão se deram às 10h39m e 10h41m, de modo que, entre uma e outra, houve um espaço de tempo de dois minutos, e, entre a compra reconhecida e a primeira contestada, seis minutos. Em oito minutos a empresa teria realizado três compras, totalizando mais de quarenta mil reais: um tanto inverossímil. Nota-se, ainda, que a compra reconhecida, realizada no estabelecimento *Hering*, possui estabelecimento que dista 45 minutos do endereço do estabelecimento *Nubia dos Anjos*, mais um fato a demonstrar a impossibilidade da empresa autora ter realizado as compras por meio de entrega física do cartão e uso de senha pessoal. Frise-se, tais informações foram fornecidas pelo próprio banco apelante (fls. 39, 148, 151/159, 214/215, 221/222 e 238).

Acesso ao Sumário

1 *Apud* MILHOMENS, Jônatas. "A prova no processo" - Ed. Forense. Rio de Janeiro. 1982. p.

Destaque-se que os horários das transações suspeitas (10h39 e 10h41) são indicativos de fraude, na medida em que a autora reconheceu compra realizada em momento imediatamente anterior (10h33 do mesmo dia, no valor de R$ 339,88), no endereço Rua Bela Vista, 655 - Chácara Santo Antônio - São Paulo (fls. 216), local distante do endereço indicado como sendo o de uma das credoras das transações ora discutidas. Isso, inclusive, reforça a ocorrência de fraude, eis que seria impossível a realização de 3 compras com a diferença de 8 minutos em locais distintos.

Por isso, suficientemente provada foi a tese da autora, ainda que por meio de prova indireta. Isto somado ao dever de prova do Banco relativamente à clonagem apontam para a culpa da instituição financeira dada a má prestação dos serviços bancários. Culpa alguma houve da autora.

Deve-se aplicar também ao caso a teoria do risco profissional, pois, conforme entendimento de MÁRCIA REGINA FRIGERI, "*porém, indubitavelmente, não se pode afastar a prerrogativa de que os bancos correm os riscos relativos ao exercício do seu comércio. Não fora assim, ninguém estaria seguro da intangibilidade de sua provisão em bancos, porque os falsários, mais ou menos ardilosos, poderiam levantá-la causando irreparáveis danos aos depositantes e lamentável descrédito às instituições bancárias*" (*Responsabilidade Civil dos Estabelecimentos Bancários*, Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 36).

Sendo assim, deve mesmo ser declarada inexistente a dívida ora em questão, confirmando-se o resultado da r. sentença.

Quanto ao dano moral, este restou evidente, na medida em que decorre da simples inclusão de seu nome na SERASA, sem a necessidade de específica comprovação, sendo considerado *in re ipsa*.

É inegável que uma negativação indevida em nome de uma empresa, que não tem qualquer outra restrição financeira, traz prejuízo à honra, imagem e idoneidade para o desempenho de suas atividades comerciais.

Esse é o entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

"*AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. COMPROVAÇÃO DO DANO MORAL. INAPLICABILIDADE. DANO IN RE IPSA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83/ STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. O entendimento firmado pelo Tribunal de origem, no sentido de que não cabe falar em falta de comprovação do dano moral, uma vez que a inscrição/ manutenção indevida do nome do devedor em cadastros restritivos de crédito geram dano moral in re ipsa, está em sintonia com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça. Aplicável, portanto, à espécie, o óbice da Súmula 83 desta Corte. 2. Agravo regimental não provido.*" (AgRg no AREsp 190.658/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE

Acesso ao Sumário

SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 05/03/2013, DJe 12/03/2013)

Resta analisar o quantum a ser fixado.

Cabe ao juiz o arbitramento do valor da indenização e os parâmetros a serem observados, na lição de MARIA CELINA BODIN DE MORAES são: "o grau de culpa do ofensor; a extensão do prejuízo ou a intensidade do sofrimento da vítima; a situação econômico-financeira das partes" ("Danos à Pessoa Humana", Ed. Renovar, 2003, pp. 275-310).

Acrescente-se ainda, como balizamento geral, a observância dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

A propósito, ensina SERGIO CAVALIERI FILHO que "após a Constituição de 1988 não há mais nenhum valor legal prefixado, nenhuma tabela ou tarifa a ser observada pelo juiz na tarefa de fixar o valor da indenização pelo dano moral, embora deva seguir, em face do caso concreto, a trilha do bom senso, da moderação e da prudência, tendo sempre em mente que se, por um lado, a indenização deve ser a mais completa possível, por outro, não pode tornar-se fonte de lucro indevido (...) o juiz não pode se afastar dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, hoje tidos como princípios constitucionais" ("Programa de Responsabilidade Civil", Ed. Malheiros, 5ª ed., 2003, p. 109).

Além disso, o valor da indenização deve servir ao mesmo tempo para compensar o dano sofrido pelo autor e para desestimular (caráter punitivo) a prática de novos atos semelhantes por parte da instituição financeira.

Na lição de ANTÔNIO HERMAN DE VASCONCELLOS E BENJAMIN, "Como é próprio do dano moral, o valor da indenização há de ser substancial, pois do contrário não cumpre seu papel preventivo de dissuadir o infrator a praticar condutas futuras similares. A exemplaridade norteia o regramento do dano moral, com mais razões em situações onde o violador é poderoso e a vítima é considerada parte vulnerável ..." ("Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto", Ed. Forense Universitária, 6ª ed., 1999, p. 478).

Acesso ao Sumário

Porém, como bem observa ANTONIO JEOVÁ SANTOS, no arbitramento da indenização "O limite a ser observado é que o montante jamais seja excessivo a tal ponto de parecer que houve indevido enriquecimento em detrimento do patrimônio do ofensor" ("Dano Moral Indenizável", Ed. Forense, 4ª ed., 2003, pp. 161-162), lembrando MARIA CELINA BODIN DE MORAIS que "a satisfação pecuniária não pode produzir enriquecimento à custa do empobrecimento alheio" (ob. cit., pp. 276-277).

Assim sendo, considerando-se todos os fatores acima elencados, atentando para o duplo caráter da indenização do dano moral (compensatório e punitivo), tem-se que o valor de R$ 97.112,00, é excessivo.

Salienta-se que deve ser observado o critério de razoabilidade e equidade, ou seja, reparar a dor sofrida sem que haja enriquecimento sem causa por parte da vítima.

O arbitramento do referido valor leva em consideração a posição social da ofendida (pessoa jurídica), o comportamento do ofensor (negligente), a intensidade do sofrimento (alta), a repercussão da ofensa (grande) e o caráter educativo da indenização (sem enriquecimento sem causa).

De acordo com entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

Processual civil. Dissídio jurisprudencial. Majoração do quantum indenizatório. Desnecessidade. Verba ressarcitória fixada com moderação.

I - A indenização por dano moral objetiva compensar a dor moral sofrida pela vítima, punir o ofensor e desestimular este e outros membros da sociedade a cometerem atos dessa natureza.

II - É entendimento deste Tribunal que o valor do dano moral deve ser fixado com moderação, considerando a realidade de cada caso, cabível a intervenção da Corte quando exagerado ou ínfimo, absurdo, fugindo de qualquer parâmetro razoável, o que não ocorre neste feito.

III - Agravo regimental a que se nega provimento. (AGA 598700/SP (200400557948) 604242 AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO, DATA DA DECISÃO: 08/03/2005, ORGÃO JULGADOR: - TERCEIRA TURMA, RELATOR: MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, FONTE: DJ DATA: 18/04/2005 PG: 00314)

Assim sendo, entende-se, pretorianamente, que o valor de R$ 30.000,00 (trinta mil reais), é razoável que este seja o valor para reparação a título de danos morais ora em discussão, pois "*a reparação pecuniária do dano moral tem duplo caráter: compensatório para a vítima e punitivo para o ofensor. Ao mesmo tempo que serve de lenitivo, de consolo, de uma espécie de compensação para atenuação do sofrimento havido, atua como sanção ao lesante, como fator de desestímulo, a fim de que não volte a praticar atos lesivos à personalidade de outrem*" (CARLOS ROBERTO GONÇALVES. RESPONSABILIDADE CIVIL. 7ª edição. Ed. Saraiva. 2002. pág. 566).

Pelo exposto, pelo meu voto é dado parcial provimento ao apelo para reduzir o *quantum* indenizatório para o valor de R$ 30.000,00, ficando mantidas, no mais, as determinações realizadas na r. sentença, com a ressalva de que não há, no caso em apreço aplicação do CDC.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1002136-50.2014.8.26.0005, da Comarca de São Paulo, em que é apelante TAM - LINHAS AÉREAS S/A, é apelado EDINALDO ALVES DA COSTA.

ACORDAM, em 23ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24990)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SEBASTIÃO FLÁVIO (Presidente sem voto), SÉRGIO SHIMURA E J. B. FRANCO DE GODOI.

São Paulo, 9 de dezembro de 2015.

PAULO ROBERTO DE SANTANA, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL - TRANSPORTE AÉREO - EXTRAVIO PERMANENTE DE BAGAGEM - INAPLICABILIDADE DA CONVENÇÃO DE MONTREAL - PREVALÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA COMPANHIA AÉREA DEMANDADA - ARTIGOS 7º E 14, AMBOS DO CDC - DANO MATERIAL - GASTOS COM VESTUÁRIO QUE O AUTOR FOI OBRIGADO A ADQUIRIR PARA POSSIBILITAR SUA ESTADIA NO EXTERIOR COMPROVADOS - PRODUTOS ADQUIRIDOS EM DECORRÊNCIA DA MÁ PRESTAÇÃO DE SERVIÇO - DANO MORAL CONFIGURADO - PREJUÍZO EXTRAPATRIMONIAL QUE DECORRE DO SIMPLES FATO DA VIOLAÇÃO DO DIREITO DA VÍTIMA - *QUANTUM* INDENIZATÓRIO - MANUTENÇÃO - FIXAÇÃO EM VALOR RAZOÁVEL E PROPORCIONAL - RECURSO IMPROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Apelação interposta em face de sentença que julgou parcialmente

procedente o pedido inicial para condenar a ré ao pagamento de indenização por danos materiais, no valor de R$4.012,29, e morais, fixados em R$7.500,00, em decorrência de extravio de bagagem em transporte aéreo.

A demandada tece considerações acerca do contrato em tela, salientando as restrições existentes quanto ao transporte, na bagagem despachada, de artigos frágeis, dinheiro, aparelhos eletrônicos etc. Alega que o autor, antes de embarcar, não elencou o conteúdo da mala extraviada, inexistindo prova dos bens que dela constavam. Acrescenta que o valor arbitrado a título de reparação dos danos materiais é exorbitante e viola os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Sustenta que os fatos narrados na inicial não configuram o dano moral indenizável, mas somente mero dissabor. Pelo princípio da eventualidade, pede a redução da condenação pelo dano extrapatrimonial, sobe pena de ensejar o enriquecimento indevido do demandante.

O recurso foi processado nos termos da lei.

É o relatório.

Incontroverso o extravio permanente da bagagem despachada pelo autor em viagem internacional, resultando na necessidade de aquisição de roupas durante o período de permanência no exterior, impondo-se, desta forma, o reconhecimento da responsabilidade objetiva da empresa de transporte aéreo.

À presente demanda aplicam-se as disposições do Código de Defesa do Consumidor, sendo que a obrigação de reparar o prejuízo sofrido pelo consumidor decorre da regra do art. 14 deste diploma legal.

Referida legislação consumerista, a partir de sua vigência, prevalece sobre as regras da Convenção de Montreal, de modo que a indenização deve ser integral.

Nesse sentido, vem decidindo o C. Superior Tribunal de Justiça:

"RESPONSABILIDADE CIVIL. TRANSPORTE AÉREO. EXTRAVIO DE BAGAGEM. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. - Tratando-se de relação de consumo, prevalecem as disposições do Código de Defesa do Consumidor em relação à Convenção de Varsóvia e ao Código Brasileiro de Aeronáutica. Precedentes da Segunda Seção do STJ. Recurso especial não conhecido" (REsp 538685/RO, 4ª Turma, rel. Min. Barros Monteiro, j. 25.11.2003, DJ 16.2.2004, p. 269).

"Após o advento do Código de Defesa do Consumidor, não mais prevalece, para efeito indenizatório, a tarifação prevista tanto na Convenção de Varsóvia, quanto no Código Brasileiro de Aeronáutica, segundo o entendimento pacificado no âmbito da 2ª Seção do STJ" (REsp 316.280/SP, 4ª Turma, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 6.2.2003, DJ 7.4.2003, p. 290).

Quanto ao dano material, ressalta-se que a r. sentença não acolheu o pedido de ressarcimento do valor referente ao conteúdo da bagagem extraviada,

Acesso ao Sumário

por considerar inexistente sua prova, mas tão somente condenou a ré a indenizar os gastos havidos com a compra de vestuário para a estadia do autor, amparados pelos recibos de fls. 35/40.

O julgado recorrido, neste ponto, não comporta qualquer reforma.

De outra parte, o abalo de ordem moral também deve ser indenizado, pois decorre do simples fato da ofensa sofrida pela vítima.

Consoante lição de CARLOS ALBERTO BITTAR:

"Na concepção moderna da teoria da reparação de danos morais, prevalece, de início, a orientação de que a responsabilização do agente se opera por força do simples fato da violação. Com isso, verificado o evento danoso, surge *ipso facto*, a necessidade de reparação, uma vez presentes os pressupostos de direito" ("Reparação Civil por Danos Morais", p. 214, 3ª ed.).

Nos moldes de julgados desta Colenda 23ª Câmara de Direito Privado:

RESPONSABILIDADE CIVIL – Extravio de bagagem - transporte aéreo - responsabilidade objetiva da companhia aérea - DANOS MATERIAIS - Autora teve que adquirir roupas e itens em caráter de reposição - DANOS MORAIS - Abalo emocional. Acordo informado pelas partes após interposição do recurso. Homologação e determinação de remessa dos autos à Vara de Origem. Apelação prejudicada" (Apel 0121717-53.2012.8.26.0100, rel. Des. Marcos Gozzo, j. 30/09/2015).

"RESPONSABILIDADE CIVIL - Danos morais - Transporte aéreo - Extravio de bagagem - Responsabilidade objetiva da companhia aérea - Obrigação de levar o passageiro ao seu destino com a bagagem, na data e horário previstos - Recurso nesta parte improvido.

RESPONSABILIDADE CIVIL - Danos morais - *Quantum* indenizatório - Hipótese em que o autor sofreu prejuízos em sua viagem a negócios - Valor da indenização fixado na r. sentença em R$ 12.000,00 (doze mil reais) adequado - Recurso nesta parte improvido.

JUROS MORATÓRIOS - Relação contratual - *Dies a quo* da correção monetária e dos juros moratórios referente à indenização por danos morais incidentes desde o arbitramento - Precedentes - Recurso nesta parte provido" (Apel 0955202-54.2012.8.26.0506, rel. Des. J. B. Franco de Godoi, j. 30/09/2015).

"AÇÃO INDENIZATÓRIA - TRANSPORTE AÉREO - EXTRAVIO DE BAGAGEM - Inaplicabilidade do Código Brasileiro de Aeronáutica na hipótese de extravio ou perecimento das mercadorias transportadas, notadamente após a vigência do Código de Defesa do Consumidor - Precedentes nesta 23ª Câmara de Direito Privado e no c. STJ - Falha na prestação de serviços de transporte aéreo - Responsabilidade objetiva da transportadora - Dano moral caracterizado pela simples violação do direito do autor - No caso em análise, a bagagem do autor não foi localizada, obrigando-o a comprar roupas e demais itens necessários

Acesso ao Sumário

à permanência no país de destino, o que gerou angústia e transtornos que não se caracterizam como mero aborrecimento - Valor da indenização fixado em R$ 20.000,00, que se mostra adequado ao caso concreto - Sentença mantida. RECURSO DESPROVIDO.

DANOS MATERIAIS - TRANSPORTE AÉREO - BAGAGEM ENTREGUE DEPOIS DE FINDA A VIAGEM - Quando o autor recebeu sua bagagem, quase um mês depois de haver retornado, deparou com a subtração de um terno, de valor aproximado de R$ 2.000,00 - Lista de pertences compatível com o que uma pessoa coloca em sua bagagem para o tempo de duração da viagem, não se vislumbrando exagero no montante pretendido pelo autor, acrescido dos gastos com produtos emergenciais adquiridos no País de destino, conforme prova documental - Sentença mantida - RECURSO DESPROVIDO" (Apel 1073153-89.2013.8.26.0100, rel. Des. Sérgio Shimura, j. 02/09/2015).

"Responsabilidade civil - Transporte aéreo - Extravio de bagagem - Reparação, para a hipótese de extravio de bagagem em transporte aéreo, que deve ser ampla, abrangendo o valor integral dos danos sofridos - Arts. 6º, VI, 25, "caput", e 51, I, todos do CDC - Caso em que, admitida a sua responsabilidade pelo extravio da bagagem, a ré deve indenizar os autores pelo seu conteúdo. Responsabilidade civil - Dano material - Valor pretendido pelos autores que deve ser aceito - Ré que não impugnou o montante postulado na inicial, tampouco a relação dos bens perdidos, tendo sustentado apenas que não seria possível a fixação de indenização sem a efetiva prova do dano material - Ausência de prévia declaração daquilo que continha no interior das malas - Prevalência do valor indicado pelos autores, que se mostrou razoável.

Responsabilidade civil - Dano moral - Transporte aéreo - Extravio de bagagem - Danos morais suportados pelos autores que ficaram configurados - Autores que, em viagem de passeio da Itália, onde residiam, para São Paulo, sofreram o extravio definitivo de três das quatro malas que compunham a bagagem despachada em voo da ré - Situação vivenciada pelos autores que lhes acarretou, sem sombra de dúvida, transtorno, sério aborrecimento e desgaste emocional - Indenização por danos morais devida.

Dano moral - *Quantum* - Critério de prudência e razoabilidade que há de ser observado - Ressarcimento que se deve moldar pelo comedido arbítrio do juiz - Diminuição do valor da indenização de R$ 10.900,00 para R$ 7.880,00 para cada um dos autores, correspondentes a dez salários mínimos atuais (R$ 788,00) - Procedência parcial da ação reduzida - Apelo da ré provido em parte" (Apel 0007287-51.2007.8.26.0072, rel. Des. José Marcos Marrone, j. 24/06/2015).

E desta relatoria:

"RESPONSABILIDADE CIVIL - TRANSPORTE AÉREO - EXTRAVIO DE BAGAGEM - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA

Acesso ao Sumário

COMPANHIA AÉREA - ART. 14, *CAPUT* DO CDC - DANO MATERIAL - LIMITAÇÃO PREVISTA NA CONVENÇÃO DE MONTREAL QUE QUE NÃO PREVALECE, ANTE A INCIDÊNCIA DO CDC - DANO MORAL CARACTERIZADO - PREJUÍZO MORAL QUE DECORRE DO SIMPLES FATO DA VIOLAÇÃO DO DIREITO DA VÍTIMA - INDENIZAÇÃO - ARBITRAMENTO EM R$ 4.000,00 - MONTANTE RAZOÁVEL - REDUÇÃO OU MAJORAÇÃO DESCABIDAS - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DE APELAÇÃO DA RÉ E RECURSO ADESIVO DA AUTORA IMPROVIDOS" (Apel 1064482-43.2014.8.26.0100, rel. Des. Paulo Roberto de Santana, j. 26/11/2014).

No concernente ao valor da indenização, sabe-se que ela deve ser estabelecida em importância que, dentro de um critério de prudência e razoabilidade, não sirva de fonte de enriquecimento e tampouco seja inexpressiva (RT 742/320; RJTJESP 137/187, JTJ-LEX 174/49).

No caso, a indenização fixada em R$7.500,00 (cinco mil reais) não se mostra absolutamente demasiada ou desproporcional, inexistindo fundado motivo para sua alteração.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0026613-61.2012.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é apelante TERRA NOVA INCORPORADORA ARAÇATUBA I SPE LTDA., é apelado CIA. PAULISTA DE FORÇA E LUZ CPFL.

ACORDAM, em 24ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Suscitaram conflito de competência. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 11342)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SALLES VIEIRA (Presidente) e COSTA NETTO.

São Paulo, 10 de dezembro de 2015.

CLÁUDIA GRIECO TABOSA PESSOA, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: Apelação - Pedidos declaratório e de indenização, movidos em face de concessionária de energia elétrica por condomínio horizontal, consubstanciados em incorporação de rede elétrica -

Recurso originariamente distribuído à C. 28ª Câmara de Direito Privado desta Corte - Redistribuição determinada - Competência, contudo, que já fora fixada em casos análogos pelo C. Grupo Especial da Seção de Direito Privado, como sendo concorrente das Subseções de Direito Privado II e III - Relação jurídica atinente à prestação de serviços de energia elétrica - Prevenção - Conflito de Competência suscitado ao C. Grupo Especial da Seção de Direito Privado deste E. Tribunal de Justiça.

VOTO

Trata-se de apelação interposta por **Terra Nova Incorporadora Araçatuba I SPE Ltda.**, em face da r. sentença prolatada as fls. 158/159, pela qual o MM. Juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de São José do Rio Preto julgara improcedentes pedidos declaratório e de indenização, movidos diante de **CPFL - Companhia Paulista de Força e Luz**, consubstanciados em incorporação de rede elétrica.

A apelante busca a reforma do decidido, alegando, em síntese, que o d. Juízo utilizou de premissa equivocada, ao comparar as situações de condomínio horizontal à de loteamentos, as quais devem ter soluções diversas porque embasadas em normatização e natureza jurídica diferentes. Pede procedência dos pedidos de condenação da empresa ré ao pagamento integral de valor gasto com a construção de rede elétrica incorporada, declaração da inexistência de doação e nulidade da incorporação por doação sem o devido reembolso do valor gasto pela autora (fls. 163/181).

Recebido o recurso (fls. 429), vieram contrarrazões as fls. 437/446. Preparados, subiram os autos.

Inicialmente recebido na d. 28ª Câmara de Direito Privado desta Corte, fora o recurso redistribuído à uma das Câmaras da subseção I (fls. 453/454), aportando na d. 9ª Câmara de Direito Privado que, por sua vez, entendeu pela remessa à uma das Câmaras da subseção II (461/469), distribuído, então, a esta C. Câmara.

É o relatório.

Respeitados os entendimentos firmados anteriormente, tenho que o julgamento do feito não compete a esta C. Câmara.

Alega a recorrente, empresa com atividades na construção civil, que realizou o condomínio horizontal "Terra Nova Araçatuba I", ocasião em que fora obrigada a cumprir todas as imposições de órgãos estatais competentes, tais como "escoamento de águas pluviais, iluminação pública, esgotamento

Acesso ao Sumário

sanitário, abastecimento de água potável, energia elétrica pública e domiciliar e vias de circulação".

Deduz que fora compelida a executar tais obras por conta e risco, sendo certo que a rede elétrica se apresentava como condição para a aprovação do empreendimento. Em seu ver, entretanto, tal exigência se apresenta ilegal e inconstitucional, já que obrigação destinada ao Estado, por intermédio de suas concessionárias, razão pela qual, postulou declaratórias de nulidade da doação e da incorporação, bem como, pleito indenizatório.

Respeitados os d. entendimentos anteriores, tem- se que, para o caso dos autos, já fixara o C. Grupo Especial da Seção de Direito Privado desta Corte que a competência para apreciação da matéria é concorrente das Subseções de Direito Privado II e III, vez que não há como afastar a relação jurídica atinente à prestação de serviços de energia elétrica.

Recentemente dispôs aquele órgão, em caso análogo, acerca da competência em razão da matéria aqui trazida, que "**não se encontram sob sua guarda tão-somente os contratos de prestação de serviços de energia elétrica, mas todo e qualquer vínculo jurídico que deles venha a decorrer, de maneira direta ou indireta, como o são a implantação e a incorporação da referida rede de eletrificação. Irradiar é propagar ou difundir os efeitos através de relações jurídicas derivadas, e o contrato que fundamenta a propositura da demanda, com a devida vênia, surge dessas derivações, pois a premissa de sua própria celebração é a existência primeira do serviço de energia elétrica. Trata-se, portanto, de prestação de serviço, regida pelo Direito Privado, contemplada pela Resolução nº 623/2013 em seu artigo 5º, § 1º.**" (Conflito de Competência 0040047-94.2015.8.26.0000, Relator: Ademir Benedito; Comarca: Birigui; Órgão julgador: Grupo Especial da Seção do Direito Privado; Data do julgamento: 24/09/2015; Data de registro: 30/09/2015).

Em mesmo sentido os seguintes julgados do C. Grupo Especial:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA - Ação de cobrança - Eletrificação rural - Programa 'Luz da Terra' - Relação jurídica decorrente de prestação de serviços de energia elétrica - Competência preferencial e comum das Subseções Segunda e Terceira - Art. 5º, par. 1º da Resolução 623/2013 TJ/SP - Conflito de competência procedente para fixar a competência da 35ª Câmara de Direito Privado. (Conflito de Competência 0021994-02.2014.8.26.0000, Relator: J. B. Franco de Godoi; Comarca: Presidente Venceslau; Órgão julgador: Grupo Especial da Seção do Direito Privado; Data do julgamento: 08/05/2014; Data de registro: 12/05/2014);

Conflito de competência entre a 9ª e a 35ª Câmaras de Direito Privado. Ação de cobrança na qual os autores pleiteiam a restituição

Acesso ao Sumário

de valores gastos com a eletrificação de zona rural, por meio do programa "Luz da Terra", em razão de incorporação da rede elétrica pela concessionária sem a respectiva indenização. Ação que envolve obrigação irradiada de contrato de prestação de serviços de energia elétrica e que, portanto, está inserida no rol de competência preferencial das Subseções I e II da Seção de Direito Privado desta E. Corte. Exegese do art. 2º, III, "d", da Resolução nº 194/2004 e do Provimento nº 71/2007. Precedentes do Col. Grupo Especial. Conflito de competência procedente, para declarar competente a 35ª Câmara de Direito Privado. (Conflito de Competência 0184821-91.2013.8.26.0000, Relator: Gomes Varjão; Comarca: Presidente Venceslau; Órgão julgador: Grupo Especial da Seção do Direito Privado; Data do julgamento: 24/10/2013; Data de registro: 25/10/2013).

Assim, para evitar futura arguição de nulidade, é que não se conhece do mérito neste instante, havendo de ser fixada a competência segundo a regra do juiz natural, uma vez preventa a C. 28ª Câmara de Direito Privado deste E. Tribunal, que primeiro conhecera deste recurso (fls. 452/454).

Pelo exposto, por meu voto, **suscito conflito de competência** ao C. Grupo Especial da Seção de Direito Privado deste E. Tribunal de Justiça.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0015024-55.2013.8.26.0344, da Comarca de Marília, em que é apelante ITAÚ UNIBANCO S/A, é apelado JOSÉ FERNANDO DOS SANTOS ROUPAS E CALÇADOS ME.

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 34724)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SEBASTIÃO FLÁVIO (Presidente) e JOSÉ MARCOS MARRONE.

São Paulo, 9 de dezembro de 2015.

J. B. FRANCO DE GODOI, Relator

Ementa: CONTRATO - Abertura de conta corrente - Encerramento unilateral pelo banco - Admissibilidade, desde que efetuado na forma legal

Acesso ao Sumário

- Prova nos autos de que a autora foi notificada e advertida para manter saldo suficiente para evitar a devolução de cheques sem provisão de fundos - Hipótese, contudo, em que o saldo já estava negativo antes do encerramento da conta - Banco que não praticou ato ilícito - Descabimento da condenação ao pagamento de indenização por danos morais à autora-apelada - Ação improcedente - Recurso provido.

VOTO

1) Insurge-se o apelante contra sentença que julgou procedente em parte ação declaratória de inexistência de débito com pedido de indenização por danos materiais e morais que lhe moveu a apelada, alegando em síntese que não houve qualquer irregularidade no encerramento da conta; possui a faculdade de encerrar a conta corrente de forma unilateral, desde que observadas as regras contratuais firmadas entre as partes; ao contrário do que foi assinalado na r. sentença, a apelada foi comunicada por carta informativa, datada de 19/04/2013 e recebida pelo apelado em 25/04/2013, sendo que a conta só foi encerrada em 23/05/2013; a carta enviada também tinha a orientação de que os cheques deveriam ser resgatados junto aos respectivos credores, evitando sua devolução pelo motivo 13 (encerramento de conta corrente) bem como que a apelada deveria manter saldo suficiente para eventuais pendências com o banco e para que cheques até então emitidos fossem liquidados, evitando devolução pelos motivos 11 (sem fundos) e 12 (após a segunda apresentação sem fundos); deveria a apelada manter fundos suficientes para o pagamento dos compromissos assumidos; inexiste falha na prestação de serviços, o que afasta sua responsabilidade, nos termos do art. 14, § 3º, I, do Código de Defesa do Consumidor. Aduz ainda que agiu no exercício regular de um direito; não houve ato ilícito; não há prova do dano moral; o valor fixado na r. sentença é exorbitante.

Efetuou-se o preparo.

A apelada apresentou contrarrazões, afirmando que pelos extratos bancários juntados aos autos, pode ser verificado que no mesmo dia em que foi enviada a comunicação de encerramento, a conta corrente foi bloqueada para depósito e movimentação, além da devolução de dois cheques por insuficiência de fundos; não houve comunicação prévia, mas posterior ao encerramento; o banco simplesmente afirmou que não tinha mais interesse na relação; deve ser mantida a condenação do apelante ao pagamento da indenização por dano moral no valor fixado na r. sentença.

É o breve relatório.

2) Merece acolhimento o presente recurso.

Acesso ao Sumário

As partes entabularam contrato de abertura de conta em 21/12/2012 (fls. 87/99).

Foi enviada pelo banco-réu notificação extrajudicial à autora informando que sua conta seria encerrada.

Tal aviso foi emitido aos 19/04/2013 (fls. 23), sendo que há prova nos autos de que o recebimento ocorreu em 25/04/2013 (fls. 105).

O autor interpôs a presente ação objetivando a declaração de inexistência de débito e recebimento de indenização por danos materiais e morais "pelas devoluções sem fundos de diversos cheques causados pelo encerramento unilateral da conta corrente e pelos dissabores dele provenientes" (fls. 17).

Contudo, não foi o encerramento unilateral que motivou a devolução dos cheques, mas a negligência do autor em manter a conta sem provisão de fundos para cobri-los.

Verifica-se, pelo extrato de fls. 28 que, mesmo antes do recebimento da notificação do banco, já não havia saldo credor na conta do autor.

Portanto, os cheques não foram devolvidos porque a conta foi encerrada!

Quanto à possibilidade de encerramento da conta corrente unilateralmente pelo banco, remansosa a jurisprudência no sentido de admiti-la desde que seja efetuada na forma legal:

> "Quanto ao deferimento do pedido formulado pela autora para não encerramento unilateral da conta corrente indicada na inicial, deve se ter em mente, a princípio que, a instituição financeira não é obrigada a manter contrato de prestação de serviços com seus correntistas, todavia, eventual rompimento deve se dar de forma legal." **(Ag. Instr. nº 2072046-31.2015.8.26.0000 - Rel. Des. PAULO ROBERTO DE SANTANA - 23ª Câmara de Direito Privado TJ/SP - j. 20/09/2015)**
>
> "Portanto, à luz da normatização aplicável ao caso, não há impedimento para a rescisão unilateral dos contratos das contas de depósito bancário e de outros serviços, bastando, para tanto, 'comunicação prévia, por escrito, da intenção de rescindir o contrato', procedimento que foi adotado pelo banco recorrente, conforme reconhecido pelas instâncias ordinárias." **(REsp nº 1.538.831 - DF - Rel. Min. RAUL ARAÚJO j. 04/08/2 015)**

E, no caso dos autos, o banco avisou a correntista antecipadamente, esclarecendo que deveria manter saldo suficiente para evitar a devolução dos cheques por falta de fundos (fls. 23).

Foi também esclarecido que a conta seria encerrada em um mês e que o encerramento não significaria a quitação do Itaú às operações de crédito, obrigações ou contratos pendentes de cumprimento. (fls. 25)

Acesso ao Sumário

Portanto, merece reforma a r. sentença que julgou procedente em parte a ação para determinar o pagamento pelo banco da indenização por dano moral.

Não houve ato ilícito do banco a ensejar o pagamento da indenização por danos morais à autora.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso para julgar improcedente a ação. Em razão do resultado, invertem-se os ônus sucumbenciais, devendo a autora-apelada arcar com as custas e despesas processuais bem como com a verba honorária no valor de R$ 2.000,00 (dois mil reais), nos termos do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0130720-32.2012.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado ITAÚ UNIBANCO S/A, é apelado/apelante CARMEN PERTICA FRIOZZI.

ACORDAM, em 24ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por votação unânime, negaram provimento ao recurso do banco réu. Por maioria de votos, deram provimento em parte ao recurso da autora, vencido parcialmente o 3º Desembargador que negava provimento e fará declaração de voto.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 00154)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SALLES VIEIRA (Presidente) e JOÃO BATISTA VILHENA.

São Paulo, 3 de dezembro de 2015.

COSTA NETTO, Relator

Ementa: Indenização danos morais e materiais. Contrato de aluguel de cofre. Roubo. Responsabilidade objetiva. Contrato cujo atrativo e objetivo é obter segurança máxima para a custódia de bens de alto valor. Cláusulas limitadoras da responsabilidade com transferência ao cliente da obrigação bancária. Nulidade. Indevida limitação da responsabilidade. Precedentes deste Egrégio Tribunal e das Cortes Superiores. Dano material devido. Apuração em sede de liquidação. Dano moral evidenciado. Montante bem fixado. Recurso da autora parcialmente provido, desprovido o recurso do Banco-réu.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelações contra a sentença que julgou parcialmente procedente ação de indenização por danos morais e materiais, condenando o réu ao pagamento da quantia de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), a título de danos morais, com juros e correção monetária a partir do evento danoso, deferindo-se o levantamento pela autora, da quantia depositada a título de indenização por danos materiais (fl. 383-A), com fundamento no art. 273, § 6º do Código de Processo Civil, arcando cada parte com as custas, despesas processuais e honorários de seus respectivos patronos.

Recorrem as partes.

Sustenta o Banco-réu, inadimplemento contratual por parte da autora. Assevera que por expressa disposição contratual (cláusula 7.1) não podia ter armazenado bens no cofre que excedessem o valor de R$ 15.000,00 (quinze mil reais), conforme disposto no item 5 do contrato. Informa que, na cláusula 7.1, há expressa disposição estabelecendo que, o valor excedente deveria ser segurado pela própria cliente e que, o descumprimento contratual por parte da autora caracteriza *venire contra factum proprium*. Aduz que tais cláusulas não versam sobre a limitação/exclusão de responsabilidade, mas sim sobre utilização do cofre, inexistindo violação ao art. 51, I, do Código de Defesa do Consumidor. Acrescenta inexistir dano moral, ante a ausência do direito de armazenar tais bens no cofre, alegando culpa exclusiva da vítima que rompe o nexo de causalidade. Discorre sobre a boa-fé com que agiu tentando solucionar o problema junto aos clientes do Banco. Argumenta sobre a falta de provas quanto ao conteúdo que supostamente teria armazenado no cofre e com relação à propriedade dos aludidos bens. Insurge-se contra o valor dos danos morais, afirmando que não concorreu para o evento, Pleiteia a redução do *quantum*, por ser demasiadamente desproporcional, afirmando também inexistir compensação de honorários, ante a sucumbência mínima.

A autora, por sua vez, sustenta nulidade da cláusula 7 do contrato. Assevera que a cláusula 7.1.1, "A", limita a responsabilidade do fornecedor e que a cláusula 7.2. transfere a responsabilidade a terceiros, violando as disposições contidas no artigo 51, I e III, do Código de Defesa do Consumidor. Discorre sobre a ocorrência de falha na prestação de serviços e no dever de segurança, frustrando a expectativa dos clientes. Argumenta que foi a ré quem incidiu no *venire contra factum proprium*, violando a boa-fé objetiva. Expõe a dificuldade em se provar a existência dos bens que foram roubados, o que acarretaria a inversão do ônus da prova, art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor. Alerta sobre a existência de laudo técnico elaborado por gemólogo especializado

Acesso ao Sumário

que esclareceu o valor de cada peça que integrava o conteúdo do cofre roubado, chegando ao valor de R$ 1.160.000,00 (um milhão, cento e sessenta mil reais), fls. 116/125, acrescendo-se o valor do relógio Rolex, categoria Presidente, cuja avaliação, segundo lojas do ramo, é de R$ 58.860,00 (cinquenta e oito mil, oitocentos e sessenta reais). Por fim, quer a reforma da decisão para condenar o Banco-réu ao pagamento dos danos materiais no valor total de R$ 1.218.860,00 (um milhão, duzentos e dezoito mil, oitocentos e sessenta reais).

Tempestivos, os recursos foram regularmente processados, com respostas, fls. 1047/1070; 1094/1010-A.

É o relatório.

A autora celebrou, em 10/11/1998, contrato de locação de cofre com o Banco-réu visando a guarda de bens de alto valor (joias). Em evento ocorrido em 27/ 07/ 2011, o Banco foi assaltado, arrombando-se 170 cofres particulares, dentre eles o da autora, que teve seus bens subtraídos. Alega a autora que algumas joias foram localizadas e supostamente restituídas ao requerido e as demais não foram recuperadas. Juntou cópia do contrato celebrado com o Banco, bem como fotos das joias roubadas e laudo pericial dos respectivos valores.

O Banco depositou a quantia de R$ 15.000,00 na conta da requerente, entretanto esta repele o valor, conforme se infere das fls. 440/449.

A sentença julgou parcialmente procedente a ação, concedendo, contudo, danos materiais apenas no valor do contrato, ou seja, R$ 15.000,00 (fls.918) e danos morais em R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). Afastou o pedido de restituição de bens que a autora afirmou terem sido localizados e não restituídos pelo Banco-réu, pois das cópias remetidas pelo juízo criminal, não há termo de apreensão ou de restituição dos referidos bens, inexistindo, se quer início de prova documental a esse respeito, fls. 921. Ou seja, resta patente, de qualquer forma, que a autora não foi restituída de bem algum que estivesse sob custódia do banco-réu.

Incontroversa a ocorrência do roubo na agência do Banco. O caso foi amplamente divulgado na imprensa, evidenciando-se a participação de vigias e operadores de segurança da própria casa bancária, ré, na presente demanda, que desligaram alarmes (endereço eletrônico constante do texto original), facilitando a entrada dos meliantes no Banco, para lá permanecerem tempo suficiente para arrombar 170 cofres particulares.

Acesso ao Sumário

No caso, a autora celebrou "Contrato de Locação de Cofre" com o Banco-réu em 10/11/ 998, identificado pelo nº 1451, com sucessivas prorrogações (fls. 32/34).

Consta nas cláusulas contratuais:

item 5 "valor de utilização"- R$ 15.000,00 (quinze mil reais) (...)

7. O Itaubanco me aluga o cofre caracterizado no item 3, no qual poderei

colocar bens, cujo valor total não poderá exceder ao fixado no item 5.

7.1 - Estou ciente de que:

7.1.1 - Não poderei utilizar o cofre para colocar bens: a) de valor superior, no conjunto, ao fixado no item 5.B) cuja posse seja ilegal, assim como substâncias ou produtos inflamáveis, explosivos, corrosivos ou qualquer outro capaz de causar dano.

7.1.2 - este contrato refere-se à locação de cofre, não havendo qualquer obrigação de guarda ou depósito por parte do Itaubanco.

7.1.3 - a segurança a mim oferecida é a mesma empregada pelo Itaubanco para a proteção de seus próprios bens e valores.

7.1.4 - não poderei ceder este contrato, sublocar ou emprestar o cofre.

7.2 - somente poderei colocar bens cujo valor exceda ao fixado no item 5, se eu fizer previamente seguro pelo valor excedente, entregando ao Itaubanco a respectiva apólice.

7.2.1 - se realizado o seguro, a previsão do excesso de valor de utilização será objeto de aditamento a este contrato.

7.2.2 - a responsabilidade pelo perdimento de bens, em valor superior ao de utilização contratado (item 5) será sempre do locatário ou da seguradora que contratar o seguro previsto no subi tem 7.2.

O contrato celebrado entre as partes insere-se na prestação de serviços disponibilizada pelo banco ao cliente, funda-se, assim, na plena confiança da requerente nos serviços de proteção e segurança ofertados pelo réu.

Nesse contexto, a responsabilidade do Banco é objetiva, insere-se no campo do risco da atividade, regido pelo Código de Defesa do Consumidor.

Pois bem, feitas as considerações supra, passa-se a análise da legalidade das aludi das cláusulas frente à legislação consumerista.

Nessa senda, ao contrário do alegado pelo Banco, as cláusulas que denomina como sendo de "utilização do cofre", na realidade encampam a tentativa de redução e exclusão de sua responsabilidade frente a qualquer evento danoso que pudesse ocorrer com os mesmos. Assim se depreende da leitura da cláusula que pretende reduzir e limitar os prejuízos dos clientes à R$ 15.000,00 (quinze mil reais).

Da mesma forma, conclui-se da cláusula que transfere ao cliente a responsabilidade de contratar seguro em caso de valor excedente.

Na hipótese, a autora contratou o banco no qual confiou a guarda de suas joias.

A partir daí, o Banco lhe ofereceu, mediante pagamento, um espaço em sua agência, cujo diferencial e atrativo, era a segurança oferecida para o depósito de valores altos.

Acesso ao Sumário

Ora, a casa bancária não impediu o depósito dos valores excedentes, pelo contrário, os recebeu para custódia, sem sequer se preocupar com as próprias cláusulas do contrato e, tampouco, inventariar os bens recebidos (*amadorismo impróprio para uma instituição financeira*).

Melhor dizendo, se fosse relevante a limitação do conteúdo do cofre, deveria ter diligenciado no sentido de dar eficácia à aludida regra. Assim, deveria relacionar os bens que excedessem aos limites impostos e não aceitá-los caso o cliente não efetivasse o seguro dos valores excedentes.

Entretanto, sua omissão acabou contrariando as supostas regras limitadoras, pois permaneceu por anos recebendo bens e valores sem ressalvas. Deu azo e credibilidade ao cenário de integral segurança e proteção aos bens que ilimitadamente admitiu à sua guarda.

Caracteriza-se as sim, o chamado *venire contra factum proprium*, com potencialidade de dano efetivo, onde o comportamento inicial do Banco (*a admissão, sem controle prévio e cautelar, do limite desejado por este em relação aos valores custodiados de bens e valores*) difere do seu comportamento posterior limitador.

Essa conduta não pode ser afiançada pelo Judiciário, uma vez que imprópria à essência do negócio jurídico em exame, bem como à boa-fé contratual.

Por outro lado, a vulnerabilidade do consumidor, aqui da autora, aos termos contratuais, é clara, uma vez que, na figura de mero aderente, não teve liberdade contratual, isto é, sem liberdade para discutir as referidas cláusulas, que visivelmente resguardam direitos apenas do Banco.

A seu turno, ao tratar do contrato de adesão, ensina Orlando Gomes:

> "O que caracteriza o contrato de adesão propriamente dito é que aquele a quem é proposto não pode deixar de contratar, porque tem necessidade de satisfazer a um interesse, que, por outro modo não pode ser atendido.
>
> (...)
>
> A situação de constrangimento que se cria para uma das partes é porque a outra desfruta de um monopólio de fato ou de direito, no exercício do qual os serviços de que se propõe a prestar através de um a rede de contratos, de operações de massa, conservam a natureza de serviços prestados por particulares. Desde, pois, que o interessado, não possa prescindir do serviço, nem se dirigir a outrem que o preste ao menos em condições diversas, é forçado a contratar com o monopolista."[1]

Para coibir esses abusos contratuais, as vítimas do referido evento necessitam bater às portas do Judiciário, a fim de que se possa resgatar o equilíbrio da relação jurídica contratada, diante da desvantagem exagerada contra o consumidor.

1 Contratos. 10ª ed. Rio de Janeiro. Forense, 1984, p.131/132.

A respeito, a redação do Código de Defesa do Consumidor, § 1º, do art. 51:

> Art.51. (...)
>
> § 1º - Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:
>
> (...)
>
> II- restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar o seu objeto ou o equilíbrio contratual;
>
> III- se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e o conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

Acerca do tema, é o entendimento de Rui Stocco:

> "Sobre a possibilidade de o contrato de cessão de caixa de segurança estabelecer cláusula de não indenizar, ou limitativa de indenização, Giacomo Molle já obtemperava que 'eventual estipulação de cláusulas de não responsabilidade por parte do banco não pode neutralizar sua obrigação de vigilância, que é da essência do contrato. Seu efeito limitar-se-ia a exonerar o banco de sua culpa leve, por exclusão da culpa grave.'
>
> Mais enfática Yussef Said Cahali defende que 'uma eventual inserção de cláusulas de não responsabilidade nos contratos de caixa-forte não pode naturalmente, ter a eficácia de excluir a obrigação de vigilância que compete ao banco, pois esta é da essência mesma do contrato..."[2]

Diante disso, conclui-se que, frente à especificidade de determinadas situações de fato, como ocorre na hipótese *sub judice*, cláusulas dessa natureza podem se revestir de abusividade e, nesses casos, consequentemente, devem ser consideradas nulas de pleno direito, nos termos do art. 51 , incisos I e IV, do Código de Defesa do Consumidor, a saber:

> "Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:
>
> I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;
>
> (...)
>
> IV- estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam , incompatíveis com a boa-fé ou a equidade".

2 Stocco, Rui. A prestação de serviços bancários de cofres de segurança à luz do código de defesa do consumidor. Revista dos Tribunais, v.728. São Paulo: RT, Jun/1996, p.37 e ss.

Acesso ao Sumário

A respeito, esclarece Cláudia Lima Marques, "*As práticas abusivas nem sempre se mostram como atividades enganosas. Muitas vezes, apesar de não ferirem o requisito da veracidade, carreiam alta dose de moralidade econômica e opressão. Em outros casos, simplesmente dão causa a danos substanciais contra o consumidor. Manifestam-se através de uma série de atividades, pré e pós-contratuais, assim como propriamente contratuais, contra as quais o consumidor não tem defesas, ou, se as tem, não se sente habilitado ou incentivado a exercê-las.*"[3]

Além disso, a responsabilidade da ré é inegável e, se verifica em várias vertentes a seguir aduzidas:

Primeiramente, a ré assumiu o risco de sua atividade, responsabilidade objetiva, que, no caso, foi desempenhada de forma negligente, no tocante ao dever de fiscalização e vigilância dos bens que lhe foram confiados à guarda, desapontando a legítima expectativa do consumidor.

No caso, cumpre ressaltar que, como resultou notório, o roubo se efetivou com a colaboração de prepostos do banco-réu, uma vez que, as obras realizadas na agência bancária acarretaram o desligamento do alarme; além disso, os meliantes obtiveram ajuda da vigilância do banco, conforme relatado pelo Ministério Público:

> Apurou-se que a data do crime, ocorrido no Sábado, coincidiu com a efetivação de obras na agência, as quais se desenvolveram durante o dia, a cargo das empresas Itautec e Construtora PBA, sendo que tais serviços foram executados no pavimento térreo, com previsão de remoção de cadeiras, mesas e equipamentos de informática, e para tanto, **foi desligado o alarme de sensor de presença** (fls.31/34).
>
> Em torno das 23:30 horas foi iniciada a atividade criminosa pela quadrilha que revelou extrema organização, prévio planejamento **e que contou com a cooperação de agentes de segurança física e da vigilância eletrônica, os quais possibilitaram a facilitação de ingresso, o desligamento de segurança eletrônica em áreas de acesso aos cofres, à realização de encenação de aparência de normalidade (**...) (fls.176 - *sic* -negritado)

Assim, o réu também responde pelos danos ocasionados por seus prepostos, nos termos do art. 932, III, e 933, ambos do Código Civil.[4]

Ao tratar da responsabilidade pelos atos do preposto, acentua, em segura

3 MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de Direito do Consumidor. 3ª ed., revista, atualizada e ampliada. RT, 2010, p.252.

4 "Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

(...)

III- o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; (...)"

"Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos."

e lúcida doutrina, Álvaro Villaça Azevedo:

> "A lei presume, de modo absoluto (art. 933 do CC), a responsabilidade do empregador, ante o ilícito procedimento de seu empregado, mesmo que não exista culpa daquele.
>
> A referida presunção absoluta, como vimos, assenta-se na ideia de que o empregador ou comitente devem bem escolher e vigiar seus subordinados, sob pena de serem responsáveis, respectivamente, por culpa em sua eleição (culpa in elegendo) e em sua vigilância (culpa in vigilando), e mesmo não havendo culpa de sua parte.
>
> (...)
>
> Considerando-se comitente o que dá ordens ao preposto, fiscalizando a atividade deste, o que se nota é que tanto ele, e o empregador, como o amo, mantêm, em clima de subordinação, respectivamente, o preposto, o empregado e o serviçal.
>
> O inciso, em análise, impõe circunstâncias para que essa responsabilidade exista: **que o ato lesivo ocorra, estando os empregados, serviçais e prepostos, no exercício de seu trabalho ou em razão deste."**[5] **(grifado)**

Além disso, assumiu a obrigação de garantir a incolumidade dos bens, que está implícita no contrato. Interpretação diversa acarreta o rompimento da natureza do negócio jurídico firmado entre as partes.

Nas palavras do saudoso mestre Antonio Chaves:

> "(...) na obrigação de garantir, nem mesmo a ocorrência de força maior ou caso fortuito exime o devedor de sua prestação. Seu conteúdo é a eliminação de um risco, evento de realização fortuita independente da vontade do devedor."[6]

Some-se a isso, a obrigação de restituir os aludidos bens como os recebeu, sob pena de, em caso de perda total, ver-se obrigado a restituir o equivalente em dinheiro, conforme disposto no art. 239 do Código Civil.[7]

Sobre o tema, ensina Álvaro Villaça Azevedo:

> "Ocorrendo culpa do devedor, em face do perecimento do objeto, tem o credor o direito de receber o equivalente e mais as perdas e danos, segundo estabelece o artigo 234, segunda parte do CC. Quando a lei se refere ao termo equivalente, quer mencionar o equivalente em dinheiro, de maneira que, havendo o perecimento, a perda total da coisa, com culpa do devedor, deve este entregar ao seu credor **o equivalente em dinheiro,**

Acesso ao Sumário

5 Teoria Geral das Obrigações e Responsabilidade Civil. 11ª ed. - São Paulo: Atlas, 2008, págs. 264/265.

6 Tratado de Direito Civil. Tomo 1. Obrigações 2. São Paulo. RT. 1982, p.50.

7 "Art. 239. Se a coisa se perder por culpa do devedor, responderá este pelo equivalente, mais perdas e danos."

que corresponde ao valor do objeto perecido, mais as perdas e danos que denotarão o prejuízo sofrido.

No caso do art. 239, o mesmo ocorre, só que este dispositivo legal só se refere à obrigação de restituir. O que há de restituir o devedor, tendo incorrido em culpa, é o equivalente em dinheiro, acrescido das perdas e danos, como acontece com a situação prevista no art. 234, segunda parte, antes invocado."[8] (grifado)

Nem se alegue, como tenta o Banco-réu, descumprimento contratual por parte da autora e, tampouco, culpa exclusiva da vítima. A tentativa de transferir a responsabilidade, quanto ao seguro dos valores depositados no cofre é aviltante, afeta diretamente o equilíbrio contratual e beira a má-fé.

A natureza da prestação dos serviços bancários, por si só, pressupõe existência de seguro dos bens e valores que, por deliberação, admite a sua própria guarda e zelo. Inadmissível, assim, a limitação de sua responsabilidade, sendo nulas as cláusulas contratuais nesse sentido.

A propósito, confira-se:

DIREITO CIVIL. PENHOR. DANOS MORAIS E MATERIAIS. ROUBO/FURTO DE JÓIAS EMPENHADAS. CONTRATO DE SEGURO. DIREITO DO CONSUMIDOR. LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR. CLÁUSULA ABUSIVA. AUSÊNCIA DE INDÍCIO DE FRAUDE POR PARTE DA DEPOSITANTE. I - O contrato de penhor traz embutido o de depósito do bem e, por conseguinte, a obrigação acessória do credor pignoratício de devolver esse bem após o pagamento do mútuo. II - **Nos termos do artigo 51, I, da Lei 8.078/90, são abusivas e, portanto, nulas, as cláusulas que de alguma forma exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios no fornecimento do produto ou do serviço, mesmo que o consumidor as tenha pactuado livre e conscientemente**. III - Inexistente o menor indício de alegação de fraude ou abusividade de valores por parte da depositante, reconhece-se o dever de ressarcimento integral pelos prejuízos morais e materiais experimentados pela falha na prestação do serviço. IV - Na hipótese dos autos, em que o credor pignoratício é um banco e o bem ficou depositado em cofre desse mesmo banco, não é possível admitir o furto ou o roubo como causas excludentes do dever de indenizar. Há de se levar em conta a natureza específica da empresa explorada pela instituição financeira, de modo a considerar esse tipo de evento, como um fortuito interno, inerente à própria atividade, incapaz de afastar, portanto, a responsabilidade do depositário. Recurso Especial provido.

Acesso ao Sumário

8 Teoria Geral das Obrigações e Responsabilidade Civil. Curso de Direito Civil. 11ª ed. Atlas. São Paulo, 2008, p.37.

(REsp 1133111/PR, RECURSO ESPECIAL 2009/0143980-9, Relator Sidnei Beneti, Órgão Julgador: T3 - Terceira Turma, j: 06/10/2009, DJe 05/11/2009 grifo nosso).

Por tudo isso, o réu assume o risco de ressarcir os danos acarretados, *porquanto tal responsabilidade decorre do risco do empreendimento, caracterizando-se como fortuito interno. (REsp 1199782/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Segunda Seção, julgado em 24/08/2011, DJe 12/09/2011 - destacado)*.[9]

Nesse sentido:

RECURSO ESPECIAL (ART. 105, III, "A" E "C" DA CFRB) - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO DE DANOS MORAIS E MATERIAIS - FURTO A COFRE DE BANCO - INOCORRÊNCIA DE CASO FORTUITO - ARESTO ESTADUAL RECONHECENDO A RESPONSABILIDADE CIVIL DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. [...] 3. Dever de indenizar. Insurgência voltada à pretensão de demonstrar a ausência dos pressupostos da responsabilidade civil. Aresto estadual que, fundado nas provas encartadas aos autos, concluiu pela responsabilização da casa bancária. (...) 5. Súmula 479/STJ 'As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias'. 6. **A disponibilização de cofre em banco a clientes evidencia nítida relação contratual com multiplicidade de causas, defluentes da concorrência de elementos comuns aos ajustes de locação, de depósito e de cessão de uso, sem que qualquer dessas modalidades prepondere sobre as demais, decorrendo dessa natureza heterogênea um plexo de deveres aos quais se aderem naturalmente uma infinidade de riscos. 7. Por isso, mais do que mera cessão de espaço ou a simples guarda, a efetiva segurança e vigilância dos objetos depositados nos cofres pelos clientes são características essenciais a negócio jurídico desta natureza, razão pela qual o desafio de frustrar ações criminosas contra o patrimônio a que se presta a resguardar constitui ônus da instituição financeira, em virtude de o exercício profissional deste empreendimento torná-la mais suscetível aos crimes patrimoniais, haja vista a presunção de que custodia de capitais elevados e de que mantém em seus cofres, sob vigilância, bens de clientes. 8. Daí porque é inarredável a conclusão de que o roubo ou furto perpetrado contra a instituição financeira, com repercussão negativa ao cofre locado ao consumidor, constitui risco assumido pelo fornecedor do serviço, haja vista compreender-se na própria atividade empresarial, configurando, assim, hipótese de**

9 Ressalta-se o entendimento sumular do Superior Tribunal de Justiça: Súmula 479 - As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias.

Acesso ao Sumário

fortuito interno. [...] 11. Recurso especial desprovido.
(REsp 1250997/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe de 14/02/2013 grifado - *sic*)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. ROUBO DE BENS EM COFRE DE BANCO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. PRECEDENTES. 1. **Conforme a jurisprudência desta Corte Superior, no caso de roubo de objetos depositados em cofre bancário, a responsabilidade do banco é objetiva, por decorrer do risco inerente ao negócio, devendo arcar com os prejuízos sofridos pelos clientes**. (...)."
(STJ, AgRg no Agravo de Instrumento nº 1.237.874/SP, Rel. Min. Raul Araújo, 4ª Turma, julgado em 17/05/2012 - grifado)

RESPONSABILIDADE CIVIL. COFRE LOCADO. ROUBO. LEGITIMIDADE ATIVA. JÓIAS DE PROPRIEDADE DE TERCEIRO. 1. Ainda que os bens comprovadamente depositados no cofre roubado sejam de propriedade de terceiros, alheios à relação contratual, **permanece hígido o dever de indenizar do banco, haja vista sua responsabilidade objetiva frente a todas as vítimas do fato do serviço, sejam elas consideradas consumidores stricto sensu ou consumidores por equiparação.** 2. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido".
(Recurso Especial nº 1.045.897/DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, julgado em 24/05/2011- grifado)

Bem se vê que, por todos os ângulos que se analise a questão, a responsabilidade integral do Banco é evidente.

No que tange aos danos materiais.

Para comprovar os danos materiais, a autora trouxe fotografias de família, fls.71/114, e laudo pericial, elaborado por gemólogo que quantificou o valor de cada peça descrita, fls.115/126. Assim, chegou-se ao total de R$1.218.860,00 (um milhão, duzentos e dezoito mil, oitocentos e sessenta reais), o qual inclui o valor de um relógio Rolex, da categoria presidente.

Em contestação, o réu impugnou o laudo alegando, em síntese, que a lista é unilateral; inexistência de prova dos valores, bem como da propriedade dos bens. Afirmou a existência de contradição entre o laudo e as fotografias, dizendo que o laudo é feito sobre 138 peças, enquanto apenas 89 possuem fotografia correspondente (fls.153).

Como já destacado, não há que se cogitar em ausência de prova dos bens guardados, em virtude da natureza do contrato, inclusive porque se a intenção do banco (*de, efetivamente, interferir nos atos de livre disposição do depositante, no sentido de limitar a utilização de seus cofres mediante o controle do valor*

Acesso ao Sumário

dos bens destinados ao depósito) fosse relevante, à casa bancária competiria relacionar todos os bens que recebeu em custódia, impedindo a guarda dos que ultrapassassem o valor estipulado contratualmente, ou, que não tivesse seguro.

Essa situação - *esse onírico controle de limitação de uso em função de valores dos bens apresentados para a guarda* - obviamente não coaduna com a natureza dos serviços objeto da presente ação.

Ademais, é notório que, contratações dessa natureza são firmadas por pessoas de elevado poder aquisitivo, que necessitam dos serviços bancários justamente para colocar em segurança bens de alto valor.

E nesse caminho, as fotografias juntadas aos autos comprovam que realmente a autora estava na posse de joias. As fotografias antigas comprovam a existência de joias de família. Tais circunstâncias, ante a ausência da prova testemunhal (rechaçada pelo juiz *a quo*) e outras diligências não determinadas pelo sentenciante, permitem o reconhecimento da presunção de que as joias eram da família da autora e que, por seu alto valor (inestimável), motivassem a autora a confiá-las à casa bancária que lhe pudesse assegurar incolumidade que não é própria de uma residência, ou seja, o banco réu.

E, não seria crível a alegação, por parte do réu, de ignorância desta regra comezinha, o que justificaria, em tese, a sua defesa pelo hipotético desconhecimento do conteúdo guardado em seus cofres.

Aliás, nesse sentido, consignou o Desembargador Melo Colombi:

> "Quanto à alegação do réu de que não existem provas dos bens existentes no cofre quando do fato danoso, tal argumentação não prospera.
>
> Isso porque, como bem salientou o Relator, citando julgado da Corte Superior, '**não se pode (...) afastar o dever de indenizar porque o banco não tem conhecimento dos objetos que são guardados em seus cofres**' (excertos do inteiro teor do REsp nº 151.060/RS, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, STJ, 3ª T., j.10.04.2000). Tendo em vista a relação de confiança instaurada em razão do contrato firmado, não pode a casa bancária negar-se ao ressarcimento de valores. Outrossim, goza de verossimilhança a alegação dos clientes a respeito da existência dos bens relatados. Afinal, são pessoas de grandes patrimônios, descendentes de famílias tradicionais, e existiam fotografias comprovando a posse das joias pela família" (Apelação Cível nº 0194700-50.2012.8.26.0100 - grifado)

No caso específico em exame, pela análise das fotografias acostadas, e demais elementos dos autos, não se pode negar que a autora, bem como sua família, possuem situação financeira suficiente a possibilitar a propriedade dos bens discriminados nos autos.

A autora comprovou mediante fotografias (*cuja autenticidade - como montagens, processamento indevido de imagens - não sofreu impugnação nestes autos - fls.71/114*) a existência dos citados bens, tendo juntado laudo com

Acesso ao Sumário

avaliação das peças (fls.115/126). Pugnou pela produção de prova oral, a qual foi refutada pelo MM Juiz *a quo* (fls.911/916).

Nesse prisma, é pacífico em nossa jurisprudência que a responsabilidade pelo ressarcimento independe da prévia discriminação dos objetos guardados cuja comprovação se aperfeiçoa **por quaisquer provas admitidas em direito**.

Confira-se:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ROUBO DE COFRE ALUGADO. RESPONSABILIDADE DA INSTITUIÇÃO BANCÁRIA DEPOSITÁRIA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. POSSIBILIDADE. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICOPROBATÓRIA. **Os bancos depositários são, em tese, responsáveis pelo ressarcimento dos danos materiais e morais causados em decorrência do furto ou roubo dos bens colocados sob sua custódia em cofres de segurança alugados aos seus clientes, independentemente da prévia discriminação dos objetos ali guardados. Recurso especial não conhecido**.

(STJ, REsp 767923/DF, Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Órgão Julgador: T4 Quarta Turma, j: 05/06/2007, DJU 06/08/2007, p. 501- grifado).

(...)

Em sede de ação indenizatória, **diante do princípio da liberdade probatória, a prova do conteúdo do cofre furtado em agência bancária pode ser feita por todos os meios admitidos em juízo, dentre os quais a relação de joias feita pela vítima logo após o evento (...) credibilidade emanada da idade, condição econômica e profissional do cliente, e, sobretudo, as regras da experiência comum, subministradas pela observância do que ordinariamente acontece.**

(TJRJ - 2ª Câm. - Ap. 13.442/98 - Rel. Sérgio Cavalieri Filho - j. 23.02.1999 - RT 770/360) (Marques, Claudia Lima e outros, Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, Revista dos Tribunais, 2010, p. 434/435 - grifado).

No mesmo sentido:

Indenização por danos morais e materiais. Aluguel de cofre em instituição bancária. Roubo. Subtração de bens depositados em cofre situado na agência bancária. Sentença de procedência parcial. Inconformismo. Anulação por V. Acordão. Cerceamento de defesa ante o julgamento antecipado da lide. Retorno dos autos para dilação probatória. Finda a instrução cível, propagou-se deslinde semelhante. Irresignação de ambas as partes. Consumidor. O caso em testilha gravita no perímetro da denominada relação de consumo na dicção do artigo 3º, parágrafo 2º, da Lei 8078/90. **Os protagonistas encontram-se localizados na órbita de consumidor e fornecedor. Contrato de natureza mista e não de locação.**

Acesso ao Sumário

Os documentos e fotografias juntados aos autos e os depoimentos perquiridos sob o pálio do contraditório demonstram a existência dos citados bens. **Ademais, conforme orientação do Egrégio Superior Tribunal de Justiça a responsabilidade pelo ressarcimento independe da prévia discriminação dos objetos guardados. Cláusula de não indenizar.** Abusividade. É nula a cláusula que atenue a responsabilidade do fornecedor ou que implique renúncia ou disposição de direitos, inteligência do artigo 51, I, do CDC. Conduta negligente do banco configurada. Responsabilidade objetiva do banco nos termos do artigo 14 do CDC. **Cláusula excludente de responsabilidade considerada nula em contratos de consumo precedentes jurisprudenciais.** Dever de indenizar configurado. Danos materiais mantem-se o quantum e os índices de correção fixados no r. decisum que acolheu os embargos de declaração. Depósito no cofre de moeda estrangeira fato que não restou patente e que foi devidamente expurgado pela Magistrada a quo. Danos morais. Constrangimento haurido da aversão de se guardar pertences de elevado valor econômico e afetivo em instituição bancária, que ostenta reputação de solidez e tê-los perdido. (...)

(Apelação Cível nº 0026466-22.2009.8.26.0000, TJSP, 24ª Câmara de Direito Privado, relator Des. Sérgio Rui, j. 31/05/2012 - grifado)

Diante disso e das provas dos autos, a indenização pelos danos materiais deve ser acolhida, entretanto, apenas ao atinente às peças cujas fotografias foram acostadas aos autos, com apuração mediante liquidação e nomeação de perito judicial para que se faça essa correspondência e se quantifique o valor das mesmas. Do valor apurado, deve ser descontado o valor de R$15.000,00, caso tenha sido efetivamente depositado à autora, com a devida atualização.

Dos danos morais

No que tange aos danos morais, a doutrina anota que a reparação dos danos deve pautar-se pela observância das funções da responsabilidade civil, classicamente: reparatórias ou compensatórias (esta quando se tratar em dano moral), sancionatória ou punitiva e dissuasória ou preventiva.

Em vista disso, o Superior Tribunal de Justiça, em voto proferido pelo Ministro Luis Felipe Salomão, observou alguns critérios para a sua fixação, recomendando que o "*arbitramento seja feito caso a caso e com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico do autor, e, ainda, ao porte da empresa, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de modo que, de um lado, não haja enriquecimento sem causa de quem recebe a indenização e, de outro, haja efetiva compensação pelos danos morais*

Acesso ao Sumário

experimentados por aquele que fora lesado"[10]

No presente caso, tendo em vista que as joias eram de família, cujo valor é inestimável, e, considerando-se todas as aflições e sofrimentos que a omissão e a falha do Banco acarretou à autora e a sua família, os danos morais foram bem fixados em R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e devem ser mantidos.

Ante o exposto, dá-se parcial provimento ao recurso da autora para julgar parcialmente procedente a presente ação e condenar o banco ao pagamento de indenização por danos materiais, referente às joias comprovadas nestes autos por fotografias, valores estes a serem apurados em liquidação, abatendo-se as quantias já pagas, R$ 15.000,00 (quinze mil reais) devidamente atualizado pela Tabela Prática deste E. Tribunal desde a data do efetivo pagamento, mantendo-se os danos morais em R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), tudo acrescido das custas, despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 10% do valor total da condenação, nos termos do art. 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil e nega-se provimento ao recurso do Banco.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 26079)

Respeitado entendimento da maioria, que dá parcial provimento ao apelo da autora e nega provimento ao apelo do banco réu, diverge-se parcialmente pelas razões que seguem.

A priori, esclareça-se que, com relação ao não provimento do recurso do banco réu acompanha-se a Turma Julgadora.

Diverge-se, apenas, no tocante ao parcial provimento do apelo da autora, com o reconhecimento dos danos materiais.

Trata-se de ação de indenização, movida por Carmen Pertica Friozzi em face de Itaú Unibanco S/A.

Segundo consta dos autos, em 10/11/1998, a autora celebrou junto ao banco réu contrato de locação de cofre, visando a guarda de bens de alto valor (joias) (fls. 32/34).

Ocorre que, em 27/07/2011, o banco réu foi assaltado, tendo sido arrombados 170 cofres particulares, dentre eles o da autora, que teve seus bens subtraídos.

Algumas joias foram localizadas e supostamente restituídas ao réu, e as demais não foram recuperadas.

A r. sentença de parcial procedência dirimiu o litígio com fundamento no fato que inexiste qualquer ilicitude na limitação de responsabilidade da

Acesso ao Sumário

10 REsp nº 1374284/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 27/08/2014, DJe 05/09/2014.

instituição financeira. Alicerçou a MMª. Juíza *a quo* sua decisão no fato de que não há o dever de proteção sobre os bens indevidamente guardados no cofre, pois excedido o valor do contrato de locação.

Dispõe o art. 252 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal que:

"Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la".

Ausente razão jurídica para anular ou reformar a r. sentença, ou acrescentar novos argumentos, vez que suficientemente motivada, ratifica-se, na íntegra, os seus fundamentos de fato e de direito, os quais sintetizo para a necessária compreensão do tema, que ora se transcreve:

"Quanto ao mérito, a ação é parcialmente procedente. Vejamos.

4) As partes, desde 10.11.1998, vem celebrando e renovando 'contrato de locação de cofre particular', fls.32/34, cujo valor segurado, de acordo com a cláusula 5ª, era de R$ 15.000,00. Em 28 de agosto de 2011, foi praticado roubo na agência do banco réu, localizada na avenida Paulista, ocasião em que foram subtraídas as joias de propriedade da autora, as quais estavam no cofre objeto da locação. Por isso, pretende a autora a condenação do requerido no pagamento de indenização por danos materiais (no valor das joias subtraídas), bem como indenização por danos morais no valor de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

5) Ocorre que os bens indicados pela demandante na petição inicial não poderiam ter sido guardados no cofre, dada a vedação constante da cláusula 7 do contrato, que dispõe:

'7.2. Estou ciente de que: 7.2.1. Não poderei utilizar o cofre para colocar bens: a) de valor superior, no conjunto, ao limite fixado; b) cuja posse seja ilegal, assim como substâncias ou produtos inflamáveis, explosivos, corrosivos ou qualquer outro capaz de causar dano; (...) 7.3. Somente poderei colocar bens, cujo valor exceda ao fixado no item 5, se eu fizer previamente seguro pelo valor excedente, entregando ao Itaubanco a respectiva apólice; (...) 7.3.2 - Se realizado o seguro, a previsão do excesso de valor de utilização será objeto de aditamento a este contrato; 7.3.3 A responsabilidade pelo perdimento de bens, em valor superior ao limite de utilização contratado (item 5), será sempre do locatário ou da seguradora que contratar o seguro previsto no subitem 7.3.'

6) Não se vê nenhuma ilicitude resultante da limitação da responsabilidade, até porque a instituição financeira, por força do que estabelece no contrato não toma conhecimento dos bens colocados no cofre. Cumpre observar que, embora sejam nulas, em princípio, as cláusulas contratuais que impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios dos serviços (artigo 51, I, da Lei n.º 8.078/90), não se trata de regra de caráter absoluto. Com efeito, se o contrato proibia a utilização do cofre para a guarda de bens de valor

Acesso ao Sumário

superior ao limite fixado, a autora quebrou a boa-fé objetiva quando depositou no cofre objetos de muito valor, em desrespeito às cláusulas contratuais. Vê-se que a propositura da presente demanda traduz manifesto venire contra factum proprium.

7) No mesmo sentido já decidiu o E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

'E não há que se falar em ilegalidade da cláusula limitadora acima mencionada, pois não se trata da exclusão de responsabilidade, mas apenas determinação de quais bens podem ser guardados no limite estabelecido pelo contrato. A responsabilização da instituição financeira pelos objetos furtados foi previamente estabelecida, sendo que os bens indevidamente guardados são excluídos do dever de proteção do banco. Saliento que menos de 0,01% da população brasileira loca cofre bancário, pois sua utilização se restringe às pessoas com certo poder aquisitivo e que não dispõe de local seguro para depositar seus pertences, o que afasta qualquer possibilidade de se considerar os contratantes como pessoas leigas ou ignorantes que não tivessem a capacidade de entender as cláusulas contratuais firmadas. Nestes termos, diante da não observação das cláusulas contratuais, os autores é que devem arcar com eventual prejuízo decorrente do roubo de seus pertences'. (Apelação n.º 0128792-46.2012.8.26.0100, rel. Heraldo de Oliveira, 13.ª Câmara de Direito Privado, j. em 17.4.2013).

8) Esse também é o posicionamento do C. Superior Tribunal de Justiça: 'RECURSO ESPECIAL - CONTRATO DE ALUGUEL DE COFRE – ROUBO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - CLÁUSULA LIMITATIVA DE USO - ABUSIVIDADE - INEXISTÊNCIA DE LIMITAÇÃO DA EXTENSÃO DOS DIREITOS E DEVERES DAS PARTES CONTRATANTES - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. I - Os eventos 'roubo' ou 'furto', ocorrências absolutamente previsíveis, a considerar os vultosos valores mantidos sob a guarda da instituição financeira, que assume profissionalmente todos os riscos inerentes à atividade bancária, não consubstanciam hipóteses de força maior, mantendo-se, por conseguinte, incólume o nexo de causalidade existente entre a conduta negligente do banco e o prejuízo suportado por seu cliente; II - A cláusula limitativa de uso, assim compreendida como sendo aquela que determina quais seriam os objetos que poderiam (ou não) ser armazenados e sobre os quais recairiam (ou não) a obrigação (indireta) de segurança e proteção, não se confunde com a cláusula que exclui a responsabilidade da instituição financeira anteriormente mencionada. III - O contrato, ao limitar o uso do receptáculo posto à disposição do cliente, preceitua que a instituição financeira tem por obrigação zelar pela segurança e incolumidade do receptáculo posto à disposição do cliente, devendo ressarci-lo, na hipótese de roubo ou de furto, os prejuízos referentes aos bens subtraídos que, por contrato, poderiam encontrar-

Acesso ao Sumário

se no interior do compartimento. Sobre os bens, indevidamente armazenados, segundo o contrato, não há dever de proteção, já que refoge, inclusive, do risco profissional assumido; IV - O Banco não tem acesso (nem ciência) sobre o que é efetivamente armazenado, não podendo impedir, por conseguinte, que o cliente infrinja os termos contratados e insira, no interior do cofre, objeto sobre o qual, por cláusula contratual (limitativa de uso), o banco não se comprometeu a, indiretamente, proteger. É de se ponderar, contudo, que, se o cliente assim proceder, deve arcar com as consequências de eventuais perdas decorrentes de roubo ou furto dos objetos não protegidos, não havendo falar, nesse caso, em inadimplemento contratual por parte da instituição financeira. Aliás, o inadimplemento contratual é do cliente que inseriu objeto sobre o qual recaía expressa vedação de guarda; V - Recurso Especial improvido.' (REsp 1.163.137/SP, rel. Ministro Massami Uyeda, 3.ª Turma, julgado em 14.12.2010) (Grifos meus).

9) Com efeito, o banco réu somente poderia se responsabilizar pelos objetos subtraídos caso armazenados regularmente no interior do cofre. Sobre os bens indevidamente guardados, porque o valor excedeu aquele previsto no contrato de locação, não há o dever de proteção. Entender de modo contrário equivaleria a estimular o descumprimento contratual. Se essa limitação era desinteressante para a autora, bastava que não firmassem o contrato de locação, ou que firmassem o contrato de seguro, nos termos da cláusula 7.2 da avença, ou que procurassem outro banco, que lhe prestasse o serviço que melhor atendesse o interesse.

10) Assim, entendo que no que concerne ao importe dos danos materiais, o banco-réu deverá arcar apenas com R$15.000,00, valor ajustado no contrato de locação. Nesse sentido, a obrigação já foi cumprida, uma vez que o valor foi depositado em juízo (fls. 383-A), não havendo débito a ser adimplido pelo requerido." (fls. 916/918).

De rigor era pois, a meu ver, a improcedência do pedido de indenização por danos materiais, exatamente como constou do *decisum a quo*.

Ante o exposto, pelo meu voto vencido, negava provimento também ao recurso da autora.

SALLES VIEIRA, 3º Desembargador

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000413-25.2015.8.26.0081, da Comarca de Adamantina, em que é apelante RENATA HELENA HADDAD GADA – ME., é apelado ITAÚ UNIBANCO S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, por maioria de votos. Declara voto contrário o 3º juiz.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(VOTO nº 32.776)**

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

São Paulo, 15 de janeiro de 2016.

THIAGO DE SIQUEIRA, Relator

Ementa: Apelação - Ação de prestação de contas - Conta corrente - Primeira fase - Ajuizamento pela correntista – Admissibilidade - Súmula n. 259 do E. Superior Tribunal de Justiça - Ação julgada extinta, nos termos do art. 267, incs. I e VI, do CPC - Decisão que deve ser reformada a fim de que o feito tenha regular prosseguimento - Recurso da autora provido.

VOTO

A r. sentença (fls. 26), proferida pela douta Magistrada Ruth Duarte Menegatti, julgou extinta a presente ação de prestação de contas ajuizada por RENATA HELENA HADDAD GADA – ME. contra ITAÚ UNIBANCO S/A., nos termos do art. 267, incisos I e VI, do Código de Processo Civil.

Pela autora foram opostos embargos de declaração que restaram conhecidos, porém, foi-lhes negado provimento.

Irresignada, apela a autora, alegando ser titular de conta corrente aberta junto ao réu, tendo direito, por isso, à prestação das contas solicitadas, invocando, para tanto, a aplicação da súmula 259 do STJ. Sustenta, outrossim, que possui interesse de agir, pois é garantido ao correntista que discorde dos lançamentos efetuados em suas contas valer-se dos meios judiciais para apurar o quanto devido, mesmo recebendo mensalmente em sua residência os extratos de movimentação bancária. Postula, por tais razões, a reforma da r. sentença.

Recurso preparado e recebido em ambos os efeitos.

É o relatório.

A apelante ajuizou a presente ação alegando ser correntista do banco réu desde 2013 e que os valores lançados e cobrados pela instituição financeira na movimentação de sua conta corrente carecem da devida clareza e demonstração, tendo instruído a inicial com cópia dos extratos de sua conta corrente. Postulou, por isso, a condenação da instituição financeira na prestação de contas, nos termos

Acesso ao Sumário

do art. 914 do CPC. Pretende, assim, apurar a legitimidade dos lançamentos efetuados pelo banco na movimentação de sua conta corrente.

Colocada a questão nestes termos, é de se reconhecer que está configurado, no caso, ao menos em princípio, o interesse de agir da demandante quanto a propositura da presente ação, não se inferindo de suas alegações que vise, também, discutir a legitimidade dos encargos financeiros cobrados pelo banco.

Segundo define Sérgio Carlos Covello, "*a conta corrente bancária é o contrato em virtude do qual o Banco se obriga a receber os valores que lhe são remetidos pelo cliente (correntista) ou por terceiro, bem como a cumprir as ordens de pagamento do cliente até o limite de dinheiro nela depositado ou do crédito que se haja estipulado*" (*in* "Contratos Bancários", Saraiva, 1981, pág. 93).

É certo, por isso, que esta obrigação assumida pelo banco, em virtude desse contrato, confere ao cliente, também, o direito de pedir-lhe a prestação de contas a respeito da movimentação de sua conta corrente quando achar necessário, a fim de conferir a sua regularidade e exatidão. Como afirma Adroaldo Furtado Fabrício, "*de um modo geral, pode-se dizer que deve contas quem quer que administre bens, negócios ou interesses de outrem, a qualquer título. Há de prestar contas, por outras palavras, aquele que efetua e recebe pagamentos por conta de outrem, movimentando recursos próprios ou daquele em cujo interesse se realizam os pagamentos e recebimentos"* (*in* "Comentários ao Código de Processo Civil", VIII Vol., Tomo III, Forense, 1980, pág. 387).

O fato de o banco remeter ao correntista os extratos da conta corrente não obsta este seu direito, mesmo porque tais extratos são remetidos para simples conferência e são insuficientes por si só para esclarecer a origem e a exatidão de todos os seus lançamentos. Não se confunde a presente ação, bem por isso, com a simples exibição de documentos.

Não haveria de se falar, também por isso, que a simples remessa destes extratos e a não impugnação destes pelo cliente do banco implicaria em quitação exonerativa do devedor.

A jurisprudência, ademais, orienta-se neste sentido, entendendo que, "*ao correntista que, recebendo extratos bancários, discorde dos lançamentos deles constantes, assiste legitimidade e interesse para ajuizar ação de prestação de contas visando a obter pronunciamento judicial acerca da correção ou incorreção de tais lançamentos*" (RSTJ 60/219, 103/213, 110/216, 155/197 e RF 328/161).

Este entendimento resultou na Súmula n. 259 do E. Superior Tribunal de Justiça, assim ementada: "*A ação de prestação de contas pode ser proposta pelo titular de conta corrente bancária*".

Veja-se a propósito, ainda, a seguinte ementa de julgado do E. Superior

Acesso ao Sumário

Tribunal de Justiça:

"AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRESTAÇÃO DE CONTAS. EMISSÃO DE EXTRATOS PELA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. IRRELEVÂNCIA. DETALHAMENTO DOS LANÇAMENTOS CONTROVERTIDOS NA PETIÇÃO INICIAL. DESNECESSIDADE.

1. Esta Corte tem entendimento assente no sentido de que, mesmo tendo recebido extratos emitidos pelo banco, assiste ao correntista o direito de pleitear judicialmente prestação de contas.

Precedentes.

2. 'o direito do correntista de solicitar informações sobre lançamentos realizados unilateralmente pelo Banco em sua conta-corrente independe da juntada de detalhes sobre tais lançamentos na petição inicial.' (AgRg no Ag 814.417/PR, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, DJ 19.03.2007)

3. Agravo Regimental desprovido" (AgRg no Ag 69170/PR, 4ª T., Rel. Min. Fernando Gonçalves, k; 27/11/2007, DJ 10/12/2007, p. 371).

Impõe-se, portanto, a reforma da r. sentença recorrida, para afastar a extinção e determinar o regular prosseguimento do presente feito, procedendo-se a citação do réu.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso.

DECLARAÇÃO DE VOTO DIVERGENTE

(Voto nº 19251)

Respeitado o entendimento da d. maioria, dela ousei divergir, preservando a sentença que decretou a extinção da ação, acrescentando alguns elementos, os quais reputo essenciais à dinâmica da ação de prestação de contas.

Formulou a microempresa, em ação de prestação de contas, de rito especial, que um banco se encarregasse de apresentá-las no período de maio de 2013 até setembro de 2015, conta corrente (...) agência (...), cidade de Adamantina (fls. 07).

Contudo, para além da amplitude do pedido, abstrato, sem identificar a precisão da dúvida, pelo que se compreende, a microempresa pleiteia informes relativos ao:

1- Refin automático;

2- Redecard;

3- Tarifa pessoa jurídica;

4- Tarifa conta certa;

5- Tarifa conta certa excedida.

Acesso ao Sumário

Não nos parece, com o máximo respeito à douta maioria, que essas dúvidas possam ser suscitadas na ação de prestação e contas, até porque o cliente, no caso microempresa, deve, no mínimo, possuir contador e compreendê-las.

O Refin cuida do refinanciamento, Redecard envolve cartão de crédito, a tarifa é aquela mensalmente cobrada pela prestação do serviço, não se observando motivo ou razão a fim de que o banco, durante longo período, quase 2 anos e meio, preste contas como pretende a autora.

A jurisprudência do STJ, nada obstante a Súmula 259, indica que o pedido deve ser determinado, preciso, não genérico, amplo, como no caso examinado.

Na minha dicção, o recurso deveria ser improvido, preservada a sentença, não preenchidos os requisitos de forma e de fundo da ação de rito especial.

Voto pelo improvimento do recurso.

CARLOS HENRIQUE ABRÃO, Revisor

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1020899-35.2014.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é apelante/apelado PLEX VIDROS TEMPERADOS LTDA. EPP, é apelado/apelante RONDINI CONSTRUÇÃO E COMÉRCIO LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U"., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22088)**

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

São Paulo, 1 de fevereiro de 2016.

JACOB VALENTE, Relator

Ementa: CAMBIAL - DUPLICATA - Ação declaratória c.c. pedido de indenização por danos morais decorrentes do protesto de duplicata mercantil - Alegação de que houve pedido de cancelamento do faturamento em razão da não entrega das mercadorias que ensejaram o saque das cártulas - Réu que não comprovou de modo indene de dúvidas a entrega dos bens à autora - Comprovante

Acesso ao Sumário

de recebimento das mercadorias assinado por pessoa distinta daquela informada como autorizada a receber os produtos indicados - Dúvida quanto à entrega que pende favoravelmente à autora - Declaração de inexigibilidade dos débitos que realmente se impunha - Danos morais - Inocorrência - Partes que mantinham outras relações empresariais - Aplicação do princípio da boa-fé objetiva - Sentença mantida - Apelos desprovidos.

VOTO

1. Trata-se de dois recursos de apelação interpostos em face da r. sentença de fls. 114/117, que julgou **parcialmente procedente** a ação declaratória c.c. pedido de indenização por danos morais movida por **RONDINI CONSTRUÇÃO E COMÉRCIO LTDA.** em face de **PLEX VIDROS TEMPERADOS LTDA. EPP**, declarando a inexigibilidade das duplicatas mercantis discutidas nos autos e determinando o cancelamento dos protestos referentes a tais títulos, afastando, contudo, o pleito indenizatório. Em razão da aplicação do princípio da causalidade, determinou que a ré arque com o pagamento das custas processuais e honorários advocatícios fixados em R$ 800,00. Por fim, condenou a ré ao pagamento das custas e emolumentos devidos junto ao cartório de protesto.

Apela a ré (fls. 122/129), pretendendo a reforma do julgado, argumentando, basicamente, que (i) houve autorização dada pelo representante da empresa autora para faturamento do pedido; (ii) que a nota fiscal foi assinada pela mesma pessoa que já havia recebido outros produtos decorrentes de outras transações efetivadas entre as partes; (iii) que a empresa Replan Engenharia e a autora pertencem ao mesmo grupo econômico, tanto que são sediadas no mesmo endereço e (iv) que as provas constantes dos autos demonstram o efetivo negócio realizado entre as partes. Pede o provimento do recurso.

A autora também apelou (fls. 139/146), argumentando que (i) a nota fiscal acostada aos autos não foi recebida por quaisquer de seus funcionários; (ii) que efetuou o pedido de mercadorias para a empresa Alurio, mas as correspondências eletrônicas acostadas aos autos demonstram que os produtos não foram entregues; (iii) que solicitou o cancelamento do pedido e baixa da nota fiscal, eis que a entrega não se efetivou; (iv) que o protesto de títulos emitidos sem a entrega das mercadorias enseja o dever de indenizar. Pede o provimento do apelo.

Acesso ao Sumário

Recurso formalmente em ordem, anotados os recolhimentos do preparo (fls. 130 e 147), sobrevindo contrarrazões (fls. 158/161 e 162 /170).

Devidamente intimadas, não houve oposição das partes quanto ao

julgamento virtual do recurso.

É o relatório do essencial.

2. Os recursos interpostos não comportam provimento.

Com efeito.

Trata-se de ação em que a autora pretendeu a declaração de inexigibilidade dos débitos representados pelas duplicatas mercantis discutidas nos autos, alegando que foram emitidas sem lastro comercial e indevidamente apontadas a protesto.

Relata que as mercadorias que sustentam a emissão das duplicatas mercantis não lhe foram entregues, postulando pela declaração de inexigibilidade dos débitos por elas representados e pelo arbitramento de indenização por danos morais em razão do protesto indevido.

Ao contestar o feito, a empresa ré esclareceu que o saque das cártulas deu-se em razão da autorização de faturamento efetuada pelo Sr. Édison Rondini, representante legal da empresa autora, conforme correspondência eletrônica de fls. 87 e que as mercadorias foram retiradas pelo Sr. Sales, a mesma pessoa que já havia retirado produtos em outras transações realizadas entre as partes.

Ao julgar a demanda, o nobre magistrado *a quo* fundamentou seu decreto de parcial procedência no sentido de que não restou cabalmente demonstrado o negócio jurídico entabulado entre as partes, porque a nota fiscal que ensejou o saque das cártulas foi assinada por pessoa estranha ao quadro de funcionários da autora, bem como porque a autorização de faturamento foi dada por pessoa jurídica estranha à lide (Replan Engenharia).

Por fim, entendeu que não era caso de indenização por danos morais, eis que estes são inerentes ao risco do negócio, mormente em razão do fato de que as partes mantinham outros negócios jurídicos.

Pois bem.

Apesar de estar demonstrado nos autos que a empresa 'Replan Engenharia' pertence ao mesmo grupo econômico da empresa autora, tanto é assim que o Sr. Édison Rondini - representante legal da autora trocou - diversas correspondências eletrônicas com a ré através do endereço 'endereço eletrônico constante no texto original' (fls. 23, 25/32), o fato é que inexistem nos autos elementos suficientes que possam alterar o quanto decidido em primeira instância.

E assim se diz, porque o réu não logrou êxito em demonstrar de modo indene de dúvidas que as mercadorias que ensejaram o saque das cártulas tenham sido efetivamente entregues.

Isso porque, segundo alega, as mercadorias foram recebidas pelo Sr. Antonio Sales Visconde, que seria a mesma pessoa que já havia recebido outros produtos adquiridos em outras transações. Porém, o documento de fls. 85

Acesso ao Sumário

demonstra que a nota fiscal que seu ensejo ao saque dos títulos aqui discutidos foi recebida por pessoa distinta - alguém cujo patronímico seria "Silveira" - cuja firma é bem diferente daquela constante do documento de fls. 89, onde se verifica o recebimento pelo mencionado Sr. Sales.

É certo, porém, que há autorização de faturamento dada pelo representante legal da autora datada 16.04.2014 - a mesma data da emissão da nota fiscal (fls. 87), causando certa estranheza o motivo pelo qual a autora, mais de um mês depois - 28.05.2014 - solicitou o cancelamento do pedido em razão da falta de recebimento das mercadorias (fls. 28), pois a análise dos autos revela que as empresas já haviam mantido outras relações empresariais, o que gera dúvidas se o cancelamento seria relativo à nota fiscal emitida em 16.04.2014 ou de alguma outra transação efetuada posteriormente...

De qualquer forma, também causa estranheza o fato de que as duplicatas seriam emitidas para pagamento em 30 e 60 dias - conforme doc. 86 - mas o vencimento constante das cártulas data de 07.07.14 e 14.07.2014 (fls. 22).

Assim é que se diz que o canhoto da nota fiscal rubricada por "Silveira" não têm o condão de alterar o quanto decidido, porque tal assinatura não é suficiente para demonstrar, por si só, a efetiva entrega dos bens; uma, porque tal firma não demonstra tratar-se de entrega feita o Sr. Sales (tal qual teria sido autorizado); duas, porque desacompanhada do número do documento de identificação de seu subscritor, bem como ausente carimbo da empresa.

Diante deste cenário, não há como se concluir que os títulos de crédito emitidos pela ré representam um contrato mercantil perfeito e acabado, motivo pelo qual correta a decisão que declarou a inexigibilidade dos débitos, sendo caso de ser reconhecida a inexistência de obrigação da sacada contra a emitente.

Ainda que se assim seja, tem-se pela não ocorrência dos danos morais, porque como bem destacou o magistrado *a quo* "*...as partes mantinham outros negócios jurídicos, possuindo relação recíproca de confiança nas negociações comerciais, podendo-se aplicar ao caso o princípio basilar do direito da boa-fé objetiva, que se presume, e nada mais é do que um* ***comportamento do indivíduo****, caracterizado pelo dever de lealdade, dever de informação, transparência nas relações jurídicas, segurança, respeito, colaboração, consubstanciados em princípios de equidade e Justiça*" (grifos originais).

Assim, mantêm-se o quanto decidido na etapa monocrática, não merecendo prosperar o inconformismo aqui manejado.

3. Nega-se, pois, provimento aos recursos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1011068-81.2015.8.26.0008, da Comarca de São Paulo, em que é apelante BANCO ITAÚ BBA S/A, é apelado WILSON EVANGELISTA DOS SANTOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram do recurso e determinaram a remessa dos autos para redistribuição. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.794)**

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

São Paulo, 1º de fevereiro de 2016.

GILBERTO DOS SANTOS, Relator

Ementa: MEDIDA CAUTELAR. Exibição de contrato de arrendamento mercantil. Matéria afeta à competência de uma dentre as 25ª e 36ª Câmaras da Seção de Direito Privado. Recurso não conhecido, com determinação de redistribuição.

VOTO

Trata-se de ação cautelar visando à exibição de contrato de arrendamento mercantil, julgada procedente pela r. sentença de fls. 63/64 que condenou o réu a fornecer a cópia apontada na inicial, no prazo de 20 dias, sob pena de busca e apreensão, bem como ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R$ 800,00.

Apela o réu (fls. 66/73) afirmando que o documento não poderia ser fornecido administrativamente por ter sido solicitado por terceiro, que o mesmo já foi exibido nos autos, que estava à disposição via *internet*, que não houve pedido administrativo válido, uma vez que não houve a indicação de dados suficientes para a pesquisa, além de estar em nome de terceiro.

Recurso preparado (fls. 74/76) e respondido (fls. 79/84), manifestando-se o apelado pela manutenção integral do julgado.

É o relatório.

Conforme se verifica dos autos, o documento pretendido pelo autor (fls. 1/7) e juntado aos autos pelo Banco (fls. 40/48), é um contrato de **arrendamento mercantil**.

Conforme a Resolução de regência, compete às Câmaras 25ª a 36ª da

Acesso ao Sumário

Seção de Direito Privado julgar as "*ações e execuções relativas a arrendamento mercantil, mobiliário ou imobiliário*" (art. 5º, III.10, Res. nº 623/2013, do Órgão Especial), entre as quais se enquadra o caso vertente.

Portanto, embora autuada como contrato bancário, na verdade a causa trata de contrato de arrendamento mercantil (*leasing*), fugindo assim à competência atribuída a esta 11ª Câmara de Direito Privado.

De tal modo e reconhecido o direito da parte ter sua ação julgada pelo órgão fracionário competente e especializado na matéria *sub judice*, de rigor sejam os autos redistribuídos para uma dentre a 25ª e a 36ª das Câmaras da Seção de Direito Privado desta Corte.

Ante o exposto, não conheço do recurso e, declinando da competência recursal, determino a remessa dos autos a uma das Câmaras da Seção de Direito Privado (25ª a 36ª) que têm competência para processar e julgar o feito.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0006656-96.2012.8.26.0407, da Comarca de Osvaldo Cruz, em que são apelantes/apelados SPORT CLUB CORINTHIANS PAULISTA, SANTOS FUTEBOL CLUBE e SOCIEDADE ESPORTIVA PALMEIRAS, é apelado/apelante COOPERATIVA AGRÁRIA DE CAFEICULTORES DO SUL DE SÃO PAULO, Apelados ELZA SALVIANO CAVALCANTE AUGUSTO, L J MISSIATO DE ARAUJO ME., ROOSEVELT MASSAYOSHI ARIYOSHI ME. e NILTON BASSO & CIA. LTDA.

ACORDAM, em 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.958)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CARLOS ALBERTO GARBI (Presidente sem voto), CAMPOS MELLO e RICARDO NEGRÃO.

São Paulo, 3 de fevereiro de 2016.

ARALDO TELLES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Símbolo. Associações dedicadas à prática desportiva. Incontroversa contrafação e violação da sua denominação e símbolos.

Danos materiais. Ocorrência, porque são presumidos.

Hipótese, entretanto, que não autoriza aplicação da Lei nº 9.610/98. Apuração em liquidação de sentença, nos termos dos arts. 208 e 210 da Lei nº 9.279/96.

Danos morais. Associações que, embora explorem atividade comercial com o licenciamento da sua marca, têm a imagem ligada essencialmente à promoção das atividades esportivas. Ausência, na hipótese, de prejuízo moral. Precedente do Superior Tribunal de Justiça nesse sentido.

Apelação e Recurso Adesivo providos em parte.

VOTO

Trata-se de ação de abstenção de uso de símbolo intentada pelas agremiações autoras em face das rés, cumulados pedidos de indenização por danos materiais e morais.

Processada a demanda com regular citação e resposta, sobreveio r. sentença de parcial procedência, condenadas as vencidas à abstenção da prática, o perdimento dos produtos apreendidos e, por fim, indenização por danos morais, com valor individual arbitrado em R$ 800,00, rejeitado o pedido de indenização por danos materiais.

Inconformadas, recorrem as autoras e uma das rés.

As primeiras sustentam, em seu apelo, o cabimento dos danos materiais, que devem ser apurados nos termos do art. 210 da Lei nº 9.279/96 e do parágrafo único do art. 103 da Lei nº 9.610/98. De resto, pleiteiam a majoração dos danos morais e a inversão da sucumbência.

A corré **Casul**, de seu turno, sustenta, em recurso adesivo, preliminares de inépcia da inicial, vez que a ação deveria ser dirigida em face da fabricante dos produtos contrafeitos, ausência de critérios a respeito da exata diferença monetária entre as bolas apreendidas e as originais, impossibilidade de se manter o litisconsórcio passivo facultativo e, por fim, ilegitimidade ativa da associação Santos Futebol Clube, vez que não foi apreendido, em seu estabelecimento, nenhum produto com o emblema dessa agremiação.

No mérito, suplica pelo afastamento da condenação, que diz indevida, em especial porque, dedicada ao cooperativismo, não visa lucro e está distante de praticar qualquer ato de comércio.

Requer, por fim, a condenação das autoras na sucumbência.

Contrariados os recursos e recolhidos os respectivos preparos, vieram-me os autos.

É o relatório, adotado o de fls. 402/406.

Acesso ao Sumário

As preliminares arguidas no recurso adesivo não colhem.

Há de se registrar, primeiro, que as prejudicadas poderiam não só acionar o fabricante dos produtos, mas, também, como fizeram, apenas os comerciantes[1].

A inicial, de outro lado, não é inepta, estando bem delimitados os pedidos, tanto que as rés puderam defender-se com a amplitude necessária, inexistindo razões que justifiquem a extinção do feito.

Ademais, a demanda não carecia de desmembramento, evidentemente porque todas as requeridas tinham em comum a prática da contrafação de produtos com a violação da denominação e símbolos das autoras.

E nem se argumente com ilegitimidade ativa da agremiação Santos Futebol Clube, simplesmente porque não foram encontrados produtos com a estampa do seu emblema no estabelecimento da **Casul**, pois, como se verá adiante, embora sejam várias as acionadas, os lucros cessantes, devidos, serão apurados individualmente, e condenação por danos morais será afastada.

Assim, se não houve apreensão no comércio da recorrente de produtos com violação do símbolo do Santos Futebol Clube, naturalmente não haverá condenação em danos materiais com relação a ele.

No tocante ao mérito, frisa-se, de início, que, independente do registro junto ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial, a Lei Pelé (9.615/98) confere às entidades desportivas a titularidade na exploração de seus símbolos (art. 87 e § único), pelo que, sem autorização, não é possível sua exploração em qualquer sentido.

A semelhança entre os mascotes reproduzidos nos produtos apreendidos nos estabelecimentos das requeridas (fls. 57, 61, 64 e 218/220) e aqueles de titularidade das agremiações é evidente.

Aliás, a cópia é indisfarçada, relacionando cada um dos times com os seus respectivos personagens - mascotes (Corinthians - mosqueteiro, Santos - baleia, Palmeiras - periquito).

Incontroversa, então, a prática de contrafação, mesmo que de forma grosseira, dos símbolos de titularidade das autoras.

Acesso ao Sumário

E não interessa o fato de se tratar, a contrafatora, de cooperativa, pois, obviamente, tal condição não a impediu de promover a circulação, no mercado interno, dos produtos falsificados.

Resta apurar, somente, assim considerando a matéria devolvida à Corte, a existência ou não das indenizações por dano material e moral e seus critérios de apuração.

E a esse respeito, merece ajuste a r. decisão recorrida.

Primeiro, os danos materiais são presumidos, vez que a ***interpretação***

1 AI nº 2002211-87.2014.8.26.0000, sob esta relatoria.

doutrinária e jurisprudencial é no sentido de que a reparação material do ato de violação da propriedade industrial e/ou concorrência desleal não está condicionada à efetiva comprovação do dano, nem à imediata demonstração de sua extensão. Isso porque a prova da violação do direito marcário é bastante difícil, logo, comprovada a usurpação da marca, presumem-se os danos materiais, consequência natural da confusão entre os estabelecimentos e do desvio de clientela.[2]

Por outro lado, considera-se inaplicável, à hipótese, o disposto no art. 103 da Lei 9.610/98[3], mostrando-se, por isso, necessária a determinação da apuração em liquidação de sentença, que se dará nos termos dos artigos 208 e 210 da Lei nº 9.279/96 e de forma individual com relação a cada uma das requeridas.

De resto, descabida a condenação por danos morais.

É que, na hipótese, as reclamantes qualificam-se como associações de fins não econômicos, e, embora explorem sua marca com a produção e comercialização, por terceiros, de produtos com o seu emblema, não sofrem dano de ordem moral com a prática de contrafação porque sua imagem está ligada, essencialmente, à atividade desportiva.

Em outras palavras, não sofrem qualquer abalo com a distribuição, reconhecidamente ilícita, dos produtos contrafeitos, mantendo-se fortes perante os seus adeptos.

Essa, também, a conclusão da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de caso análogo:

> ***"(...) 8. Embora a 'CBF' explore a atividade comercial, com o licenciamento de sua marca para venda de produtos, a imagem da associação está muito mais ligada à promoção das atividades esportivas, aos campeonatos de futebol nacionais e internacionais, à Copa do Mundo, Olimpíadas, etc, o que, aliás, é sua atividade principal.***
>
> ***9. Como a atividade primordial da Confederação Brasileira de Futebol não é a comercialização de produtos, o público não deixa de reconhecê-la ou passa a ter uma imagem negativa a seu respeito somente porque foram comercializados produtos contrafeitos com a sua marca. Ausência de demonstração do efetivo dano moral na hipótese.***
>
> ***10. Recurso especial parcialmente provido."***[4]

2 Apel. nº 0168265-73.2011.8.26.0100, sob a rel. do Des. Tasso Duarte de Melo, desta 2ª Câmara de Direito Empresarial.

3 Apel. nº 0023663-14.2010.8.26.0006 - Rel. Des. Pereira Calças.

4 REsp 1372136/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/11/2013, DJe 21/11/2013.

Acesso ao Sumário

Em remate, no que concerne à verba honorária sucumbencial, verifica-se que houve sucumbimento recíproco, possibilitando, por conseguinte, que as despesas processuais e os honorários advocatícios sejam, nos termos do art. 21 do diploma processual civil, divididos igualitariamente e compensados.

Por tais fundamentos, proponho o parcial provimento dos recursos para manter a determinação de abstenção e perdimento dos produtos apreendidos, afastada a condenação por danos morais e determinada a apuração dos danos materiais em liquidação de sentença, nos termos acima explicitados.

É como voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 9000005-16.2011.8.26.0572, da Comarca de São Joaquim da Barra, em que é apelante GEOVANE LOPES DE SOUZA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado RODORIB TECNOLOGIA RODOVIÁRIA LTDA.

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 da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 13251)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANDRADE NETO (Presidente sem voto), LINO MACHADO E CARLOS RUSSO.

São Paulo, 18 de novembro de 2015.

MARIA LÚCIA PIZZOTTI, Relatora

EMENTA: APELAÇÃO - INDENIZAÇÃO - ACIDENTE - SOLIDARIEDADE - IMPROCEDÊNCIA - GARANTIA SEM DÉBITO - DANOS JÁ INDENIZADOS - EXTENSÃO AFERIDA NA JUSTIÇA TRABALHISTA - COISA JULGADA E COMPETÊNCIA ABSOLUTA.

- Pretensão indenizatória contra codevedora - solidariedade que permite a recondução de cobrança contra parte que não integrou a lide trabalhista (art. 275, do Código Civil). Descabida, no entanto, a rediscussão dos critérios do julgamento da esfera trabalhista, sob risco de violação da competência

Acesso ao Sumário

absoluta daquela Justiça e da coisa julgada (art. 467, do Código de Processo Civil). Hipótese de garantia (Schuld), sem débito (Haftung) - autor que busca a revisão dos valores fixados na Justiça do Trabalho, despropositado acolher a discordância subjetiva, supondo que a Justiça Federal deixou de aplicar o disposto no artigo 944, do Código Civil. Gravidade do dano já aferida em sentença transitada em julgado, limitação da indenização nos termos da "extensão" ali aferida, inviável a admissão na Justiça Comum como via recursal ou revisional daquela decisão;

- Manutenção da decisão por seus próprios e bem lançados fundamentos - artigo 252 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo;

RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Vistos.

Cuida-se de recurso de **apelação** interposto contra a r. sentença de fls. 479/480, cujo relatório adota-se, que julgou **IMPROCEDENTE** o pedido inicial, condenando o autor ao pagamento das custas e honorários, ressalvada a execução nos termos da gratuidade concedida.

Vencido, insurge-se o demandante, Geovane Lopes de Souza. Reconheceu a **satisfação** da **indenização material** imposta na via trabalhista; disse, contudo, que os valores fixados na justiça especial, a título de danos morais (R$100.000,00) e estéticos (R$80.000,00), **não o satisfizeram** em virtude da gravidade do dano. Pugnou, assim, pela reforma da decisão.

Regularmente processado, vieram contrarrazões e os autos foram remetidos a este E. Tribunal.

É o relatório.

Não há dúvida da **responsabilidade (*Haftung*)** da requerida, conforme já decidido por esta Turma Julgadora às fls. 420/425. Nos termos do julgamento remoto desta Instância, a **solidariedade** (art. 942, do Código Civil) permite a pretensão indenizatória caso demonstrado que os danos ***ultrapassassem*** "a condenação imposta pela Justiça do Trabalho". Contudo, não há novo **débito (*Schuld*)**, descabida a violação da **coisa julgada** na esfera Federal.

O autor insiste na **indenização** extrapatrimonial contra a requerida (devedora solidária) porque ***"não restou plenamente satisfeito"*** com os valores fixados na Justiça Trabalhista - R$100.000,00 (danos morais) e R$80.000,00 (danos estéticos). Entretanto, é **nítida** a pretensão de **rediscussão da coisa**

Acesso ao Sumário

julgada, porque o recorrente busca nova fixação de **danos** já quantificados pela ação na Justiça Federal.

Não existem **outros/novos** danos; pretende o recorrente a **reconsideração** dos valores decretados na sentença da justiça especializada em face de devedora solidária que **não** integrou aquela demanda. Deste modo, ainda que inquestionável a **garantia (*Haftung*)**, não há **débito (*Schuld*)** que justifique a pretensão indenizatória, sob risco de violação da coisa julgada (art. 467, do Código de Processo Civil), pior, admissão da Justiça Cível como **revisora** ou via **recursal** da Justiça Trabalhista.

Verdadeiramente, o pagamento parcial de um codevedor não exime os demais devedores solidários (art. 275, do Código Civil). Entretanto, supor a pretensão inicial significa admitir que a Justiça Trabalhista **não** atendeu ao disposto no artigo 944, do Código Civil. Ainda que o autor, **subjetivamente**, entenda tais valores incompatíveis com a **extensão do dano sofrido**, não cabe à Justiça Estadual declarar tal insuficiência, imputando-lhe à codevedora.

Naquela demanda, **transitada em julgado**, o Poder Judiciário entendeu que a **extensão do dano** correspondia precisamente aos valores fixados. Ainda que lastimável a condição física do autor após o acidente, não pode esta Justiça Comum **rever** os critérios de fixação da Justiça do Trabalho, sob risco de afetar **competência absoluta** e a **coisa julgada**. Acurada, portanto, a sentença da R. Primeira Instância, que deve ser prestigiada, por seus próprios e bem lançados fundamentos.

Para tanto, valho-me, também, do artigo 252 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça. Referido 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"***.

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

Diante do exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 3000574-38.2013.8.26.0447, da Comarca de Bragança Paulista, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado ANTONIO MARCOS DE MORAES ALVES.

ACORDAM, em 34ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29611)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GOMES VARJÃO (Presidente) e ANTONIO TADEU OTTONI.

São Paulo, 25 de novembro de 2015.

SOARES LEVADA, Relator

Ementa: Fornecimento de energia elétrica a lote em situação irregular. Admissibilidade. Dignidade da pessoa humana a prevalecer sobre a ocupação urbana irregular, embora relevante tal preocupação. Fornecimentos de água e energia elétrica que estão umbilicalmente ligados à proteção de um mínimo de dignidade à pessoa humana, fundamento da República brasileira conforme previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal. Ponderação de valores que faz prevalecer esse fundamento. Má-fé do autor não evidenciada. Apelo improvido.

VOTO

1. Visto.

Da r. sentença que julgou procedente ação de obrigação de fazer imposta a concessionária de energia elétrica, apela o Ministério Público, com apoio da Instância Superior, pleiteando a reforma da sentença porque o lote em que requerida a energia encontra-se em situação jurídica irregular, a impedir o fornecimento do serviço. Defendem os membros ministeriais a prevalência do interesse difuso, na correta ocupação urbana e na proteção ambiental, em relação ao interesse individual do autor.

É o relatório.

Fundamento e decido.

2. Louvando-se a preocupação ministerial com a regularidade da ocupação

Acesso ao Sumário

urbana, bem como com a preservação ambiental, tem-se que o apelo ministerial improcede.

Parte-se da mesma premissa ministerial, colocada com exatidão a fl.123: "...do ponto de vista jurídico, não há no ordenamento reais antinomias, dado que todas as normas - e os direitos e obrigações delas decorrentes - devem conviver harmonicamente, contendo-se o quanto necessário para viabilizar essa coexistência inexorável".

Ponderando-se, porém, os valores em jogo, e não se olvidando que no caso trata-se somente de loteamento irregular, mas não de área de proteção ambiental, tem-se que o apelo improcede, endossado o argumento maior de que: "O serviço (de energia elétrica) está intrinsecamente ligado à preservação da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, princípio que deve, inclusive, nortear as políticas públicas" (fl. 89).

Mais do que um princípio ou direito fundamental, a dignidade da pessoa humana (Constituição Federal, artigo 1º, inciso III) é um fundamento mesmo, alicerce e embasamento de nossa nação. Viver sem dignidade é incompatível com o ser humano deste país, em face da ordem constitucional que nos guia e deve nortear todas as normas inferiores (como a vedação aos loteamentos irregulares, novamente lembrado que não se está discutindo aqui proteção ao meio ambiente).

E o fornecimento de água e energia elétrica, basicamente estes dois, estão vinculados de forma umbilical ao mínimo necessário a uma vida digna. Mínimo necessário, repita-se, pelo que, mesmo que considerado o interesse individual do autor, este prevalece - na proteção à sua dignidade mínima -, em relação ao interesse difuso, que sem dúvida existe e é relevante, de que os loteamentos sejam regulares, o que releva mas não está ligado virtualmente a necessidades cotidianas básicas. O interesse difuso não prevalece automaticamente sobre o individual, só por ser difuso.

Não se diga porém, ou não se presuma, que o autor age de má-fé ou torpemente. Trata-se de um simples auxiliar de logística que adquiriu um terreno modesto, fora das comodidades que os Magistrados e membros do Ministério Público sem dúvida possuem; com o devido respeito, é a única crítica que se faz ao posicionamento ministerial, pois também nos interesses individuais deve-se vislumbrar o direito inalienável a uma vida minimamente provida do conforto básico. De todo modo, a boa-fé se presume, a má-fé se prova, e não há prova alguma de que o autor tenha agido de má-fé ao comprar seu lote.

A convivência harmônica normativa, aqui, significa o prevalecimento de que seja fornecida energia elétrica ao autor, respeitados os condicionantes bem indicados, quanto à criação da infraestrutura e custos a serem suportados, na r. sentença a fl. 90, na parte dispositiva do julgado.

Acesso ao Sumário

Em suma, e respeitada a combatividade ministerial de ambas as Instâncias, a r. sentença proferida pelo Dr. Rodrigo Sette Carvalho é mantida por seus argumentos e os ora acrescidos.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0044462-28.2013.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante CLEUSA CUNES MESTRINEL (JUSTIÇA GRATUITA) e é apelada BV FINANCEIRA S/A CRÉDITO FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO.

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 APELO, VENCIDA A REVISORA, QUE DECLARA VOTO.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.174)**

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

São Paulo, 25 de novembro de 2015.

CELSO PIMENTEL, Relator

Ementa: O direito do consumidor à informação compreende o interesse de agir para requerer, de instituição financeira com quem contratou, exibição da planilha de cálculo de sua dívida. Por isso, afasta-se o decreto de extinção e se ordena o processamento da cautelar, que é nominada.

VOTO

Requerente apela da respeitável sentença que lhe julgou extinto sem exame de mérito processo de cautelar dita inominada promovida contra instituição financeira. Insiste na pretensão e defende o interesse de agir, argumentando com direito à informação, como consumidora, à exibição de planilha de cálculo do valor da dívida principal, dos encargos e das despesas contratuais, a incidência dos juros, multas e demais penalidades previstas.

Dispensava-se preparo.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Precedente desta Câmara (Ap. 9000030-33.2011.8.26.0506, rel. Des. CESAR LACERDA, j. 6.9.2011), analisando caso semelhante, assentou haver interesse de agir, "uma vez que a aparência do bom direito decorre da garantia prevista no artigo 6º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor, que consagra o direito ostensivo da parte hipossuficiente à informação e transparência em todas as fases do contrato e impõe à instituição bancária o dever de exibir documentos que guardem relação com os negócios firmados com seus correntistas, quando instada a fazê-lo, ao passo que o perigo de lesão grave advém do risco de futuro perecimento do direito da autora de acionar a ré em eventual revisão das cláusulas contratuais ajustadas.

Ademais, de maneira cuidadosa a embasar o seu pedido, trouxe à baila a interessada a transcrição das Resoluções nº 3.517/2007 e 3.694/2009, que lhe concedem o direito de apresentação não só da cópia do contrato, assim como de planilha do custo efetivo total da operação financeira, dentre outros documentos, ambas editadas pelo Conselho Monetário Nacional, órgão deliberativo máximo do Sistema Financeiro Nacional ao qual compete, dentre outras funções, regulamentar as condições de constituição, funcionamento e fiscalização das instituições financeiras."

Aqui, como no referido e venerando acórdão, é "inarredável o afastamento do decreto de extinção", como se afasta, "com ordem de prosseguimento" e "com a concessão da liminar pleiteada para a apresentação, pela instituição financeira," de planilha do cálculo da dívida, que serão "apresentados nos moldes das Resoluções nº 3.517/2007 e 3694/2009 do Conselho Monetário Nacional, no prazo de 10 dias a contar da intimação, sem, contudo, a incidência da multa cominatória pretendida", "em razão do disposto na Súmula 372 do Superior Tribunal de Justiça ('Na ação de exibição de documentos, não cabe a aplicação de multa cominatória')".

Em suma e em tese, o direito do consumidor à informação compreende o interesse de agir para requerer, da instituição financeira com quem contratou, exibição da planilha de cálculo de sua dívida.

Daí que se defere o processamento, afastam-se o indeferimento da inicial e a extinção do processo sem exame de mérito da cautelar, que é nominada.

Pelas razões expostas, dá-se provimento ao apelo.

Acesso ao Sumário

DECLARAÇÃO DE VOTO DIVERGENTE

(Voto nº 22758)

Adotando o relatório do voto nº 32.174, do i. Des. CELSO PIMENTEL, com a devida vênia, divirjo do d. Relator quanto ao provimento do apelo da Autora para processamento da petição inicial da medida cautelar.

Trata-se de "cautelar inominada com pedido liminar e preceito cominatório de obrigação de fazer" ajuizada por CLEUSA CUNES MESTRINEL contra BV FINANCEIRA S/A CRÉDITO FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO (não citado), cuja petição inicial foi indeferida e o processo extinto sem resolução de mérito com fundamento no art. 295, III, do CPC e art. 267, I, do CPC.

A questão do recurso resume-se: na possibilidade ou não de processamento da petição inicial da medida cautelar de exibição de documento correspondente à planilha dos valores referentes ao débito e encargos em contrato de financiamento para aquisição de bem móvel.

A pretensão da Autora é no sentido de: "*Julgar procedente o pedido inicial, com o fim de condenar a Ré à confecção dos cálculos necessários à apuração do valor exato da obrigação e de seu saldo devedor, a ser realizado por meio de planilha de cálculo que evidencie de modo claro e preciso e de fácil entendimento e compreensão, o valor principal da dívida, seus encargos e despesas contratuais, a parcela de juros e os critérios de sua incidência, a parcela correspondente a multas e demais penalidades contratuais, no prazo de 5 (cinco) dias, sob pena da multa acima requerida em caso de inadimplemento, confirmando a liminar inicialmente concedida*." (fls. 23).

A Autora indicou como ação principal, ação revisional das cláusulas contratuais, com a alegação de que pretenderá "*restituição dos valores pagos indevidamente, bem como a correção do valor das parcelas vincendas, dentre outros pedidos.*"

Ocorre que a petição inicial não indicou o valor financiado, foi genérica quanto aos encargos contratuais e omissa sobre o adimplemento ou inadimplemento das obrigações assumidas pela Autora, raiando a inépcia.

As partes firmaram contrato de financiamento por volta de 21.JUL.2010, para aquisição de um veículo da marca/modelo Ford, Fiesta, Placas EPS 9364, 2010/2011.

No contrato de financiamento a instituição financeira faz um empréstimo ao financiado que deverá restituir o valor emprestado com os encargos e na forma pactuada. O contrato é sempre sob a forma escrita, que pode ser mediante instrumento público ou particular, onde deve constar o valor emprestado, a estipulação dos juros, das comissões, da multa moratória e das garantias.

A Autora, na longa petição inicial, apesar de alegar que pretende verificar a correção ou incorreção dos valores cobrados pelo Réu, deixou de esclarecer quanto ao instrumento do contrato, cuja presunção lógica é de que foi escrito e entregue à Autora uma via do contrato com os dados referentes ao financiamento e a devolução do valor financiado ao Réu.

Se a Autora possui uma via do contrato, com isso tem conhecimento do valor e dos encargos que deverá suportar para a restituição do empréstimo ao Réu, e com isso a possibilidade de verificar a correção ou incorreção dos

Acesso ao Sumário

valores cobrados através de planilha própria, assim, a Autora não tem interesse processual na presente ação cautelar que é de exibição de documento onde o objetivo "**é conhecer e fiscalizar determinada coisa ou documento.**" (cf. Luiz Rodrigues Wambier , em " Curso Avançado de Processo Civil, vol. 3, RT, 8ª. ed., pág.80).

No interesse de agir é necessário a presença de duas circunstâncias: utilidade (-"há utilidade de jurisdição toda vez que o processo puder propiciar ao demandante o resultado favorável pretendido"-) e necessidade do provimento jurisdicional (-"fundamenta-se na premissa de que a jurisdição tem de ser encarada como última forma de solução de conflito"-), segundo o i. Fredie Didier Jr.

Assim, era de rigor o indeferimento da inicial, mas por outra fundamentação, já que restou pacificado em sede de recurso repetitivo sobre a ausência de interesse de agir para a ação de prestação de contas para obtenção de esclarecimentos a respeito da evolução do débito (REsp 1293558/PR), fundamentação adotada pela r. sentença hostilizada.

Ante o exposto, **CONHEÇO** e **NEGO PROVIMENTO** ao recurso de apelação da Autora, ficando mantida a r. sentença de primeiro grau, mas por outra fundamentação.

BERENICE MARCONDES CESAR, 2ª. Juíza

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0016351-35.2011.8.26.0302, da Comarca de Jaú, em que são apelantes/apelados TUNA TUR AGÊNCIA DE VIAGENS E TURISMO LTDA. – ME., NOVA FORMA VIAGENS E TURISMO LTDA. e FORMA FAMILY VIAGENS E TURISMO - EPP, são apelados/apelantes GUILHERME FRANCESCHI DE ABREU RIBEIRO CAZELLOTTO (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)) e MILENA FRANCESCHI ABREU RIBEIRO.

ACORDAM, em 31ª 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 30.445)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores ANTONIO RIGOLIN (Presidente) e PAULO AYROSA.

São Paulo, 1 de dezembro de 2015.

FRANCISCO CASCONI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - INDENIZATÓRIA - CERCEAMENTO DE DEFESA INOCORRENTE - JULGAMENTO ANTECIPADO AUTORIZADO PELA PROVA DOS AUTOS - DENUNCIAÇÃO DA LIDE BEM INDEFERIDA - EXEGESE DO ARTIGO 88 DO CDC - DEFERIMENTO QUE ACARRETARIA RETARDAMENTO INDEVIDO DO FEITO - AQUISIÇÃO DE PACOTE TURÍSTICO COM DESTINO AOS ESTADOS UNIDOS - CANCELAMENTO DO VÔO ORIGINAL QUE ACARRETOU ATRASO CONSIDERÁVEL DE APROXIMADAMENTE 36 (TRINTA E SEIS) HORAS AO EMBARQUE E DECOLAGEM - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA RECONHECIDA - CADEIA DE CONSUMO - FALHA EVIDENCIADA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - SITUAÇÃO INERENTE À ATIVIDADE DESENVOLVIDA QUE NÃO PODE SER EQUIPARADA A CASO FORTUITO - RESPONSABILIDADE DA EMPRESA AFRETADORA PELA FALHA DA COMPANHIA AÉREA CONTRATADA - DANOS MATERIAIS BEM FIXADOS, CONSIDERANDO PERÍODO QUE O AUTOR NÃO PODE USUFRUIR DA PERMANÊNCIA NO LOCAL DE DESTINO - DANOS MORAIS INDUVIDOSOS - FIXAÇÃO CONDIZENTE QUE NÃO COMPORTA MAJORAÇÃO OU REDUÇÃO - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS BEM ESTIPULADOS, ATENDIDAS AS ALÍNEAS DO §3º, ART. 20, CPC - RECURSOS IMPROVIDOS.

Acesso ao Sumário

VOTO

Apelação interposta contra r. sentença de fls. 203/214, cujo relatório adoto, que julgou parcialmente procedente pretensão deduzida em ação de reparação de danos, condenadas as rés, solidariamente, ao pagamento de indenização por danos materiais no importe de R$ 900,00, com correção monetária e juros desde o evento danoso, bem como R$ 4.000,00 a título de danos morais ao autor e R$ 3.000,00 à autora, com atualização monetária e juros desde o arbitramento, além

de custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 15% do valor atualizado da condenação.

Inconformadas, recorrem todas as partes almejando a reforma do ***decisum***.

As vencidas, preliminarmente, alegam nulidade do julgado sob dois fundamentos, julgamento antecipado da lide que teria acarretado o cerceamento de defesa, bem como indeferimento da denunciação da lide ofertada. No mérito, reafirmam que tomaram todas as medidas possíveis para minimizar os transtornos decorrentes da situação envolvendo a alteração da data do voo de ida que não pode ser imputada a elas. Asseveram, ainda, que o cancelamento do voo e permanência dos passageiros por horas dentro da aeronave ocorreu por culpa exclusiva da companhia aérea e que não tinham poder de ingerência em relação à decisão do comandante. Por fim, sustentam inocorrência de danos morais e, subsidiariamente, pugnam pela redução do *quantum* e dos honorários advocatícios fixados a título de sucumbência.

Adesivamente recorrem os autores objetivando a majoração da indenização por danos morais e alteração do termo inicial de cômputo dos juros moratórios para a data do evento danoso em relação à indenização por dano moral.

Recursos regularmente processados e contrariados, com parecer da Douta Procuradoria de Justiça (fls. 291/293) pelo improvimento de ambas as inconformidades.

É o breve relatório.

Cuida-se de ação de reparação de danos fundada em contrato de aquisição de pacote turístico, por meio da qual objetivam os promoventes indenização por danos materiais e morais alegadamente sofridos em decorrência de alteração da data e horário do voo de ida para viagem adquirida com destino aos Estados Unidos.

Inicialmente, não se vislumbra indício de cerceamento do direito de defesa ou ofensa ao contraditório, autorizado o desate antecipado frente ao que consta dos autos, mesmo porque o juiz é o destinatário das provas e se entender desnecessária a ampliação da fase instrutória pode indeferir a produção de provas inúteis e desnecessárias (art. 130 do Código de Processo Civil).

A denunciação da lide, por sua vez, foi bem indeferida na r. sentença, pois seu acolhimento causaria prejuízos aos promoventes decorrente do retardamento indevido do feito, contrariando o disposto no artigo 88, do Código de Defesa do Consumidor, ***in verbis***:

> *"Na hipótese do art. 13, parágrafo único deste Código, a ação de regresso poderá ser ajuizada em processo autônomo, facultada a possibilidade de prosseguir-se nos mesmos autos,* ***vedada a denunciação da lide****".* *(*destaquei*)*

Acesso ao Sumário

Pertinente ao tema, oportuno registro de Kazuo Watanabe[1], ***verbis***:

"*A denunciação da lide, todavia, foi vedada para o direito de regresso de que trata o art. 13, parágrafo único, do Código, para evitar que a tutela jurídica processual dos consumidores pudesse ser retardada e também porque, em regra, a dedução dessa lide incidental será feita com a invocação de uma causa de pedir distinta. Com isso, entretanto, não ficará prejudicado o comerciante, que poderá, em seguida ao pagamento da indenização, propor ação autônoma de regresso nos mesmos autos da ação originária*".

Confira-se, ainda, a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. RESCISÃO. FALÊNCIA DA CONSTRUTORA (ENCOL). SUCESSÃO/SUB-ROGAÇÃO. RESPONSABILIDADE DA INCORPORADORA/PROPRIETÁRIA DO TERRENO SOBRE O QUAL O IMÓVEL SERIA EDIFICADO (CARVALHO HOSKEN). OFENSA AO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. DENUNCIAÇÃO DA LIDE. DESCABIMENTO. EMPREENDIMENTO "RIO 2". DEVOLUÇÃO DA INTEGRALIDADE DAS PARCELAS PAGAS. OBRIGAÇÃO RECONHECIDA COM BASE EM PROVAS E CONTRATOS. APLICAÇÃO DO ART. 40, § 2º, DA LEI N. 4.591/64. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 5 E 7. CORREÇÃO MONETÁRIA. TERMO INICIAL. CADA DESEMBOLSO.

(...) 2. É vedada a denunciação da lide para que ingresse terceiro em processo de autoria do consumidor, cuidando-se de relação de consumo, propiciando ampla dilação probatória que não interessa ao hipossuficiente e que apenas lhe causa prejuízo. Ademais, a denunciação da lide é instrumento processual vocacionado a conferir celeridade e economia ao processo, não se mostrando viável a concessão da denunciação quando tal providência figurar exatamente na contramão do seu escopo, como no caso dos autos. Precedentes.

(...) 5. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido. (REsp 1305780 / RJ, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, j. em 04.04.2013 - grifei*).*

Também no mérito as inconformidades não merecem prosperar.

Versão fática incontroversa, em 30/08/2010 a autora contratou junto às rés, para o autor, pacote turístico de 15 (quinze) dias com destino aos Estados Unidos, incluindo os trechos aéreos de ida e volta em voo fretado, bem como estadia, passeios e tour de compras.

Contudo, voo de ida marcado para as 02h30 do dia 01/07/2011, com saída prevista para o aeroporto internacional de Guarulhos - SP, apenas foi realizado em 02/07/2011 às 15 horas, decolando do aeroporto internacional de Viracopos, Campinas-SP.

Acesso ao Sumário

1 ***in*** "Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto", 9ª edição, Forense Universitária, fls. 871/872.

Aduzem os autores que, em virtude dos fatos, sofreram danos materiais consistentes no atraso do voo de ida que fez com que o promovente perdesse período de permanência nos Estados Unidos, bem como danos morais por todo o desgaste físico e psíquico anormal a eles impingido.

As rés, por outro lado, apontam que o cancelamento do voo original e atraso na decolagem ocorreu por culpa exclusiva da companhia aérea que não pode ser atribuída a elas, bem como que providenciaram para os passageiros o traslado para o aeroporto de Viracopos de onde decolou a aeronave, acomodação em hotel e alimentação, oferecendo, ainda, oportunamente, final de semana em hotel localizado em Atibaia-SP como forma de reparar o período perdido de permanência nos Estados Unidos.

A controvérsia instaurada, sem dúvida alguma diz respeito a relação de consumo, nos moldes do disposto no artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor.

Desta feita, a responsabilidade das rés como fornecedoras de serviço em cadeia de consumo (art. 7º, p. único e artigo 25, §1º, CDC) pelos fatos narrados é objetiva, exigindo-se para improcedência da pretensão indenizatória a prova da inexistência do defeito, ou culpa exclusiva do consumidor ou terceiro.

In casu, nenhum elemento trazido aos autos é apto a afastar a responsabilidade das demandadas, mormente pelo atraso considerável na decolagem do voo de aproximadamente 36 (trinta e seis) horas que representa nítida falha na prestação de serviços, mesmo que atribuída à companhia aérea.

Ora, situações descritas como falha mecânica que ensejou acionamento de aeronave reserva e problemas no sistema da companhia aérea não podem ser considerados fortuito externo, uma vez que inerentes ao risco do negócio, dele fazendo parte.

Com efeito, não se olvida das hipóteses excludentes da responsabilidade como aquelas ligadas a eventos da natureza imprevisíveis caracterizadores de força maior, ou mesmo, a exemplo, eventualidade ocorrida durante o voo que impeça a aeronave de prosseguir viagem, como mal súbito de um passageiro, nítido caso fortuito, mas na hipótese em tela os eventos não podem ser dissociados da atividade desenvolvida, mormente se considerarmos que a empresa de turismo afretadora da aeronave responde pela falha da companhia aérea contratada.

Acesso ao Sumário

Confira-se, neste sentido, a Jurisprudência do C. STJ:

"*RESPONSABILIDADE CIVIL. TRANSPORTE AÉREO. ATRASO EM VÔO INTERNACIONAL. AGÊNCIA DE TURISMO. FRETAMENTO. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA AFRETADORA. DANO MORAL. CABIMENTO. QUANTUM. RAZOABILIDADE EM FACE DAS CIRCUNSTÂNCIAS ESPECIAIS DO CASO CONCRETO.*

PRECEDENTES. RECURSO PARCIALMENTE ACOLHIDO.

*I - **Nos termos da orientação das Turmas que compõem a Segunda Seção, a empresa afretadora responde pelo dano oriundo da deficiente prestação do serviço de transporte, incidindo o Código de Defesa do Consumidor**.*

II - Ausente prova de caso fortuito, força maior ou que foram tomadas as medidas necessárias para que não ocorresse o dano decorrente do atraso do voo, cabível é o pedido de indenização por danos morais.

III - A indenização deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação enseje enriquecimento indevido, com manifestos abusos e exageros, devendo o arbitramento operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao porte financeiro das partes, orientando-se o julgador pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, valendo-se de sua experiência e bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso." (REsp 305.566/DF, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 22/05/2001, DJ 13/08/2001, p. 167 - destaquei).

Evidente, nesta ótica, a responsabilidade das rés pela prestação de serviço defeituosa e inerente à própria atividade desenvolvida, frustrando legítimas expectativas do consumidor, conclusão que não discrepa da jurisprudência desta Corte:

"*Ação de indenização por danos materiais e morais, ajuizada em face de agência de turismo com a qual foi contratado pacote de viagem para Porto de Galinhas. Paralisação das atividades da empresa aérea BRA. Responsabilidade solidária e objetiva da ré, que comercializou o pacote, no qual estavam inclusos os bilhetes aéreos. Artigos 7º, parágrafo único, e 14 do CDC. A abstração dos cheques dados em pagamento não pode ser alegada para impedir a declaração de sua inexigibilidade, uma vez que eles não foram endossados ou postos em circulação. Efetiva prova dos danos materiais, consistentes na diferença entre o que a autora despendeu com novas passagens e com traslado e o que ainda devia à ré. Danos morais fixados em patamar razoável, e que independem de comprovação, pois decorrem da experiência comum. Recurso improvido, rejeitada a preliminar.*" (Apelação nº 9301330-25.2008.8.26.0000, rel. Des. Gomes Varjão, j. em 17.10.2011).

No mesmo sentido: Apelação nº 0001712-22.2007.8.26.0441, rel. Des. Alfredo Attié, j. em 22.08.2012;

Passo à análise da natureza dos danos e montante indenizatório.

Inicialmente, em relação aos danos materiais a fixação foi escorreita e proporcional à parte terrestre da viagem que não pôde ser aproveitada, razão pela qual deve ser mantida.

Acesso ao Sumário

No que toca aos danos morais, é certo que estes podem ser entendidos como aqueles não patrimoniais que atingem a vítima em seu âmago, ânimo psíquico, intelectual e moral. Trata-se de verdadeira ofensa aos direitos da personalidade do homem, esfera em que se incluem a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome etc.

Como registra Carlos Roberto Gonçalves[2], "*o dano moral não é propriamente a dor, a angústia, o desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, o complexo que sofre a vítima do evento danoso, pois esses estados de espírito constituem o conteúdo, ou melhor, a consequência do dano. A dor que experimentam os pais pela morte violenta do filho, o padecimento ou complexo de quem suporta um dano estético, a humilhação de quem foi publicamente injuriado são estados de espírito contingentes e variáveis em cada caso, pois cada pessoa sente a seu modo.*"

Também pessoas próximas ao ofendido, como ***in casu*** a ora autora que é mãe do promovente, podem sofrer reflexamente dano moral em razão do dano direto causado ao seu familiar.

Discorrendo sobre o dano reflexo ou em ricochete, anota o mesmo autor[3]:

"*O indireto, também denominado 'dano reflexo' ou 'dano em ricochete', configura-se quando uma pessoa sofre o reflexo de um dano causado a outrem.(...) O Superior Tribunal de Justiça tem reconhecido a ocorrência de dano moral reflexo ou indireto, também denominado dano moral por ricochete, como já dito, em pedidos de reparação feitos por parentes ou pessoas que mantenham fortes vínculos afetivos com a vítima, entendendo que o sofrimento, a dor e o trauma provocados pela morte de um ente querido podem gerar o dever de indenizar (...) A referida Corte, reconheceu, ainda, em outra oportunidade, que, apesar de ser comumente admitido em casos de morte, o dano moral por ricochete também pode ocorrer quando o ente querido sobrevive ao sinistro.(...)*".

Confira-se, ainda, a respeito do dano moral reflexo, o seguinte julgado desta Câmara:

"*(...) APELAÇÃO. CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAL. ILEGITIMIDADE ATIVA AFASTADA. RECURSO DOS AUTORES PROVIDO NESSA PARTE. A autora Yukio Kobayashi é parte legítima para integrar o polo ativo da presente ação. Há comprovação de que ela pagou todas as despesas da viagem em seu nome. Além disso, a pretensão deduzida, a título de dano moral por ricochete, é possível, pois, mãe do noivo, mantinha justa expectativa sobre o noivado que não se realizou, não por sua vontade, mas por falha na prestação dos serviços provocada pelas rés.(...)*" (Apelação nº 1043241-47.2013.8.26.0100, Relator Des. Adilson

Acesso ao Sumário

2 ***In*** "Direito Civil Brasileiro", Vol. IV, Ed. Saraiva, 2007, pág. 358.

3 Responsabilidade civil - 14.ed. - São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 478.

de Araujo; j.16/09/2014)

Destarte, o sofrimento impingido à autora pelos acontecimentos envolvendo seu filho menor de idade em viagem ao exterior, ocasionados pela má prestação de serviços das rés, comporta reconhecimento a título de dano moral reflexo.

Já em relação ao autor, como dito, menor de idade e que viajava desacompanhado ao exterior pela primeira vez, os danos também são induvidosos, pois é certo que acometido de angústia suficiente.

No tocante à fixação do dano moral, deve-se observar a dimensão dos prejuízos suportados, notadamente o abalo sofrido e sua repercussão social, bem assim a capacidade econômica das partes e respectivas condutas na ocorrência do evento danoso. E mais, não se pode olvidar a função sancionadora e compensatória da reprimenda indenizatória a ser arbitrada à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, tudo também com o fito de evitar possível locupletamento indevido e excessiva aplicação da sanção.

Destarte, consideradas as peculiaridades da espécie, seguindo os parâmetros anotados pela doutrina e jurisprudência, em especial a conduta das partes e respectivo grau de culpa, a capacidade econômica e as funções preventiva e reparadora da indenização, reputo adequados os montantes arbitrados na r. sentença, condizentes com a intensidade do constrangimento de ordem imaterial suportado pelos autores e de forma a não causar o vedado locupletamento indevido.

O montante deverá ser atualizado, como registrado, a partir da r. sentença e acrescido de juros legais de mora desde a citação (artigo 405, CC e 219, CPC).

Por fim, a verba honorária fixada é adequada e atendeu aos ditames do artigo 20, §3º, alíneas "a", "b" e "c" do Código de Processo Civil não comportando redução.

Nego provimento aos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0007881-96.2010.8.26.0157, da Comarca de Cubatão, em que é apelante INTERLAGOS VEÍCULOS MULTIMARCAS LTDA., são apelados EDVALDO ANTONIO BENTO (JUSTIÇA GRATUITA) e RR LAPORTE COMÉRCIO DE VEÍCULOS LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 28ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão:

Acesso ao Sumário

"Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 4107)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DIMAS RUBENS FONSECA (Presidente sem voto), GILSON DELGADO MIRANDA e CELSO PIMENTEL.

São Paulo, 9 de dezembro de 2015.

CESAR LUIZ DE ALMEIDA, Relator

Ementa: APELAÇÃO - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO E INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - COMPRA E VENDA - VEÍCULO ENTREGUE À REQUERIDA COMO PARTE DE PAGAMENTO - LITISDENUNCIADA QUE É ESTRANHA AO NEGÓCIO JURÍDICO ENTABULADO ENTRE O REQUERENTE E A REQUERIDA - REQUERIDA QUE DESCUMPRIU A OBRIGAÇÃO PREVISTA NO ART. 123, DO CTB, DE MODO QUE O REQUERENTE CONTINUOU A RECEBER MULTAS DE INFRAÇÕES DE TRÂNSITO E IPVA MESMO APÓS A CELEBRAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO - DANO MORAL CARACTERIZADO - VALOR FIXADO A TÍTULO DE INDENIZAÇÃO QUE ATENDE AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE - VERBA HONORÁRIA BEM FIXADA - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto nos autos da ação obrigação de fazer c/c declaratória de inexigibilidade de débito e indenização por dano moral contra a r. sentença de fls. 95/99 que julgou parcialmente procedente a pretensão inicial para condenar a requerida Interlagos Veículos Multimarcas Ltda. ao pagamento de indenização por danos morais no importe de R$ 4.000,00, corrigidos desde a publicação da sentença e acrescidos de juros de mora a contar da citação, bem como pagar metade das multas de trânsito e IPVA do período de 16/09/2009 a 25/05/2010, descartando o pedido de condená-la na obrigação de regularizar o veículo, transferindo-o para o seu nome. A lide secundária (denunciação da lide) fora julgada improcedente.

Ante a sucumbência recíproca na lide originária, determinou que as partes arcarão com os honorários de seus próprios patronos. Na lide secundária, determinou que a requerida Interlagos Veículos Multimarcas Ltda. deverá arcar com metade das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios em prol dos patronos da litisdenunciada, no valor de R$ 800,00.

A correquerida Interlagos Veículos Multimarcas Ltda. apela (fls. 101/115) aduzindo, em síntese, que repassou o veículo à litisdenunciada RR Laporte Comércio de Veículos Ltda. apenas uma semana após tê-lo recebido como parte do pagamento feito pelo requerente, afastando o argumento de que a litisdenunciada não estava vinculada ao negócio jurídico, tanto que a autorização para a transferência do veículo está preenchida em nome desta.

Esclarece que recebeu o veículo como parte de pagamento em 20/08/2009 e o repassou à litisdenunciada em 27/08/2009 que, por sua vez, o vendeu à Sra. Paula Cristina Costa em 18/11/2009. Dessa forma, deve ser julgada totalmente procedente a denunciação à lide.

Alega que veículos adquiridos para comercialização estão desobrigados a efetivação de registro no Detran/SP, pois são automóveis usados adquiridos para comercialização no ativo fixo da empresa; que o veículo não fica na propriedade do antigo dono em nenhum momento a partir da sua venda às concessionárias e revendedoras; que está autorizada a revender o veículo sem efetivar sua transferência. Invoca o artigo 134, do Código de Trânsito Brasileiro, sendo de responsabilidade do vendedor a comunicação ao órgão de trânsito acerca da transferência do veículo.

Acrescenta que não houve danos morais, mormente porque o requerente comunicou a venda do veículo quase um ano após a sua venda quando, na verdade, a lei estabelece um prazo de 30 dias para fazê-lo; que não restou comprovado o dano; que estão ausentes os pressupostos da responsabilidade civil; que a cada 12 meses a pontuação pertinente à uma infração de trânsito prescreve, portanto, não há mais qualquer pendência; que o *quantum* indenizatório deve ser fixado com razoabilidade.

Afirma que a verba honorária arbitrada em favor do patrono da litisdenunciada é desproporcional e elevada, dando ensejo ao locupletamento ilícito. Invoca o artigo 20, §§3º e 4º, do Código de Processo Civil. Prequestiona a matéria suscitada.

Por fim, pleiteia o provimento do recurso para reformar a sentença, julgando improcedente a demanda e invertendo os ônus sucumbenciais.

O recurso foi recebido nos efeitos devolutivo e suspensivo (fls. 119).

Contrarrazões a fls. 123/127 e fls. 130/134.

Não houve oposição ao julgamento virtual (certidão de fls. 144).

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Desde logo, observo que o recurso não comporta provimento.

Depreende-se dos autos que o requerente adquiriu um automóvel da requerida Interlagos Veículos Multimarcas Ltda. em 20/08/2009, ocasião na qual deu um veículo da marca Ford como parte do pagamento (fls. 11).

Contudo, mesmo após a celebração do negócio jurídico, o requerente continuou recebendo multas de infrações de trânsito referentes ao veículo que havia entregue à apelante (fls. 13/15), já que não houve a transferência do bem ao novo proprietário.

Com efeito, a comunicação de vendas fora realizada somente em 25/05/2010 (fls. 46).

No caso, a relação entre o requerente e a requerida Interlagos Veículos Multimarcas Ltda. é de consumo, de sorte que incumbia à requerida a obrigação prevista no artigo 123, §1º, do Código de Trânsito Brasileiro: "***No caso de transferência de propriedade, o prazo para o proprietário adotar as providências necessárias à efetivação da expedição do novo Certificado de Registro de Veículo é de trinta dias, sendo que nos demais casos as providências deverão ser imediatas***".

Anote-se que não há, nos autos, qualquer prova no sentido de que a litisdenunciada RR Laporte Comércio de Veículos Ltda. fez parte do negócio jurídico entabulado com o requerente e, diante disso, não há como a apelante eximir-se de suas obrigações.

Na realidade, a litisdenunciada adquiriu o automóvel da apelante somente em 09/11/2009 (fls. 73), vindo a vendê-lo à Sra. Paula Cristina Costa em 18/11/2009 (fls. 74).

Sendo assim, diferentemente do quanto sustenta a apelante, ela não está desobrigada a efetivar o registro do automóvel no órgão competente quando vai revendê-lo.

A propósito, confira-se jurisprudência desta Colenda 28ª Câmara de Direito Privado:

> **"RESPONSABILIDADE CIVIL. Venda de veículo. Descumprimento, pela ré, da obrigação de transferência imposta pelo art. 123 do CTB. Veículo alienado pelo autor permaneceu em seu nome por ao menos cinco anos após a celebração do negócio jurídico. Recebimento de vinte e oito autuações de trânsito. Danos materiais e morais caracterizados. Lucros cessantes não demonstrados. Recurso parcialmente provido."** ***sic*** **(Apelação nº 0037842-60.2012.8.26.0562; 28ª Câmara de Direito Privado; Des. Rel. GILSON MIRANDA; j. em 10/11/2015; v.u.)**

Nesse Acórdão, o Eminente Desembargador Relator GILSON MIRANDA, esclarece que: ***"Em primeiro lugar, cumpre observar que a relação estabelecida entre as partes é de consumo, sendo, portanto, aplicáveis as regras***

Acesso ao Sumário

e princípios do Código de Defesa do Consumidor. Nessa senda, não há dúvida de que a ré tinha obrigação de transferir regularmente o veículo que adquiriu do autor, na forma do artigo 123, § 1º do Código de Trânsito Brasileiro: 'no caso de transferência de propriedade, o prazo para o proprietário adotar as providências necessárias à efetivação da expedição do novo Certificado de Registro de Veículo é de trinta dias, sendo que nos demais casos as providências deverão ser imediatas'. E ainda que se trate de pessoa jurídica que comercializa veículos usados, ela não estava dispensada de cumprir, quando menos, a obrigação de comunicar à autoridade de trânsito a posterior alienação desse veículo, na forma do artigo 134 do Código de Trânsito Brasileiro: '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'. Nesse sentido: 1) TJSP, Apelação n. 0008019-52.2012.8.26.0526, 25ª Câmara de Direito Privado, j. 31-10-2013, rel. Des. Edgard Rosa; 2) TJSP, Apelação n. 0047832-80.2009.8.26.0562, 33ª Câmara de Direito Privado, j. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO 28ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO Apelação n. 0037842-60.2012.8.26.0562 4/8 21-10-2013, rel. Des. Carlos Nunes; e 3) TJSP, Apelação n. 0025513-92.2011.8.26.0451, 28ª Câmara de Direito Privado, j. 10-09-2013, rel. Des. Júlio Vidal." sic

Nesse contexto, subsistem os danos morais experimentados pelo requerente, mormente porque continuou a receber notificações de infrações de trânsito, com as respectivas pontuações em sua carteira de habilitação, e IPVA, mesmo após tê-lo dado em pagamento.

Portanto, não se trata de simples transtorno a que todos estão sujeitos na vida diária, devendo a apelante responder pelos danos causados ao apelado.

Registra-se que o dano moral, no caso, independe de prova de reflexos econômicos a respeito, bastando a prova da conduta ilícita para emergir a obrigação de reparar o dano.

Muito embora inexista fórmula matemática para se chegar ao *quantum* indenizatório, o mesmo deve guardar correspondência com a gravidade do fato, as condições econômicas da vítima e do causador do dano, evitando-se o enriquecimento sem causa, mas, atento, ao fator de desestímulo para novas práticas ilícitas.

Ademais, devem ser observados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Dessa forma, entendo que uma indenização no valor de R$ 4.000,00,

Acesso ao Sumário

conforme fixado pelo MM. Juiz sentenciante, se presta à finalidade indenizatória, atendendo aos parâmetros antes mencionados, razão pela qual não comporta a redução pretendida pela apelante.

Em relação aos honorários advocatícios, observo que o valor arbitrado atendeu ao que faz jus o patrono, nos termos do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil, de modo que não comporta a redução pretendida pela apelante.

No mais, para fins de prequestionamento, registra-se que a presente decisão apreciou a matéria constante na peça recursal sem violar a Constituição Federal ou qualquer lei infraconstitucional, sendo desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais mencionados no recurso.

Ante o exposto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso, mantendo a bem lançada sentença.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1022693-30.2015.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado CORP TRAVEL AGÊNCIA DE VIAGENS E TURISMO LTDA., são apelados/apelantes TAKAHITO MITSUHASHI e SABRINA MITSUHASHI.

ACORDAM, em 32ª 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 32.163)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FRANCISCO OCCHIUTO JÚNIOR (Presidente) e LUIS FERNANDO NISHI.

São Paulo, 10 de dezembro de 2015.

KIOITSI CHICUTA, Relator

Acesso ao Sumário

EMENTA: Indenização material e moral. Prestação de serviços. Aquisição de passagens aéreas através de agência de viagens e com destino à Costa Rica. Embarque obstado na origem por falta de comprovação de vacinação contra a febre amarela. Pedidos acolhidos em parte, afastado ressarcimento dos gastos com hospedagem, alimentação e locação de veículo. Relação de consumo. Dever de informação da prestadora de serviços acerca dos documentos necessários, pois exerce atendimento personalizado.

Mudança de destino no aeroporto para país que dispensa a vacina (EUA). Dano moral reconhecido. Desnecessidade de comprovação de prejuízo. Abalo psicológico, frustração e privação do bem estar suportados pelos autores e que justificam a indenização por ofensa a direito de personalidade. Montante indenizatório que foi fixado de forma a ressarcir prejuízo moral dos dois autores. Fixação em R$ 12.000,00 mantida. Dano material não comprovado. Ausência de comprovação de pagamento dos gastos reclamados, observando que houve aquisição tão somente de passagens aéreas. Recursos improvidos.

A agência de turismo, ainda que a aquisição seja apenas de passagens aéreas, tem obrigação de informar de forma clara e precisa o consumidor acerca dos documentos necessários ao embarque para o destino contratado, não se tratando de simples venda de passagem, mas de serviço personalizado que compreende a estrutura necessária à realização da viagem, incluindo-se nas informações a necessidade de documento de vacinação exigido para o embarque ao país de destino.

A necessidade de substituição da viagem de férias no momento do embarque para outro destino é situação que evidencia abalo, frustração e privação do bem estar, caracterizadora de dano moral. A quantificação dos danos morais observa o princípio da lógica do razoável. Deve a indenização ser proporcional ao dano e compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e a duração dos transtornos experimentados pela vítima, a capacidade econômica da causadora dos danos e as condições sociais do ofendido. A fixação em R$ 12.000,00 para o casal revela-se condizente com esses parâmetros.

Os danos materiais compreendem aquilo que efetivamente se perdeu, a fim de restituir integralmente o lesado. No caso, não há prova de gastos já efetivados com a viagem marcada para Costa Rica e tampouco foi comprovado que os gastos realizados nos EUA com hospedagem e aluguel de veículo foram superiores aos seriam realizados na Costa Rica.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recursos interpostos contra a r. sentença de fls. 113/117) que julgou parcialmente procedente a ação indenizatória para condenar a ré a pagar aos autores R$ 536,60 à título de danos materiais e R$ 12.000,00 de danos morais, além do pagamento das custas e honorários fixados em 10% da condenação.

Sustenta a ré que não foi contratada para prestar atendimento especializado referente a todos os elementos da viagem como diárias de hotéis, pacotes de passeio, transporte e alimentação, resumindo-se à intermediação do bilhete aéreo sem indicação de empresa aérea, apenas verificando o melhor valor encontrado, sendo irrelevante sua atuação como agência de viagens para o sucesso da viagem dos apelados, não sendo responsável por problemas no embarque, apontando que incumbe ao passageiro verificar as informações sobre o país de destino, não só de vistos, mas também de vacinas, dentre outros. Aduz que o questionamento referente à vacina ocorreu no momento da cotação da passagem e o país de destino foi Cingapura e as passagens eram destinadas a Costa Rica. Refere sua condição de intermediadora entre passageiros e companhias aéreas e discorre sobre o art. 14 do CDC e o fato de o apelado ser diretor de empresa e com certificado internacional de vacinação e profilaxia, o que comprova sua ciência sobre normas internacionais e insiste na responsabilidade apenas pela emissão dos bilhetes. Insurge-se quanto ao dano moral e o valor elevado, insistindo na culpa exclusiva do consumidor e no fato de que tiveram gastos elevados com hotéis, o que comprova que a viagem foi agradável e bem aproveitada.

Os autores recorrem adesivamente alegando que comprovaram os gastos com a estadia repentina nos Estados Unidos através da fatura do cartão de crédito em relação aos hotéis e aluguel de veículo, gastos gerados pelos serviços defeituosos e necessários para contornar a situação. Afirmam que, para economizar, foram obrigados a trocar de acomodações por quatro vezes e pleiteiam a majoração da indenização para R$ 16.000,00 (oito para cada autor).

Processados os recursos com preparos e contrarrazões, os autos restaram encaminhados a este C. Tribunal.

É a síntese do essencial.

Nada obstante tente a agência de viagens se isentar da sua responsabilidade pela falha do serviço, olvida que sua área de atuação volta-se essencialmente ao turismo, principalmente para a classe média, onde os passeios nacionais e internacionais são usufruídos pelos seus usuários como momentos especiais em suas vidas e, por vezes, únicos. Ao procurar uma agência de turismo, o consumidor tem em vista o atendimento personalizado e seguro em relação ao serviço. Não importa que a aquisição seja tão somente de passagens ou de

Acesso ao Sumário

pacote completo (incluída estadia, traslado, etc.), o que vale é que a obrigação da empresa de turismo é de prestar informações claras sobre todos os itens para a viagem (art. 31, CDC).

Um ponto importante é que, na contestação, a ré afirma que todas as informações foram prestadas, inclusive sobre a vacinação, esta de forma verbal, e invoca ainda o documento de fl. 31, referente a não haver necessidade de visto, além de apontar a presunção de ciência do autor acerca da necessidade de documento de vacina de febre amarela. Contudo, os termos de insurgência da apelação se apartam da tese de defesa, inovando no sentido de não haver a obrigação de prestar informações e de que o questionamento de vacina foi feito para a cidade de Cingapura e a passagem foi comprada para Costa Rica.

Como posto na sentença, não há comprovação de prévia ciência dos autores acerca da necessidade de vacina contra a febre amarela para a entrada no país de destino e o fato de o coautor ser diretor de empresa e possuir a carteira de vacinação não significa que saiba da necessidade em todos os destinos. O fato é que resta incontroverso que a viagem para o local escolhido, Costa Rica, não ocorreu, bem como que o casal alterou o destino para Miami no próprio aeroporto para não perder a viagem de férias, efetuando pagamento de taxa respectiva.

Da mesma forma que a agência informou, por *e-mail*, acerca de não haver necessidade de visto (fl. 31), era obrigação sua esclarecer sobre a necessidade de providenciar documento de vacina. Não se trata de venda direta na companhia aérea e sim de serviço personalizado para fins de maior comodidade inclusive com remuneração pelos serviços. De qualquer modo, a própria agência pediu desculpas ao casal por meio de carta em sintomático reconhecimento da falha perpetrada (fl. 44).

Como apontado na réplica, Paulo Jorge Scartezzini Guimarães, ao tratar do tema, assim se expressa: "as agências de turismo (aqui incluídas as operadoras e aquelas que atuam como intermediárias) prestam um serviço ao consumidor que é muito mais amplo do que a venda de um pacote turístico, de uma passagem aérea ou de uma hospedagem; essas empresas dão aos viajantes todo o apoio e estrutura necessários para a realização da viagem. Como mencionamos, as agências devem informar ao viajante sobre os documentos necessários para o ingresso no país de destino, eventuais exigências sanitárias a serem obedecidas (p. ex., vacinas), quais os meios de transporte disponíveis no aeroporto com destino à cidade ou ao hotel, as condições climáticas da região, a existência de eventuais feriados locais, o valor da taxa aeroportuária a ser paga quando do retorno, o número telefônico para contato das entidades locais que possam auxiliar o turista em caso de necessidade etc." (Dos contratos de hospedagem, de transporte de passageiros e de turismo, Saraiva, 2007, p. 253/254).

Acesso ao Sumário

Com relação aos danos morais, não se mostra séria assertiva de que se trata de culpa exclusiva do consumidor, na medida em que a ré disponibiliza serviço especializado de turismo. É exclusivamente sua a responsabilidade perante os usuários pelos prejuízos decorrentes da falta de informação adequada e clara acerca dos requisitos para a viagem ao local de destino.

Mostra-se evidente a frustração e a decepção provocada no casal pela alteração dos planos da viagem de férias e sem tempo útil para resolução do problema, o que os impeliu a alterar o destino imediatamente, além de considerar que todos os preparativos tinham em vista o destino escolhido (ex. vestuário). Ainda que tenha havido aproveitamento em outra localidade, não foi este o local de escolha do casal, sendo, portanto, motivo de frustração e abalo, inclusive pela situação vivenciada no momento da partida.

A situação vivenciada pelos autores ultrapassa os limites de mero aborrecimento e ingressa na ofensa ao direito de personalidade, não exigindo maior exercício intelectual para assim concluir pelo sentimento de frustração e de impotência quanto ao plano de viagem.

Bem se vê, portanto, que a apelante, como prestadora de serviços, não se desincumbiu de suas obrigações legais, causando abalo, humilhação, constrangimento e desgaste emocional que fogem a normalidade dos casos, interferindo no comportamento psicológico do indivíduo. Não se trata de mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada e que, no dizer de Sérgio Cavalieri Filho, "fazem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo" (cf. "Responsabilidade Civil", pág. 105).

Sobre dano moral, diz Carlos Alberto Bittar que na "concepção moderna da teoria da reparação dos danos morais prevalece, de início, a orientação de que a responsabilização do agente se opera por força do simples fato da violação... o dano existe no próprio fato violador, impondo a necessidade de resposta, que na reparação se efetiva. Surge ex facto ao atingir a esfera do lesado, provocando-lhe as reações negativas já apontadas. Nesse sentido é que se fala em damnum in re ipsa. Ora, trata-se de presunção absoluta ou iure et de iure, como a qualifica a doutrina. Dispensa, portanto, prova em contrário. Com efeito corolário da orientação traçada é o entendimento de que não há que se cogitar de prova de dano moral" (Reparação Civil por Danos Morais, Editora Revista dos Tribunais, 2ª ed., págs. 202/204).

O arbitramento da indenização por dano moral deve ser feito com moderação, tendo em vista a natureza do dano, suas consequências nas vidas e nas condições econômicas das partes. A indenização, como anota Antonio Jeová Santos, "não pode servir de enriquecimento indevido para a vítima. Idêntico

Acesso ao Sumário

raciocínio é efetuado em relação ao detentor do comportamento ilícito. Uma indenização simbólica servirá de enriquecimento indevido ao ofensor que deixará de desembolsar quantia adequada, enriquecendo-se com o ato hostil e que desagradou, de alguma forma, algum ou quaisquer dos direitos da personalidade" (Dano Moral Indenizável, Editora Revista dos Tribunais, 4ª edição, pág. 199). Há, assim, que observar o princípio da lógica do razoável, ou seja, "importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e a duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes" (cf. Sérgio Cavalieri Filho, "Responsabilidade Civil", pág. 116).

Com base nesses critérios, bem se vê que o montante de R$ 12.000,00 fixado para o casal mostra-se suficiente para ressarcir os danos morais em relação ao casal, não havendo sentido reduzi-los para valor inferior ou majorá-los, conforme pleiteado por ambas as partes em seus recursos. O sofrimento não pode se converter em móvel de "lucro capiendo", nem a indenização pode se transformar em símbolo, sem caráter punitivo, dada a condição pessoal da ofensora.

A respeito do tema:

"Prestação de serviços. Agência de viagens. Preliminar. Ilegitimidade de parte passiva. Afastamento. Denunciação da lide. Preclusão. Vedação do art. 88, CDC. Impossibilidade de embarque do Panamá ao Brasil por falta de comprovação de vacina contra a febre amarela. Inadimplemento do dever de informação ao consumidor. Inadequação do serviço (art. 20, CDC). Condenação mantida. Dano moral fixado segundo os princípios da razoabilidade e proporcionalidade (R$ 8.000,00). Recurso improvido" (Ap. n. 9118946-94.2008.8.26.0000, Des. Hamid Bdine).

"Indenização - Dano moral e material - Voo internacional com conexão - Impedimento de embarque por ausência de visto de trânsito - Relação de consumo configurada - Dever de informação correta, clara, precisa, ostensiva nos termos do artigo 31 do CDC - Responsabilidade objetiva - Dever de indenizar indiscutível - Sentença reformada - Recurso provido" (Ap. 0029661-07.2011.8.26.0562, Des. Souza Lopes).

Por fim, cabe analisar a insurgência dos autores quanto ao não acolhimento do pedido de ressarcimento das despesas com estadia, alimentação e transporte. Neste ponto é preciso avaliar que o autor não comprovou gastos adicionais aos valores gastos com os mesmos serviços na Costa Rica, tampouco há demonstração de que seriam inferiores aos valores gastos nos EUA. O dano emergente compreende a imediata diminuição do patrimônio em razão da causa

Acesso ao Sumário

afirmada, sendo conceituado pela lei civil como aquilo que a vítima efetivamente perdeu (art. 402, CC). Para aferição de perda e direito à restituição cabia aos autores demonstrar que tiveram gastos superiores com hospedagem e aluguel de veículo do que o estimado para a Costa Rica. Essa prova não consta dos autos e não é cabível restituir aos autores o valor integral objeto da pretensão, sob pena de enriquecimento indevido. Assim, fora o ressarcimento da multa imposto na sentença, não há prova de dano material indenizável.

Isto posto, nega-se provimento aos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1001268-50.2014.8.26.0077, da Comarca de Birigui, em que é apelante COMPANHIA PAULISTA DE FORÇA E LUZ - CPFL, é apelado SEBASTIÃO CANDIDO DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.696)**

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

São Paulo, 9 de dezembro de 2015.

MARCOS RAMOS, Relator

Ementa: Prestação de serviços - Energia elétrica - Ação declaratória de inexistência de débito com pleito de tutela antecipada - Demanda de pessoa natural em face de empresa concessionária de serviço público - Sentença de procedência - Manutenção do julgado - Necessidade - Ré que se limitou a defender, de maneira genérica e teórica, a legalidade de sua conduta, calcada na emissão do TOI - Alegação de que o documento guarda presunção de veracidade - Inconsistência jurídica - Ausência de demonstração técnica, sob o crivo da ampla defesa e do contraditório, a atestar que o relógio medidor não estava registrando o efetivo consumo de energia elétrica no imóvel - Hipótese de inversão do ônus da prova - Aplicabilidade do art.

Acesso ao Sumário

6º, VIII, do CDC - Ausência de esclarecimentos da parte em torno do ocorrido - Ônus probatório que lhe incumbia, também a teor do disposto no art. 333, II, do CPC - Inexigibilidade do débito corretamente reconhecida. Apelo da ré desprovido.

VOTO

VOTO DO RELATOR

Cuida-se de recurso de apelação interposto nos autos de ação declaratória com pleito de tutela antecipada, fundada em contrato de prestação de serviços de fornecimento de energia elétrica, movida por Sebastião Cândido da Silva em face de "Companhia Paulista de Força e Luz - CPFL", onde proferida sentença que julgou procedente a pretensão deduzida para declarar inexigível o débito de R$ 2.472,89, bem como condenar a requerida ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados, por equidade, em R$ 800,00 - fls. 159/161.

Aduz a empresa ré que a sentença merece integral reforma sob alegação, em apertada síntese, de que durante inspeção realizada no equipamento de medição instalado na unidade consumidora da autora foram constatadas as avarias mencionadas no Termo de Ocorrência de Irregularidade juntado aos autos, documento que goza de fé pública, e o que pretendeu foi cobrar administrativamente os valores referentes à diferença tarifária de energia elétrica consumida e não paga, certo que agiu acobertada por lei, que lhe conferem o poder-dever de suspender o fornecimento do produto nas hipóteses de fraude ou inadimplemento por conta do usuário - fls. 164/188.

Contrarrazões às fls. 260/287, ao que vieram os autos conclusos a este relator.

É o relatório.

O apelo não comporta acolhimento.

Demanda ajuizada à argumentação de que prepostos da ré procederam à inspeção no relógio medidor de energia elétrica instalado no imóvel do autor e, com base no Termo de Ocorrência e Inspeção que se vê às fls. 111/112, ao argumento de que o equipamento havia sido manipulado, efetuou cálculos e passou a cobrar administrativamente o valor apurado de R$ 2.472,89, sob pena de imediata suspensão no fornecimento do produto, o que obrigou o consumidor a se socorrer da via judicial para obter tutela antecipada e garantir a continuidade dos serviços.

A medida liminar restou deferida às fls. 50/51.

A empresa ré, como agora faz em grau de recurso, ao contestar o feito se restringiu a defender de maneira genérica a legalidade de sua conduta, mediante

Acesso ao Sumário

arguições de que comprovadas as avarias perpetradas no relógio medidor simplesmente pela existência do Termo de Ocorrência e Inspeção, o qual, segundo afirma, guarda presunção de veracidade eis que encontra previsão na legislação que regula o setor energético.

Diante de tudo, tenho que foi dado correto solucionamento à lide, porquanto não carreada demonstração técnica, sob o crivo da ampla defesa e do contraditório, a atestar que o relógio medidor não estava registrando o efetivo consumo de energia elétrica no imóvel do autor, ônus que incumbia à requerida a teor do disposto no art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, assim como no art. 333, inciso II, do Código de Processo Civil.

Também não consta dos autos histórico de consumo a indicar que ocorreu significativa elevação dos gastos do recorrido após a suposta regularização do relógio medidor, fato que poderia ser facilmente demonstrado pela recorrente.

Por derradeiro, nota-se que o débito objeto de discussão, ao que consta, é o único existente, o que também não justifica a interrupção da prestação do serviço público.

Nesse sentido:

"***É defeso à concessionária interromper o fornecimento, no escopo de compelir o consumidor ao pagamento da tarifa em atraso (pretérita). O exercício arbitrário das próprias razões não pode substituir a ação de cobrança.*" (STJ - REsp 223.778-RJ - 1ª Turma - Relator Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS - DJU 13.03.00)**

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0042681-25.2012.8.26.0564, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que são apelantes EMANUELY ISIDIO DE SOUZA LIMA (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)) e PIETRO ISIDIO DE SOUZA LIMA (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)), são apelados DANONE LTDA. e SUPERMERCADO BEM BARATO DIADEMA LTDA.

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 32.705)**

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

Acesso ao Sumário

São Paulo, 10 de dezembro de 2015.
RUY COPPOLA, Relator

Ementa: Indenização. Danos morais. Aplicação da pena de confissão à corré Danone ante a sua ausência na audiência. Inadmissibilidade. Necessidade de intimação pessoal. Exegese do artigo 343, § 1º do Código de Processo Civil. Representante legal dos autores que adquiriu iogurte fabricado pela ré Danone Ltda. e comprado no estabelecimento do réu Supermercado Bem Barato Diadema Ltda. Produto servido aos filhos menores que, em consequência, precisaram de atendimento médico em razão de intoxicação intestinal. Documentação apresentada pelos autores que não é suficiente para se reconhecer a verossimilhança de suas alegações, uma vez que a perícia no alimento foi realizada aproximadamente um mês após sua ingestão. Laudo judicial que atesta não haver elementos suficientes para estabelecer o nexo de causalidade do dano sofrido pelos autores com o alimento ingerido. Dano moral. Inocorrência. Ausência de comprovação do nexo causal entre o dano e a conduta dos réus. Sentença mantida. Recurso improvido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de ação de indenização por danos morais, ajuizada por Emanuely Isidio de Souza Lima e outro em face Danone Ltda. e Supermercado Bem Barato Diadema, que a respeitável sentença de fls. 225/226, cujo relatório se adota, julgou improcedente.

Apela a autora (fls. 243/253) pleiteando, em suma, a aplicação da pena de confissão à corré Danone Ltda. ante a sua ausência na audiência. Também alega que restou evidenciado o nexo de causalidade, pois o laudo que juntou ao processo atestou que o produto estava estragado.

Recurso tempestivo, isento de preparo.

Contrarrazões da fls. 258/268.

É o Relatório.

Não merece reforma a respeitável sentença proferida pelo juízo *a quo*.

Acesso ao Sumário

Os autores narram em sua petição inicial que em 11.02.2012 adquiriram no estabelecimento do corréu Supermercado Bem Barato Diadema Ltda., 2 unidades de iogurte fabricados pela outra corré.

Após a ingestão do alimento os autores passaram mal, tendo, inclusive, que ser submetidos a tratamento médico em hospital, onde foi informado que se tratava de uma intoxicação alimentar.

Posteriormente, foi lavrado boletim de ocorrência junto ao 1º Distrito Policial de São Bernardo do Campo.

A autoridade policial recolheu as embalagens dos iogurtes consumidos e as encaminhou ao Instituto de Criminalística do Estado de São Paulo.

O laudo pericial afirmou que o produto apresentava- se impróprio para o consumo.

Em razão disso, os autores ajuizaram a presente ação, objetivando a reparação do abalo emocional sofrido.

O magistrado de primeiro grau houve por bem em julgar a ação improcedente.

A parte autora pleiteia pela aplicação da pena de confissão à corré Danone ante a sua ausência na audiência, fundamentando sua alegação no disposto no artigo 343, § 1º do Código de Processo Civil.

Entretanto, referido dispositivo deixa claro que tal pena só será aplicada nos casos em que haja pedido de depoimento pessoal da outra parte, que deve ser intimada pessoalmente. Confira- se:

"Art. 343. Quando o juiz não o determinar de ofício, compete a cada parte requerer o depoimento pessoal da outra, a fim de interrogá-la na audiência de instrução e julgamento.

§ 1º A parte será intimada pessoalmente, constando do mandado que se presumirão confessados os fatos contra ela alegados, caso não compareça ou, comparecendo, se recuse a depor."

Conforme se verifica a fls. 216/217, a parte autora não requereu a oitiva do depoimento pessoal da corré Danone Ltda., de modo que não há que se falar na aplicação da pena de confissão em virtude de sua ausência na audiência, como preleciona referido diploma legal.

Ademais, conforme já ressaltado, o parágrafo primeiro deste mesmo dispositivo determina que a parte deve ser intimada pessoalmente para que a pena de confissão seja aplicada.

Extrai-se dos autos que a intimação da corré foi feita pelo Diário de Justiça Eletrônico - fls. 223, e não pessoalmente como determina o comando legal.

Assim, não havendo intimação pessoal da empresa para comparecimento na audiência, não há que se falar na aplicação da pena de confissão à corré

Acesso ao Sumário

Danone Ltda.

Neste sentido escorreitamente decidiu o magistrado na sentença:

"Sobre a prova, destaque-se que a penalidade de confesso não deve ser aplicada a ré Danone, pois ausente prévia intimação na forma do art. 343, § 1º do CPC." (fls. 226).

Além disso, a parte autora sustenta que restou evidenciado o nexo de causalidade porque o laudo juntado por ela aos autos confirmou que o iogurte estava estragado.

De fato, referido laudo atesta que o produto não estava apto ao consumo, como se vê a fls. 34:

"Trata-se de uma embalagem plástica, com capacidade de 180 g, de fundo branco, com fantasia nas cores vermelha, rosa, verde, azul, com estampo da marca 'Paulista', amassada, aberta, vazia, com vestígios do produto no seu interior de coloração amarela, apresentando odor fétido semelhante ao de substância estragada."

Ressalte-se, todavia, que conforme explanado pela parte autora, a ingestão dos iogurtes se deu na data de 11.02.2012; já o laudo acima transcrito data de 09.03.2012.

Tem-se, pois, que o exame pericial se deu aproximadamente um mês após o consumo.

É evidente que o produto, aberto há vários dias, estaria estragado.

Insta consignar que na própria embalagem do produto continha a informação "validade: 15/03/12, após aberto consumo imediato".

Deste modo, entendo que o laudo de fls. 34 trazido pela parte apelante não é suficiente para provar o estado do produto no momento de seu consumo.

Outrossim, a perícia judicial realizada (fls. 190/194) concluiu que:

"Não há elementos para estabelecer nexo de causalidade com o alimento ingerido. O exame na substância foi realizado em 09/03, quase um mês após o incidente." (fls. 193).

Assim, entendo que não restou evidenciado o nexo de causalidade para o reconhecimento da responsabilidade das rés.

Ainda, a própria representante legal dos autores afirmou que eles ingeriram outros alimentos na mesma data que poderiam ter dado causa à infecção intestinal.

Não foi comprovado, assim, que a ingestão dos iogurtes tenha sido a causa dos males físicos experimentados pelos autores.

Neste diapasão foi o entendimento do Ministério Público:

"Ponto e destaco dos autos uma descrição do produto realizada muitos anos depois do consumo e um laudo técnico inconclusivo realizado dois anos

Acesso ao Sumário

após os fatos. Como se sabe, este tema a responsabilidade da cadeia de fornecedores é objetiva, pouco importando a existência ou não de culpa. Resta ao autor, portanto, provar o nexo de causalidade. No caso em exame a prova técnica é imprestável para tal fim. A genitora dos consumidores finais informou que eles ingeriram outros alimentos na ocasião. Assim, mesmo considerando a possibilidade de inversão do ônus da prova, as assertivas escritas na inicial não contam com a verossimilhança necessária para tanto." (fls. 225).

Um dos pressupostos da responsabilidade civil é a existência de um nexo causal entre o fato ilícito e o dano produzido. Sem essa relação de causalidade não se admite a obrigação de indenizar. O art. 186 do Código Civil de 2002, a exige expressamente, ao atribuir a obrigação de reparar o dano àquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem. O dano só pode gerar responsabilidade quando for possível estabelecer um nexo causal entre ele e o seu autor.

Ensina a doutrina que são três as principais teorias formuladas a respeito dessa questão: a da equivalência das condições, a da causalidade adequada, e a que exige que o dano seja consequência imediata do fato que o produziu.

Vejamos o que ensina Carlos Roberto Gonçalves sobre esse tema:

"Pela teoria da equivalência das condições, toda e qualquer circunstância que haja concorrido para produzir o dano é considerada como causa. A sua equivalência resulta de que, suprimida uma delas, o dano não se verificaria. O ato do autor do dano era condição sine qua non para que este se verificasse. Por isso, chama-se esta teoria da equivalência das condições ou da condição "sine qua non".

Tal teoria, entretanto, pode conduzir a resultados absurdos dentro do direito.

.....

A segunda teoria, da causalidade adequada, somente considera como causadora do dano condição por si só apta a produzi-lo. Ocorrendo certo dano, temos de concluir que o fato que o originou era capaz de lhe dar causa. Se tal relação de causa e efeito existe sempre em casos dessa natureza, diz-se que a causa era adequada a produzir o efeito. Se existiu, no caso em apreciação somente por força de uma circunstância acidental, diz-se que a causa não era adequada.

.....

A terceira teoria, a dos chamados danos diretos e imediatos, nada mais é do que um amálgama das anteriores, com certa amenização no que tange às extremas consequências a que se pudesse chegar na aplicação prática de tais teorias." (*in* Responsabilidade Civil, Ed. Saraiva, 2003, pág. 521/522) (grifei).

Para essa teoria deve haver, entre a conduta e o dano, uma relação de causa e efeito direta e imediata. É indenizável todo dano que se filia a uma causa, desde que ela lhe seja causa necessária, por não existir outra que explique

Acesso ao Sumário

o mesmo dano.

Quer a lei que o dano seja o efeito direto e imediato da inexecução.

De todas as teorias sobre o nexo causal, o nosso Código adotou, indiscutivelmente, a do dano direto e imediato, como está expresso no art. 403 do CC/2002. Dispõe, com efeito, o mencionado dispositivo legal: "Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual".

Deste modo, a reparação pelo dano moral foi bem negada pelo culto Juiz, na medida em que não se observa o nexo de causalidade entre o evento danoso e a conduta dos réus.

Neste sentido já julgou este Egrégio Tribunal de Justiça:

"RESPONSABILIDADE CIVIL - Danos materiais e morais - Alegação de que a ingestão de alimentos supostamente impróprios para o consumo, comercializados pela corré Arcos Dourados (nome fantasia 'Mc Donald's') em loja situada dentro do estabelecimento da corré Lar's (parque de diversões 'O Mundo da Xuxa') acarretou quadro de intoxicação alimentar, com consequente mal-estar físico e danos morais - **Não comprovação de que os problemas de saúde tenham sido decorrentes da ingestão dos referidos alimentos, tampouco que estes estivessem, de fato, contaminados** - Impossibilidade de inversão do ônus da prova - Indenizações indevidas - Sentença mantida - Recurso desprovido." (**Relator: Rui Cascaldi; Comarca: Santo André; Órgão julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 19/05/2015; Apelação nº 0047416-68.2011.8.26.0554 - destaquei**).

Com efeito, não convencendo as alegações dos autores, de rigor o improvimento do recurso, preservando-se integralmente a r. sentença de primeiro grau por seus bens lançados fundamentos.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos destes autos de Apelação nº 1009508-88.2014.8.26.0348, da Comarca Mauá, em que é apelante/apelada CHRISTIANE SCARAMBONE DE OLIVEIRA, é apelado FUNDO DE INVESTIMENTO EM DIREITOS CREDITÓRIOS NÃO PADRONIZADOS NPL 1 e Apelado/Apelante BANCO SANTANDER (BRASIL) S/A.

ACORDAM, em 37ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram do recurso do

Acesso ao Sumário

Banco Santander e deram parcial provimento ao recurso da Autora. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14.153)**

O julgamento teve a participação do Exmos. Desembargadores PEDRO KODAMA (Presidente sem voto), SERGIO GOMES e JOSÉ TARCISO BERALDO.

São Paulo, 15 de dezembro de 2015.

JOÃO PAZINE NETO, Relator

Ementa: Reparação por danos morais. Alegada cobrança abusiva mediante utilização de *e-mail* corporativo, mesmo após a solicitação da devedora para que o mesmo não fosse utilizado. Apelo ofertado pelo Banco Santander que não pode ser conhecido, por inobservância da exigência contida no artigo 514, inciso II, do Código de Processo Civil. Matéria deduzida no recurso que não condiz com o tema debatido nos autos. Dano moral arbitrado em R$ 6.000,00 que obedeceu aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Sucumbência estabelecida como de responsabilidade dos Réus, arbitrada verba honorária em 20% sobre o valor da condenação corrigida. Condenação das Rés, por dano moral, em valor inferior ao postulado na inicial, não implica sucumbência da Autora (Súmula 326 STJ). Sentença reformada nessa parte. Recurso do Banco Santander não conhecido, provido em parte o recurso da Autora.

VOTO

Trata-se de ação de reparação por danos morais, julgada procedente em parte pela r. sentença de págs. 159/162, cujo relatório adoto, para condenar solidariamente os Réus ao pagamento de indenização por danos morais no importe de R$ 6.000,00, corrigido monetariamente do arbitramento (Súmula 362 do STJ), acrescido de juros de mora de 1% ao mês a contar da sentença. Em face da sucumbência experimentada em grau maior, condenou a Autora ao pagamento das custas processuais e verba honorária arbitrada em 20% sobre o valor atualizado da condenação.

Apelam o Réu Banco Santander (Brasil) S/A e a Autora.

O Réu Banco Santander (Brasil) S/A (págs. 165/184) com alegação, em síntese, que nunca agiu de forma desabonadora, que deliberadamente trouxesse prejuízos à Autora. A situação narrada poderia ter sido rapidamente resolvida pela

Acesso ao Sumário

via administrativa, sem a necessidade de se congestionar o Judiciário, que já se encontra abarrotado de processos. O caso narrado configura mero aborrecimento e não se pode falar em danos morais a serem pagos. Em virtude da reconhecida falta de pagamento de dívida, o instrumento de protesto foi regularmente lavrado. Em razão da ausência de pagamento, cedeu os créditos para o fundo Recovery do Brasil. Conforme pesquisa realizada, a Autora não possui apontamentos nos serviços de proteção ao crédito. Quanto à permanência do registro de protesto, não tem razão a Autora, pois deu causa ao protesto e compete a ela proceder à baixa do gravame. O documento de fls. 39/30 comprova celebração de acordo entre as partes, nos autos de ação de busca e apreensão de veículo. Agiu de boa-fé. Inaplicável a inversão do ônus da prova. Alega a cessão de crédito. A irresignação da Autora reside em alegados transtornos em decorrência da diminuição de seu limite. Trata-se de mero aborrecimento. Postula a redução do valor indenizatório arbitrado, para a hipótese de manutenção do julgado.

A Autora (págs. 188/193) com alegação, em síntese, que a fixação monocrática do valor indenizatório em R$ 6.000,00 não atende aos auspícios judiciais que norteiam a questão. Deve-se dar conta de que para uma instituição bancária e sua parceira de cobrança, no caso, a quantia fixada não terá o menor impacto. Sugere majoração do valor arbitrado para R$ 14.480,00. A sucumbência deverá atingir somente os Réus.

Preparo anotado em relação ao recurso do Réu (págs. 185/186) e dispensado o preparo em relação ao recurso da Autora, por ser beneficiária da Justiça gratuita (pág. 31). Os recursos foram recebidos e processados (pág. 195), com oferta de contrarrazões (págs. 197/203, 204/208 e 209/214).

É o relatório.

É ação de reparação por danos morais na qual argumenta a Autora que assumiu dívida decorrente de contrato de cartão de crédito, junto ao banco Santander e de tal pendência tem ciência, como também jamais se negou em pagá-la. Nesse passo, o Réu Santander passou a cobrá-la, mas não o fez pessoalmente, tendo transferido a dívida para o segundo Réu (Recovery). A cobrança passou a ser operacionalizada pelo segundo Réu. Entretanto, inobstante o direito inabalável do segundo Réu em cobrar a dívida, executou suas funções de forma abusiva, vez que passou a enviar *e-mails* de cobrança ao *e-mail* da empresa em que trabalha. Esse *e-mail* corporativo é institucional, utilizado por todos os funcionários da empresa. Após receber o *e-mail*, solicitou ao segundo Réu que não se utilizasse mais desta via para não prejudicá-la, o que foi ignorado, mesmo após a demissão da Autora em 08/9/2014.

Assim apresentada a ação, verifico que o recurso ofertado pelo Banco Santander (Brasil) S/A não pode ser conhecido.

O Apelante Banco Santander (Brasil) S/A não observou a exigência

Acesso ao Sumário

contida no artigo 514, inciso II, do Código de Processo Civil, ou seja, não atacou os fundamentos da sentença.

Versam os autos ação de reparação de danos com fundamento em cobrança abusiva, que ocorreu mediante a utilização de *e-mail* corporativo, ao qual solicitou a Autora que não fosse mais utilizado, sem que fosse atendida, tanto que enviado novo *e-mail* mesmo após sua demissão, que ocorreu em 08/9/2014 (págs. 20/21).

O Apelante, no entanto, expôs argumentos que em nada se referem ao discutido nos autos. Argumenta que em virtude da reconhecida falta de pagamento de dívida, o instrumento de protesto foi regularmente lavrado. Em razão da ausência de pagamento, cedeu os créditos para o fundo Recovery do Brasil. Também sustenta a celebração de acordo em ação de busca e apreensão, quando então entregou termo à Autora para levantamento do protesto realizado.

Como se verifica, o recurso interposto em nada condiz com a matéria discutida nos autos.

A admissibilidade da apelação está subordinada à demonstração clara dos pressupostos segundo os quais mereceria o caso concreto uma nova decisão.

Estes os parâmetros nos quais se baliza o art. 514 do Código de Processo Civil. Fora disso, não há apelação que possa ser conhecida. Destaco a anotação de NELSON NERY JUNIOR: "*Fundamentação. O apelante deve dar as razões, de fato e de direito, pelas quais entende deva ser anulada ou reformada a sentença recorrida. Sem as razões do inconformismo, o recurso não pode ser conhecido*" (Código de processo civil comentado e legislação extravagante, 10ª edição, Revista dos Tribunais, 2007, pág. 853).

Foi certamente para evitar irresignações desarrazoadas que o extinto Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo editou a Súmula nº 04, assim redigida: "*Não se conhece de apelação quando não é feita a exposição do fato e do direito e das razões do pedido de nova decisão*".

As razões deduzidas pelo Apelante Banco Santander (Brasil) S/A em nada se amoldam ao caso e parecem mesmo terem sido direcionadas a outra ação que não a destes autos e não podem ser aqui conhecidas.

Quanto ao recurso ofertado pela Autora, comporta acolhimento em parte.

A indenização por dano moral deve ser fixada mediante prudente arbítrio do Juiz, de acordo com o princípio da razoabilidade, observados a finalidade compensatória, a extensão do dano experimentado, bem como o grau de culpa. Referida indenização pretende compensar a dor do lesado e constitui um exemplo didático para a sociedade de que o Direito repugna a conduta violadora, porque é incumbência do Estado defender e resguardar a dignidade humana. Ao mesmo tempo, objetiva sancionar o lesante, inibindo-o em relação a novas condutas, e por isso, deve corresponder a um valor de desestímulo, que não pode

Acesso ao Sumário

ensejar enriquecimento sem causa, nem pode ser ínfimo, a ponto de não coibir a reincidência em conduta negligente.

Ademais, já se decidiu que "*O juiz deve ser a um só tempo razoável e severo, pois só assim atenderá a finalidade de compensar e dar satisfação ao lesado e de desincentivar a reincidência. A indenização deve ser razoavelmente expressiva, sem que seja fonte de enriquecimento*" (Apelação Cível 253.723-1, Des. José Osório, JTJ-Lex 199/59).

Neste ponto, importante o esclarecimento de SÉRGIO CAVALIERI FILHO: "*Na fixação do quantum debeatur da indenização, mormente tratando-se de lucro cessante e dano moral, deve o juiz ter em mente o princípio de que o dano não pode ser fonte de lucro. A indenização, não há dúvida, deve ser suficiente para reparar o dano, o mais completamente possível, e nada mais. Qualquer quantia a maior importará enriquecimento sem causa, ensejador de novo dano*" (Programa de Responsabilidade Civil, Malheiros, 2003, 5ª ed., pág. 108).

Esses princípios foram observados pela fixação realizada, em razão do que nada deve ser alterado a respeito.

Quanto as verbas da sucumbência, ressalvado o douto entendimento do Juiz prolator da r. sentença, o recurso comporta acolhimento.

A Autora postulou na inicial indenização por danos morais, quando sugeriu arbitramento mínimo em 20 salários mínimos. Foi reconhecido o dano moral, contudo fixado o valor indenizatória em R$ 6.000,00, inferior ao sugerido. Contudo, essa circunstância não caracteriza que a Autora sucumbiu em maior extensão, aplicável ao o enunciado da Súmula 326 do STJ, que enuncia: "*Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca.*" Ora, se é entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça, que condenação em monte inferior ao pretendido na inicial não implica em sucumbência recíproca, com maior razão também não implica em sucumbência em maior grau da demandante.

Assim considerado, os Réus responderão pelo pagamento das custas, despesas processuais e verba honorária arbitrada em 20% sobre o valor da condenação, nos termos do § 3º do artigo 20 do Código de Processo Civil, corrigida.

Diante do exposto, não conheço do recurso ofertado pelo Banco Santander (Brasil) S/A e dou provimento em parte ao recurso da Autora.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1054220-97.2015.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante OPINIÃO S/A, é apelado VIRGOLINO DE ALMEIDA MOTA.

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 20.991)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores ANTONIO RIGOLIN (Presidente sem voto), CARLOS NUNES e PAULO AYROSA.

São Paulo, 15 de dezembro de 2015.

ADILSON DE ARAUJO, Relator

Ementa: APELAÇÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BEM IMÓVEL. AÇÃO CAUTELAR. CELEBRAÇÃO DE CONTRATO PRINCIPAL, MAS O PACTO ACESSÓRIO PREVIU O OFERECIMENTO DE IMÓVEL DO AUTOR EM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. NÃO PAGAMENTO DA DÍVIDA. MORA. COMPROVAÇÃO. CONSOLIDAÇÃO DA PROPRIEDADE À RÉ. PRETENSÃO FORMULADA PELO AUTOR PARA SUSPENDER OS EFEITOS DESTE ATO EFETIVADO NA MATRÍCULA DO IMÓVEL. ILEGITIMIDADE PASSIVA ACOLHIDA. INTELIGÊNCIA DO ART. 267, VI, DO CPC. ALIENAÇÃO DA PROPRIEDADE A TERCEIROS. IMPOSSIBILIDADE DE CUMPRIMENTO DO COMANDO DA SENTENÇA. IMÓVEL REGISTRADO EM NOME DE COMPRADORES QUE NÃO FAZEM PARTE DESTA LIDE. RECURSO PROVIDO. Exsurge dos autos que a propriedade descrita na petição inicial acabou sendo alienada a terceiros interessados em decorrência do descumprimento da obrigação principal oriundo do pacto ajustado entre o autor e a ré. Cumpre examinar que o autor deixou de saldar no todo a dívida reclamada e, constituído em mora, foi consolidada a propriedade do imóvel oferecido em garantia no pacto

Acesso ao Sumário

acessório em nome da ré nos termos do art. 27, §§ 4º, 5º e 6º da Lei nº 9.514/97. Em sequência, a ré alienou o imóvel ao casal Luiz Alfredo Bensi e Aparecida Inacia Martins Bensi pelo preço de R$ 500.000,00, consoante lavratura do registro 23 ocorrido em 13/02/2015. Assim, o comando da sentença não poderá atingir sua finalidade de suspender efetivamente a consolidação da propriedade em nome da ré em razão deste negócio porque, como se nota, os compradores citados sequer são partes neste processo e, por isso, a decisão judicial proferida não poderá atingir este ato.

VOTO

VIRGOLINO DE ALMEIDA MOTA ajuizou ação cautelar em face de **OPINIÃO S/A**.

Por r. sentença de fls. 312/313, declarada à fl. 372, cujo relatório fica adotado, julgou-se procedente a ação para suspender os efeitos da consolidação da propriedade efetivada na matrícula imobiliária nº 3364 do 2º Oficial de Registro de Imóveis da Capital, até a apuração das contas em ação de prestação de contas existentes entre as partes. Pela sucumbência, a ré foi condenada ao pagamento das despesas processuais e honorários de advogado fixados em R$ 1.000,00.

Inconformada, a ré interpôs recurso de apelação. Em resumo, alega ser parte ilegítima para ocupar o polo passivo, porque o imóvel pertence a Luiz Alfredo Bensi desde fevereiro de 2015, o que impede o cumprimento da suspensão dos efeitos da determinação judicial. Aduz estar configurada a litispendência entre a presente ação e a prestação de contas nº 1010836-84.2015.8.26.0100, referente a contrato de fomento mercantil garantido por instrumento público de alienação fiduciária, distribuída nesta Corte a 38ª Câmara de Direito Privado, ao eminente Relator Des. EDUARDO SIQUEIRA, não havendo qualquer dúvida sobre a identidade de parte e causa de pedir. Destaca trecho do mencionado processo em que nesta demanda também é reproduzido inclusive quanto ao pedido de suspensão dos efeitos da consolidação da propriedade efetivada na matrícula nº 3.364 perante o 2º Oficial de Registro de Imóveis da Capital. Trouxe artigo doutrinário e jurisprudência para embasar sua pretensão. Pede seja decretada a extinção deste processo, nos termos do art. 267, V, c.c. § 3º, do CPC. Assevera que a execução fiduciária do imóvel ocorreu de forma regular e o recorrido tinha ciência de que sua propriedade estava em vias de ser expropriada, pois distribuiu duas ações visando impedir o cumprimento dos atos executórios. Ratifica a questão da litispendência, mas submete sua defesa para argumentar que a

Acesso ao Sumário

sentença é contraditória, porque não se trata de objeto diverso, o que discorda. Pede a nulidade da sentença, porque, suspender os efeitos da consolidação da propriedade, implica anular a averbação realizada pela serventia extrajudicial, hipótese vedada em sede cautelar. Aduz que a empresa DORANA descumpriu o contrato de fomento mercantil, não honrando as obrigações assumidas, cujo bem imóvel dado em garantia é a única forma de satisfação da recorrente, alertando que o recorrido não é encontrado e furta-se de tal responsabilidade. Alude que referida empresa fotográfica responde a inúmeros processos e sua dívida é considerada bastante elevada. Defende a consolidação da propriedade que perseguiu rigorosamente nos termos da Lei nº 9.514/97 (fls. 379/398).

Preparado, o recurso foi recebido no efeito devolutivo, tendo o autor apresentado contrarrazões (fls. 399/400 402 e 404/410).

É o relatório.

Pretensão ajuizada pelo autor em face da ré pleiteando a suspensão dos efeitos da consolidação da propriedade efetivada na matrícula imobiliária nº 3364, averbada pelo 2º Oficial de Registro de Imóveis da Capital.

Isso decorre porque o recorrido, na qualidade de fiduciante, e alegando ser ex-sócio da empresa DORANA FORTE REAL FORMATURAS (interveniente devedora), ofereceu em garantia fiduciária bem imóvel em contrato de fomento à produção celebrado em 28/10/2010 com a recorrente, ora denominada credora fiduciária (fls. 12/23 e 360/361).

Tal contrato tinha por objeto viabilizar o processo produtivo da DORAVANTE (contratante) na aquisição de matéria-prima, custeio de insumos, pagamentos de salários, impostos, despesas administrativas, despesas de produção, entre outras atividades inerentes à atividade empresarial; após a aprovação pela recorrente, os adiantamentos dos recursos mencionados seriam liberados conforme as instruções da contratante por meio de correspondências com especificação de valor e prazo de pagamento, fazendo parte integrante do instrumento particular anuído entre as partes. As quantias liberadas pela recorrente deveriam ser restituídas integralmente pela contratante pelo envio de duplicatas devidamente endossadas em favor da recorrente.

Acesso ao Sumário

Todavia, segundo a petição inicial, após a lavratura do referido contrato, o recorrido desligou-se da sociedade empresária, mas foi surpreendido com a notícia de que, em função do inadimplemento contratual já citado, o imóvel oferecido em garantia seria definitivamente transferido pelo procedimento de consolidação da propriedade fiduciária à recorrente.

Para tanto, alegou nunca ter recebido qualquer intimação, duvidoso o valor do débito e quantia recebida pela recorrente pertinente ao contrato de fomento, propôs ação de prestação de contas, que recebeu julgamento de procedência no primeiro grau, mas aguarda decisão nesta Corte junto a 38ª

Câmara de Direito Privado, Relatoria do E. Des. EDUARDO SIQUEIRA (cfr. Processo nº 1010836-84.2015.8.26.0100).

Apresentados estes fatos para compreensão da demanda, não há dúvida a respeito da eficácia jurídica estampada na alienação fiduciária em garantia celebrada entre as partes litigantes por meio do contrato acessório.

Adverte-se que tal instrumento passou a existir em função do registro feito na matrícula imobiliária em que o recorrido-fiduciante transferiu a posse indireta do imóvel, em alienação fiduciária, à recorrente-fiduciária (fls. 360).

No entanto, exsurge dos autos que a propriedade descrita na petição inicial acabou sendo alienada a terceiro interessado em decorrência do descumprimento da obrigação principal.

Cumpre examinar que o recorrido nos termos da averbação 21, deixou de saldar no todo a dívida reclamada, e constituído em mora, foi consolidada a propriedade do imóvel em nome da recorrente nos termos do art. 27, §§ 4º, 5º e 6º da Lei nº 9.514/97 (fl. 361/363).

Por conseguinte, em 25/02/2015, a recorrente alienou o imóvel ao casal Luiz Alfredo Bensi e Aparecida Inacia Martins Bensi, pelo preço de R$ 500.000,00, consoante lavratura do registro 23 ocorrido em 13/02/2015 (fl. 363).

Nesta hipótese, o comando da sentença não poderá atingir a sua finalidade de suspender efetivamente a consolidação da propriedade em nome da recorrente em razão deste negócio.

Como se nota, os terceiros compradores citados (LUIZ e APARECIDA) sequer são partes neste processo e, por isso, a decisão judicial proferida não poderá cumprir sua finalidade. Aliás, o Oficial de Registro de Imóveis fez esta anotação (fls. 345/346).

Poderá o apelado, então, se entender cabível, mover ação de indenização por perdas e danos em face da credora fiduciária, desde que comprove o direito alegado.

A questão, portanto, passa pela ilegitimidade passiva da recorrente e na ausência de uma das condições da ação composta dos requisitos de existência do direito da ação, é o caso de se reconhecer a extinção do processo, sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC.

Posto isso, por meu voto, **dou provimento ao recurso** interposto pela ré para, reconhecida a ilegitimidade passiva da ré, extinguir o processo, sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC. Pela sucumbência, o autor deverá suportar o pagamento de despesas processuais e honorários de advogado fixados no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), atualizáveis a partir da publicação do acórdão, por equidade (art. 20, § 4º, do CPC).

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002362-32.2011.8.26.0602, da Comarca de Sorocaba, em que é apelante MARCO ANTONIO CARRIEL, é apelado NILSON MARTIN DOMENES.

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 17.036)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FELIPE FERREIRA (Presidente sem voto), BONILHA FILHO e RENATO SARTORELLI.

São Paulo, 17 de dezembro de 2015.

ANTONIO NASCIMENTO, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - CONTRATO DE MANDATO - RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA - OBRIGAÇÃO DE MEIO - CULPA DO RÉU EVIDENCIADA. Mandato. Suficiência de prova do suposto ilícito contratual perpetrado pelo advogado contratado. Teoria da perda de uma chance. Indenização devida. Prescrição (C. Civil, art. 203, § 3º, V). Não ocorrência. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

A r. sentença de fls. 172/176 julgou **procedente a ação de indenização por danos materiais**, decorrente de contrato de mandato, proposta por **Nilson Martins Domenes** contra **Marco Antonio Carriel**, para condenar o réu ao pagamento da quantia de R$ 21.455,42, com correção monetária desde 11/02/2010, e acrescida de juros de mora de 1% ao mês, contados do ato ilícito (1º/03/2010). Condenado o requerido, também, ao pagamento das custas e despesas do processo, além de honorários advocatícios da parte adversa, estes fixados em 15% do valor da condenação.

Inconformado com o desfecho dado à demanda, o demandado interpôs, a fls. 190, recurso de apelação, arrazoando-o a fls. 191/195. Sustenta que a pretensão do autor se encontra-fulminada pela prescrição. Assevera que o decreto

de prescrição intercorrente da execução formulada em prol do apelado data de 2002, ao passo que a presente demanda reparatória apenas foi proposta no ano de 2011. Argumenta que o acionante tinha ciência da revogação do mandato a ele outorgado, mediante substabelecimento datado de 03/04/1998. Assinala que inexiste nos autos prova de sua conduta culposa, a dar azo à responsabilização civil.

Recurso recebido e bem processado. Contrarrazões a fls. 223/229.

É o relatório.

Trata-se de **ação de indenização por danos materiais** aforada por **Nilson Martins Domenes** contra **Marco Antonio Carriel**. Relata o demandante que, em 27/09/1991, contratou o réu para patrociná-lo em demanda visando à repetição de indébito contra a União Federal (fls. 103). O processo tramitou perante a 15ª Vara Federal de São Paulo, sob nº 91.0699833-0. Alega que, embora tenha obtido êxito na ação proposta, não lhe foi possível a satisfação do crédito, uma vez que houve o reconhecimento da prescrição intercorrente naqueles autos. Imputa a responsabilidade do ocorrido ao acionado, que, por desídia, não promoveu as diligências necessárias ao prosseguimento da demanda.

Ao prestar, definitivamente, a tutela jurisdicional nos autos, o MM. Juiz de Direito julgou o pedido inicial procedente, sob fundamento de que ficou caracterizada a responsabilidade do réu pelos danos experimentados pelo autor.

E é forçoso concluir que o provimento jurisdicional recorrido deu adequada solução à controvérsia.

Deve ser afastada, desde logo, a preliminar de mérito atinente à prescrição da pretensão do autor.

Nos termos do art. 206, § 3º, V, a ação de reparação civil prescreve em três anos. É certo que o marco inicial da pretensão reparatória deve ser o momento em que o acionante teve conhecimento efetivo da perda de seu direito, que, no presente caso, se deu com a intimação da decisão que decretou a prescrição intercorrente na demanda de repetição de indébito (19/04/2010, fls. 128). Assim, tendo sido proposta a demanda em 21/01/2011, é evidente que não se evidenciou o decurso do prazo trienal.

E, quanto ao mérito, não prospera a tese do apelante.

Não se olvida que a obrigação do advogado é considerada de meio, não de resultado; todavia, em sendo sua responsabilidade civil é subjetiva, isto é, dependente da comprovação da culpa do agente, é possível à vítima fazer prova dos fatos constitutivos de seu direito.

Implícita à avença está, portanto, a promessa do desempenho zeloso e ético do causídico, e não a garantia, a certeza da vitória. Assim, somente se ficar provado que o profissional do direito agiu culposamente, prestando, por via de consequência, um serviço de má qualidade, com resultados lesivos ao cliente,

Acesso ao Sumário

é que se poderia cogitar de indenização, o que, porém, não é o caso dos autos.

Carlos Roberto Gonçalves, replicando as lições de **Ernesto Lippmann**, ensina que:

> *"A responsabilidade civil do advogado significa que este deverá, se considerado culpado, arcar com aquilo que seria razoavelmente ganho na demanda, ou, ainda, com os prejuízos que, comprovadamente, a parte perdedora sofrer em função da má atuação profissional. E há outras perdas, pois ser vencido numa demanda, sem dúvida, se traduz naquele estado depressivo, o que leva a uma compensação em dinheiro pelo dano moral (A responsabilidade civil do advogado vista pelos tribunais, RT, 787:141)"*[1]

E assim continua o eminente Desembargador aposentado deste Tribunal de Justiça:

> *"Aspecto relevante no estudo da responsabilidade civil do advogado do advogado é o que diz respeito à sua desídia ou retardamento na propositura de uma ação judicial. Utiliza-se, nesses casos, a expressão 'perda de uma chance', simbolizando a perda, pela parte, da oportunidade de obter, no Judiciário, o reconhecimento e a satisfação integral ou completa de seus direitos.*
>
> *Segundo preleciona Ênio Zuliani (Responsabilidade civil do advogado, Seleções Jurídicas, Rio de Janeiro, COAD, out./nov. 2002, p. 8), o cliente 'não perde uma causa certa; perda um jogo sem que lhe permitisse disputá-lo, e essa incerteza cria um fato danoso. Portanto, na ação de responsabilidade ajuizada por esse prejuízo provado pelo profissional do direito, o juiz deverá, em caso de reconhecer que realmente ocorreu a perda dessa chance, criar um segundo raciocínio dentro da sentença condenatória, ou seja, auscultar a probabilidade ou o grau de perspectiva favorável dessa chance'."*[2]

Com efeito, os elementos dos autos evidenciaram o descuido do causídico com o processamento do feito que patrocinava. Consta que, por reiteradas vezes, o advogado deixou de se manifestar nos autos da execução, visando à satisfação do crédito do acionante, o que acabou por tolher seu direito, o qual, repisa-se, já se encontrava judicialmente reconhecido.

E nem se argumente com o substabelecimento do mandato a terceiro (fls. 103), porquanto a outorga foi dada com reservas de poderes, ou seja, não implicou a revogação, ou renúncia, daqueles outrora concedidos pelo mandante.

Dessa maneira, fica claro que a perda da chance do autor decorreu unicamente da desídia do advogado, de modo a tornar inafastável o dever de indenizar.

Acesso ao Sumário

1 GONÇALVES, Carlos Roberto. ***Responsabilidade civil***. 10ª Edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 2007, p. 429.

2 Ob. Cit., p. 429.

Anote-se, por fim, que não houve impugnação específica quanto ao montante indenizatório pleiteado pela parte autora - a teor do que dispõe o CPC, art. 302, 2ª parte - de sorte a serem reconhecidos por legítimos os valores apresentados pelo acionante.

Postas estas premissas, **nega-se provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0007896-76.2008.8.26.0564, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que são apelantes CONDOMÍNIO SWISS PARK e SWISS PARK INCORPORADORA LTDA., são apelados SHIGUEMI FUJISAKI e MARGARIDA MARTA BIRRER FUJISAKI.

ACORDAM, em 26ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.682)**

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

São Paulo, 17 de dezembro de 2015.

FELIPE FERREIRA, Relator

Ementa: CONDOMÍNIO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E DANOS MORAIS. 1. Comprovadas a conduta negligente da Incorporadora quando da construção da rede de captação de águas pluviais, de forma tecnicamente inadequada e imprópria à sua destinação, bem como a omissão do Condomínio que, alertado pelos autores, anos antes do sinistro, quanto a deficiência do sistema de captação de águas, permaneceu inerte, concorrendo culposamente no evento danoso, resta evidenciada a responsabilidade solidária das rés. 2. Na fixação da indenização pelo dano moral cabe ao juiz nortear-se pelo princípio da razoabilidade, estabelecendo-a em valor nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva. Sentença mantida. Recursos

Acesso ao Sumário

desprovidos.

VOTO

Trata-se de recursos de apelação contra respeitável sentença de fls. 1673/1682 que julgou procedente a ação principal para condenar as rés ao pagamento de: a) R$ 79.992,88 (sete e nove mil novecentos e noventa e dois reais e oitenta e oito centavos) a título de indenização pelos danos materiais sofridos, com atualização monetária pelos índices do TJ/SP, a partir de cada desembolso, acrescido de juros de mora de 1% ao mês, contados da citação; b) R$ 40.000,00 (quarenta mil reais) a título de indenização pelos danos morais, com atualização desde a prolação da sentença, pelos índices do TJ e juros legais de mora de 1% ao mês, aplicados da citação. Por conta da sucumbência, arcarão as requeridas com o pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 15% do valor da condenação. Julgou, ainda, parcialmente procedente a denunciação da lide para o fim de condenar a seguradora Allianz ao reembolso da importância desembolsada pelo Condomínio/réu para pagamento da indenização por danos materiais, observados os limites da apólice firmada entre as partes. Sem condenação ao pagamento de encargos sucumbenciais, devendo cada parte arcar com as respectivas custas, despesas processuais e verba honorária.

Interpostos embargos de declaração pelo Condomínio/réu (fls. 1691/1695), foram estes rejeitados pela decisão de fls. 1696/1698.

Pleiteia a apelante Swiss Park Incorporadora Ltda. a reforma do julgado alegando, preliminarmente, a prescrição da pretensão dos apelados. Sustenta que o artigo 206, § 3º, V, do Código Civil é claro ao dispor que o prazo para a propositura de ação visando a reparação civil é de três anos. Aduz os fatos narrados indicam que foram detectadas falhas na estrutura do condomínio no dia 08/09/2003, ou seja, a partir desta data os autores já tinham ciência da existência dos alegados vícios. Afirma que mesmo tomando-se por consideração que o prazo teria se iniciado a partir do término do prazo de garantia, a ação estaria prescrita, uma vez que a obra teve fim em 06/01/2005 o que impõe o prazo fatal de 06/01/2008 para o manejo da presente ação. No mérito, entende presentes as excludentes de responsabilidade do artigo 393, do Código Civil consubstanciada no caso fortuito e força maior. Argumenta que as chuvas que assolaram a cidade no dia dos fatos ultrapassaram a mais pessimista previsão metereológica. Destaca a responsabilidade assumida pelo Condomínio, eis que cabia a este administrar e zelar as áreas comuns do empreendimento, na medida em que as obras já haviam sido entregues, tendo a perícia constatado a falta de manutenção e adequada limpeza da rede, o que certamente prejudicou a captação e drenagem das águas. Finalmente, diverge da condenação imposta

Acesso ao Sumário

a título de danos morais, por não estar comprovada a existência de situação que enseje a sua reparação.

Recorre o Condomínio/réu com o objetivo de alterar o resultado do julgamento. Sustenta não ser o responsável pelos prejuízos sofridos pelos apelados conforme a prova testemunhal e laudo pericial produzidos. Afirma que não se trata de danos decorrentes de manutenção das áreas comuns, mas de falha no sistema de captação de águas, de responsabilidade da Incorporadora quando da implantação do empreendimento e posterior reparos executados. Discorre, igualmente, sobre a grande quantidade de chuvas no dia dos fatos, como causa excludente de sua responsabilidade. Discorda da condenação imposta a título de reparação por danos morais, ou, subsidiariamente a sua redução. Quanto à denunciação da lide, entende que esta deve ser julgada totalmente procedente, cabendo à seguradora arcar com a integralidade dos encargos sucumbenciais.

Apresentadas as contrarrazões pelos autores, subiram os autos a esta Corte de Justiça.

É o relatório.

Inicialmente, cumpre apreciar a preliminar de prescrição suscitada pela corré Swiss Park Incorporadora Ltda.

Neste ponto, andou bem o ilustre magistrado sentenciante ao decidir a questão nos seguintes termos:

> "*Não vinga a tese de prescrição apresentada pela Swiss Park Incorporadora LTDA.*
>
> *Com efeito, dispõe o art. 189 do Código Civil que 'Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206'. E, no caso, está demonstrado que os danos experimentados pelos autores originaram-se em fatos ocorridos no dia 25/11/2006 (fls. 96/99), marco inicial do cômputo do prazo prescricional, sendo a ação, onde demanda a pretensão indenizatória, ajuizada aos 28/02/2008 (fls. 02), antes, portanto, do esgotamento do prazo trienal (art. 206, § 3º, inc. V, do CC) ou, ainda, do prazo quinquenal e mais favorável, aplicável mormente em relação à ré Swiss Park Incorporadora Ltda., à luz do disposto no art. 27 do CDC*". (fls. 1677)

Assim, em que pese a irresignação da apelante incorporadora é certo que a contagem do prazo prescricional deve ter como início a data dos fatos, qual seja, 25/11/2006 e não o dia 08/09/2003, como quer a corré, pois até então os autores não tinham interesse jurídico em propor a presente demanda indenizatória.

Evidente, como bem observado no despacho saneador de fls. 805, que apenas com as fortes chuvas ocorridas nos meses de novembro e dezembro de 2006 é que surgiram os elementos para o ajuizamento ação reparatória, proposta dentro do prazo prescricional trienal.

Acesso ao Sumário

Superada a prejudicial, no mérito os recursos não merecem prosperar devendo ser mantida a r. sentença de primeiro grau, que com usual propriedade, decidiu a controvérsia nos seguintes termos:

"Em relação à matéria de fundo, conforme descrito e documentado na petição inicial, no dia 25/11/2006, forte chuva atingiu a área do empreendimento onde erigido o imóvel dos requerentes; esse foi invadido por águas pluviais, fato que lhes rendeu danos (fls. 96/99).

A prova pericial produzida no curso da fase instrutória deixa claro que no projeto inicial do empreendimento, pelo qual se responsabiliza Swiss Park Incorporadora LTDA. (fls. 611/617), não houve correto dimensionamento do mecanismo de captação de águas pluviais, fato que contribuiu diretamente para o alagamento do imóvel dos autores. Conforme concluiu o Jurisperito:

- Analisando o projeto original de Drenagem do Loteamento Swuiss Park, observamos que não foram projetadas bocas de lobo e tubulações coletoras para as águas pluviais na bacia de contribuição em frente ao imóvel dos requerentes;

- Diante da inexistência de previsão de bocas de lobo e tubulações coletoras para as águas pluviais na bacia de contribuição em frente ao imóvel, bem como ausência de projetos das intervenções realizadas, foi considerado para efeito de cálculo, a configuração original do sistema ilustrada no primeiro croqui apresentado pelos autores às fls. 51 dos autos;

- A condição original do sistema de drenagem, tanto a boca de lobo, como a tubulação, eram insuficientes para suportar a vazão de chuva para os períodos de retorno de 10 e 25 anos. (fls. 1398)

Ora, fosse o sistema de captação de águas pluviais dimensionado e construído com correção, não haveria alagamento algum. Tanto que, após os fatos, foram realizadas obras de ampliação do sistema de drenagem do condomínio, que não mais experimentou inundações como a descrita na petição inicial (fls. 1399). Swiss Park Incorporadora LTDA., nessa linha, porquanto o responsável pelo empreendimento, responde pela reparação dos danos experimentados pelos autores decorrentes do ingresso de águas pluviais na respectiva residência.

O mesmo se conclui em relação ao Condomínio Swiss Park.

Sua responsabilidade pela reparação dos danos experimentados pelos autores tem origem no dever de zelar pela manutenção das áreas comuns (TJ/SP, Ap. n. 0244792-42.2006.8.26.0000, rel. Des. Alexandre Lazzarini, 9ª Câmara de Direito Privado, j. 26/08/2014). E, na hipótese, desde meados do ano de 2003, foi alertado pelos requerentes a respeito da deficiência do sistema de captação de águas (fls. 53/54), mas nada

Acesso ao Sumário

providenciou.

Sobreleva anotar, nesse passo, que a responsabilidade das requeridas é solidária, consoante previsto no art. 942, caput, do CC: 'Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação'.

Não há, por outro lado, prova de fatos que possam infirmar ou diminuir essa responsabilidade. Perícia e testemunhas não dão arrimo às teses das requeridas.

Na prova pericial não foram verificados vícios na construção do imóvel dos autores.

Ao quesito n. 09 do Condomínio Swiss Park, foi respondido que 'Os danos causados ao imóvel não guardam relação com a estrutura da edificação dos autores' (fls. 1391).

Não houve demonstração de violação ao disposto nos art. 57, 58 e 59 da Convenção do Condomínio ou de relação de causa/efeito entre pretensa desobediência com os danos experimentados pelos requerentes.

Aos autores, portanto, não há de ser atribuída qualquer grau de culpa pelo evento danoso.

O fato descrito na inicial também não se amolda aos conceitos de caso fortuito ou força maior.

*O primeiro, representa fato ou ato estranho a vontade das partes. O segundo, melhor colocado para o caso dos autos, vincula-se com fenômenos naturais. São excludentes da responsabilidade. E, conforme explica Hamid Charaf Bdine Jr., 'A característica mais importante dessas de excludentes é a inevitabilidade, isto é, a impossibilidade de serem evitadas pelas forças humanas. Os requisitos para a configuração do caso fortuito ou da força maior são os seguintes: o fato deve ser necessário e não determinado por culpa do devedor; o fato deve ser superveniente e inevitável; o fato deve ser irresistível fato do alcance do poder humano' (*in *Código Civil Comentado, Doutrina e Jurisprudência, 1ª ed., 2007, pág. 282).*

Na hipótese tratada nos autos, contudo, não há que se falar em inevitabilidade.

A intensidade pluviométrica é previsível e pode ser mensurada. A partir dela, dimensiona-se o sistema de drenagem necessário para o eficaz escoamento das águas das chuvas. Na espécie, porém, esse dimensionamento não foi realizado com acuidade, conforme exposto no parecer técnico relativo ao sistema de drenagem de águas do Condomínio Swiss Park juntado às fls. 1402/1447, Anexo I do laudo pericial.

Acesso ao Sumário

Além disso, era das requeridas a prova de que, mesmo se adequadamente dimensionado, seria ineficaz o sistema de drenagem diante da anormal intensidade da chuva descrita na inicial. Mas desse ônus não se desincumbiram (art. 333, II, do CPC).

É inquestionável, portanto, a obrigação solidária de indenizar que recai sobre as requeridas." (fls. 1677/1680)

Em que pese as alegações das corrés, restou evidenciado nos autos a responsabilidade das demandadas pelos fatos descritos na inicial.

De fato, a residência dos autores foi inundada por água das chuvas devido à negligência das demandadas, restando claro que a falha no dimensionamento do projeto de captação de águas pluviais por parte da Incorporadora somada à ineficiência do serviço de manutenção prestado pelo Condomínio.

Além disso, o autor trouxe elementos nos autos que reforçam a tese defendida na exordial de que o Condomínio manteve-se inerte e não tomou as providências no sentido de solucionar os problemas que apontava no sistema de drenagem, antes mesmo dos fatídicos eventos.

Também não merece guarida a alegação de fato imprevisível.

Ora, apesar do volume de água das chuvas ter sido muito grande, não há se falar em imprevisibilidade, pois é sabido que durante o verão, época em que os fatos narrados nestes autos ocorreram, as tempestades são comuns, inexistindo qualquer anormalidade excepcional nos autos.

O quadro narrado pelas apelantes não descreve qualquer situação que possa ser enquadrada como excludente de responsabilidade. Não houve caso fortuito ou força maior, mas situação corriqueira e previsível que não elide a culpa pelo atraso na entrega do imóvel.

Na lição do eminente RUI STOCCO, in ("Tratado da Responsabilidade Civil", RT., 7ª ed. p. 1536), temos importante ensinamentos que valem a pena ser transcritos, veja-se:

"***O fortuito e a vis major (força maior) são eventos que só efetivamente excluem a obrigação de indenizar quando fique bem positivado que, para a concretização de tais eximentes, restasse excluída, de maneira cabal, a participação com culpa, ainda mínima, daqueles que costumeiramente as invocam, em face de um dado evento danoso.***

...

Entende Wilson Melo da Silva que 'se o estouro do pneu de um veículo pode, em princípio, para alguns, ser tido ou havido como algo materializador de um real evento fortuito, nem sempre, contudo, assim, verdadeiramente o seria, uma vez que, como causa próxima ou mesmo remota, de um tal evento, um mínimo de culpa pudesse vir a ser

imputado ao dono do veículo ou a preposto seu". (fls. 1536)

Pertinente, ainda, a lição do saudoso SILVIO RODRIGUES "in" (Direito Civil, volume 2, 5ª edição, Saraiva) que com usual proficiência ensina:

"***O caso fortuito ou de força maior - Da maneira como o Código define tais expressões, dando-lhes conceito único, se desume que as considera sinônimas. Com efeito, dispõe o parágrafo único do art. 1058*** (esclareço, com redação idêntica ao disposto no atual parágrafo único do artigo 393):

Parágrafo único. O caso fortuito, ou de força maior, verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

Tal concepção, aceita por muitos escritores do passado, foi reafirmada por ARNALDO MEDEIROS DA FONSECA.

Na opinião deste monografista, o caso fortuito ou de força maior contém dois elementos: a) um elemento subjetivo, representado pela ausência de culpa; b) um elemento objetivo, constituído pela inevitabilidade do evento.

a) A ausência de culpa é elementar na concepção do caso fortuito, porque desde que o comportamento do agente facilitou ou concorreu para a ocorrência do evento malsinado, não se pode falar em fortuito, mas se deve atribuir a tal comportamento a origem parcial ou total do fato lamentado.

b) A inevitabilidade do evento também compõe o conceito de fortuito, pois se o fato for resistível e o credor não o houver superado, tal se deve a sua imprevidência, imprudência, imperícia ou negligencia, isto é, a sua culpa.

O critério a ser adotado para medir a inevitabilidade do evento não é o puramente abstrato, ou seja, tendo em vista um homem médio, mas sim considerando-se também os elementos exteriores ao obrigado e ao seu raio de atividades econômicas, não desprezando a possível conduta de outros indivíduos, em condições análogas.

A imprevisibilidade do evento não constitui requisito do caso fortuito, pois, embora previsível o fato, não raro a vítima, não se pode furtar à ocorrência, nem lhe resistir aos efeitos.

A imprevisibilidade pode, contudo, intensificar o elemento irresistibilidade, pois, se o devedor não podia prever o acontecimento, mais difícil lhe seria resistir aos efeitos". (fls. 288/289)

Os danos materiais são inequívocos, conforme se verifica dos documentos trazidos pelos apelados e não infirmados pelas apelantes, não havendo qualquer valor fora da realidade.

Doutra parte, para a caracterização do dano moral, é bastante a demonstração dos transtornos sofridos pelos autores.

Acesso ao Sumário

Restou evidenciado que em virtude da negligência e omissão das rés, a residência dos apelados foi inundada, o que ocasionou a perda de objetos e os reflexos decorrentes na personalidade dos demandantes passiveis de reparação.

E por óbvio que os autores passaram por abalos que ultrapassam o mero dissabor, não havendo dúvidas sobre os danos morais sofridos.

Neste ponto, descabido o pedido de minoração da indenização pelos danos morais reconhecidos pelo juízo sentenciante e aqui confirmados, impondo-se a manutenção do valor fixado na sentença.

Na verdade, na fixação da indenização pelo dano moral, cabe ao juiz nortear-se pelo princípio da razoabilidade, para não aviltar a pureza essencial do sofrimento que é do espírito, evitando a insignificância que o recrudesce ou o excesso que poderia masoquisá-lo.

Assim levando-se em consideração as circunstâncias do caso concreto, com as repercussões pessoais e sociais, os inconvenientes naturais suportados pelos apelados e seu nível socioeconômico, o valor da indenização pelos danos morais fica mantido no montante definido pelo juízo de primeiro grau, pois suficiente para confortar o abalo indevidamente experimentado pelos autores e, ao mesmo tempo, desestimular a conduta das rés.

Ante o exposto, nos exatos termos supra, nega- se provimento aos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0020498-35.2008.8.26.0068, da Comarca de Barueri, em que é apelante A TELECOM S/A (ATUAL DENOMINAÇÃO), é apelado FARMÁCIA BUENOS AYRES LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 28ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, COM OBSERVAÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16.753)**

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

São Paulo, 14 de janeiro de 2016.

DIMAS RUBENS FONSECA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. Prestação de serviços de telefonia. Solicitação de transferência de endereço. Interrupção do serviço por quase trinta (30) dias que acarretou prejuízos à autora, conforme laudo pericial. Cálculo que deverá observar o lucro líquido e não o faturamento. Dano moral alegado por pessoa jurídica. Não demonstração da ofensa à sua honra objetiva que afasta a pretensão indenizatória. Sucumbência recíproca que autoriza a partição igualitária dos encargos processuais. Recurso parcialmente provido, com observação.

VOTO

Trata-se de apelação interposta por **A TELECOM S/A (ATUAL DENOMINAÇÃO) (TELEFÔNICA ASSIST S/A)** nos autos da ação de reparação de danos promovida por **FARMÁCIA BUENOS AYRES LTDA.**, cujo pedido foi julgado parcialmente procedente, para condenar a apelante a pagar à apelada indenização por danos materiais, consistente nos danos emergentes e lucros cessantes que sofreu no período de 17 de abril de 2006 a 13 de maio de 2006, cujos valores deverão ser apurados em liquidação de sentença, utilizando-se como parâmetro os valores apurados no laudo pericial, devidamente corrigido a partir da data da elaboração deste com juros legais de mora, contados da citação, além do pagamento de indenização por dano moral, no importe de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) (fls. 335/341).

Sustentou a apelante, em síntese, que a alegação da apelada, no sentido de que lhe fora prometida a mudança do sistema em quarenta e oito horas, não ficou demonstrada nos autos, conforme salientou o perito; que o laudo pericial também não concluiu que a queda no faturamento da apelada deu-se, exclusivamente, por força do serviço de telefonia fixa; que não é crível que a falta do serviço de telefonia tenha sido o único fator responsável pela diminuição do faturamento; que no mês de abril a apelada trabalhou menos dias do que no mês de março; que não houve dano moral indenizável; que o valor fixado a título de indenização por dano moral é exacerbado.

Contrarrazões de apelação vieram aos autos às fls. 421/435, pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Alegou a apelada que programou junto a apelante a realização da mudança do E1, do X25 e do *speed*, para outro endereço, com a antecedência necessária, ocorre que os serviços não foram prestados no prazo previsto, sob a alegação de ocorrência de problemas técnicos.

Acesso ao Sumário

Afirmou, ainda, que permaneceu sem telefone no período de 17 de abril a 13 de maio de 2006, circunstância que lhe trouxe danos patrimoniais e morais, porque teve reduzido sensivelmente o seu faturamento, tendo em vista que grande parte de suas vendas eram realizada por meio de telefone, tanto assim, que em razão disso foi obrigada a contratar empréstimos entre outras coisas.

Ficou incontroversa nos autos a transferência de localização dos serviços prestados, bem como o interregno em que a apelada ficou desprovida da prestação de serviços.

Debate-se a apelante, alegando, que não se comprometeu a restabelecer os serviços em quarenta e oito horas como afirmou a apelada, tanto assim, que o perito não encontrou nenhuma informação nos autos, que pudesse comprovar essa alegação.

Acontece que tal alegação não foi impugnada pela apelante, quando da apresentação de sua contestação (fls. 118/124).

Logo, preclusa a insurgência da apelante, nesse sentido, agora, nesta fase recursal.

Pela leitura do laudo acostado às fls. 274/284, mais precisamente do quesito de nº 1[1], ofertado pela apelada e do de nº 7[2], ofertado pela apelante, que o *expert* foi enfático, no sentido de que houve redução do faturamento da empresa em razão da ausência de prestação de serviços de telefonia no período de 13 de abril a 13 de maio de 2006.

Diante disso, considera-se provado o prejuízo material, que será quantificado por ocasião da liquidação de sentença, conforme, determinou o Juiz de primeiro grau, com a observação de que para a realização dos cálculos do prejuízo deverá ser considerado o lucro líquido e não o faturamento, propriamente dito, que é irrelevante para os termos da conclusão.

Quanto ao dano moral, é tema pacificado nos pretórios que a pessoa jurídica pode ser indenizada por danos extrapatrimoniais (Súmula 227[3] do C. STJ), contudo, necessário que seja demonstrado, *quantum satis*, que tenha havido repercussão no âmbito em que atua, que haja ofensa à sua honra objetiva.

Acesso ao Sumário

1 1. Houve diminuição do faturamento da empresa Autora do dia 13/04/2006 ao dia 13/05/2006, diante do ocorrido?

Resposta - Pelo Livro Registro de Saídas da empresa Farmácia Buenos Ayres, foi elaborado o Quadro I abaixo, o qual mostra nos dias assinalados em vermelho, e referente ao período mencionado neste quesito, que houve redução dos valores faturados pela empresa Autora.

2 7. É possível atestar que a queda de faturamento decorreu, única e exclusivamente, pelas alterações telefônicas e não pelos normais imprevistos e ocorrências que acompanham uma mudança do porte da que foi realizada pela Autora?

Resposta - Considerando os números apresentados no Quadro I pode-se concluir que o problema de telefonia foi o maior causador da queda do faturamento, uma vez que a partir da reinstalação dos telefones, o crescimento do faturamento é notório.

3 "A pessoa jurídica pode sofrer dano moral".

A esse respeito: "*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 esses como violadores da sua honra objetiva*"[4].

No caso presente, não se identifica o preenchimento dos requisitos para a mantença da condenação da apelante ao pagamento de indenização por dano moral, pois o simples descumprimento do contrato de prestação de serviço telefônico e os dissabores que a apelada alegou ter suportado, não são fatos suficientes para acarretar prejuízo à imagem, à credibilidade ou à honra objetiva de uma empresa, tratando-se, isto sim, em intercorrências comuns.

Ante ao exposto, pelo meu voto, dou parcial provimento ao recurso, para afastar a condenação ao pagamento de indenização por dano moral, com observação de que para a apuração do prejuízo material deverá ser considerado o lucro líquido da apelada, pois o faturamento é irrelevante para o caso.

Alfim, em relação às verbas da sucumbência, a apelada decaiu do pedido de indenização por dano moral, o que configura a sucumbência recíproca, com consequente repartição dos consectários processuais, na forma prevista no art. 21, caput, do Código de Processo Civil.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1045295-52.2014.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante PEDRO DE BEM JUNIOR, é apelado COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO - LOJA 0192.

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 recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 4471)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DIMAS RUBENS FONSECA (Presidente sem voto), GILSON DELGADO MIRANDA e CELSO PIMENTEL.

São Paulo, 18 de janeiro de 2016.

CESAR LUIZ DE ALMEIDA, Relator

Ementa: APELAÇÃO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO

4 BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. REsp. n° 134.993. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julgado em 03/02/98.

Acesso ao Sumário

POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - AQUISIÇÃO E INGESTÃO DE PRODUTO VENCIDO - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA - MAJORAÇÃO DO VALOR INDENIZATÓRIO - DESCABIMENTO - VALOR ARBITRADO MOSTRA-SE ADEQUADO PARA COMPOR A REPARAÇÃO DO DANO MORAL, SEM REPRESENTAR ENRIQUECIMENTO ILÍCITO, ALÉM DE SERVIR COMO ÓBICE À REITERAÇÃO DA CONDUTA DA REQUERIDA - RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação (fls. 73/83) interposto contra a r. sentença de fls. 51/62 que decretou a revelia e julgou parcialmente procedente a ação indenizatória, condenando a requerida ao pagamento dos valores de R$ 14,98 e R$ 216,64 correspondentes aos danos materiais sofridos pelo autor e da importância de R$ 6.000,00 a título de danos morais, corrigida desde a data da sentença e acrescida de juros de 1% ao mês a partir da citação até o efetivo pagamento.

A requerida também foi condenada ao pagamento das custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios fixados em 15% do valor da condenação.

Em suas razões recursais, o autor alega que adquiriu e ingeriu alimento vencido (iogurte), tendo sofrido evidente sofrimento e risco à integridade física, em razão da intoxicação alimentar.

Pleiteia a majoração da indenização por danos morais para R$ 20.000,00, ante a negligência e desídia por parte da requerida.

Recurso processado, sem a apresentação de contrarrazões.

Não houve oposição quanto ao julgamento virtual, conforme certificado a fls. 92.

É o relatório.

De início, observo que o recurso não merece provimento.

No que tange à quantificação do dano moral, conquanto inexista fórmula matemática para a apuração, deve o valor guardar correspondência com a gravidade do fato, as condições econômicas da vítima e do autor do dano, evitando-se o enriquecimento sem causa, mas atentando- se ao fator de desestímulo para novas práticas ilícitas.

No caso em tela, a indenização fixada em R$ 6.000,00 mostra-se adequada para compor o prejuízo moral experimentado pelo autor, pois condizente com as

Acesso ao Sumário

circunstâncias do caso.

Ademais, não se trata de quantia irrisória, de modo que soa compatível com o dano sofrido, sem representar enriquecimento ilícito, além de servir como óbice à reiteração da conduta da requerida.

Nesse sentido, já decidiu o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a saber:

> **DANO MORAL. PRODUTO COMERCIALIZADO IMPRÓPRIO PARA CONSUMO. ALIMENTO QUE FOI INGERIDO PELO CONSUMIDOR. FATO DO PRODUTO COM FORÇA GERADORA DO DEVER DE INDENIZAR.**
>
> **1. Recurso interposto contra sentença que, reconhecendo fato do produto, condenou a fabricante do alimento ao pagamento ao consumidor de R$ 6.000,00 pelos danos morais suportados.**
>
> **2. A comercialização de alimento contaminado por bolor, ingerido pelo consumidor, além de provocar sensação desagradável, demonstra a não observação das regras de segurança pelos envolvidos na cadeia, caracterizando dano moral passível de reparação civil.**
>
> **3. Ante as peculiaridades do caso concreto, o quantum indenizatório fixado em R$ 6.000,00 resta mantido, porquanto observados os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.**
>
> **4. Apelação da ré não provida. sic**
>
> **(Apelação nº 0016981-21.2011.8.26.0002, 9ª Câmara de Direito Privado, Relator ALEXANDRE LAZZARINI, j. 19/11/2013)**
>
> **Ação indenizatória. Ingestão de alimento vendido quando o prazo de validade já se achava vencido há dias. Intoxicação alimentar. Dano moral em concreto verificado. Indenização fixada em montante proporcional às particularidades do caso, à condição econômica das partes e aos fins da teoria do desestímulo. Recursos improvidos. sic**
>
> **(Apelação nº 0007293-83.2008.8.26.0020, 10ª Câmara Extraordinária de Direito Privado, Relator ARANTES THEODORO, j. 25/08/2014)**
>
> **Compra e Venda. Ação de indenização por danos morais. Consumo de proteína de soja com prazo de validade vencido. Ação julgada procedente. Danos morais arbitrados em R$ 3.000,00. Apelação do autor. Pretensão à majoração do quantum fixado a título de danos morais. Descabimento. Valor que obedece aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Sentença mantida. Recurso improvido. sic**
>
> **(Apelação nº 0008835-90.2012.8.26.0281, 32ª Câmara de Direito Privado, Relator FRANCISCO OCCHIUTO JÚNIOR, j. 05/03/2015)**

Acesso ao Sumário

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000216-70.2011.8.26.0326, da Comarca de Lucélia, em que é apelante JOSE ILSON GUERRA, é apelado ITAÚ SEGUROS S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 28ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.079)**

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

São Paulo, 21 de janeiro de 2016.

DIMAS RUBENS FONSECA, Relator

Ementa: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. Seguro de vida. Vigência do contrato de seguro com a ré, à época em que teve início a alegada invalidez, não demonstrada. Ônus da prova não superado pelo autor, nos termos do disposto no art. 333, I, do CPC. Inversão do ônus da prova incabível no caso, por não se vislumbrar hipótese de verossimilhança ou de hipossuficiência técnica. Agravo retido não conhecido, por não ter sido reiterado. Apelação desprovida.

VOTO

Trata-se de apelação interposta por **JOSÉ ILSON GUERRA** nos autos da ação de indenização que promove contra **ITAÚ SEGUROS S/A**, com pedido julgado improcedente pela r. sentença de fls. 319/321, cujo relatório se adota, condenando o autor ao pagamento das despesas processuais e verba honorária fixada em R$800,00 (oitocentos reais), observada a gratuidade processual.

Sustentou, em síntese, que se encontrava segurado desde 2001, não havendo documentos referentes ao ano de 2002, quando ficou incapacitado; que é cabível a inversão do ônus da prova, nos termos do Código de Defesa do Consumidor, cabendo à apelada comprovar que o apelante não era segurado na data da incapacidade (fls. 325/330).

Foram oferecidas contrarrazões às fls. 334/352, com pleito de

Acesso ao Sumário

desprovimento do recurso.

Agravo retido às fls. 186/191.

É o relatório.

Ante a falta de reiteração em preliminar de contrarrazões (CPC, art. 523, § 1º), tem-se por renunciado o agravo retido de fls. 186/191, interposto pela ré.

Pretende o apelante o recebimento de indenização de contrato de seguro, alegando estar inválido em razão de doença, tendo permanecido em auxílio-doença durante vários anos, obtendo a aposentadoria por invalidez pelo INSS em 29 de outubro de 2010.

Conquanto assim tenha sido afirmado, verifica-se das informações prestadas pela empregadora do apelante que, na época da sua aposentadoria por invalidez, estava em vigor contrato de seguro mantido com outra seguradora (fls. 317).

Ademais, a apelada esclareceu que o contrato de seguro que mantinha com o apelante permaneceu em vigor somente no período de 1º de junho de 1998 a 29 de fevereiro de 2000, portanto, muito antes do inicio da sua incapacidade, em fevereiro de 2002, nada havendo nos autos que desqualifique a afirmação da seguradora.

Consigne-se que não era a hipótese de inversão do ônus da prova, com base no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, porquanto não se vislumbra verossimilhança ou hipossuficiência técnica do apelante em apresentar começo de prova de que era segurado da apelada na data do início da sua incapacidade. Ademais, não se pode impor a esta o encargo de comprovar fato negativo, isto é, a inexistência de contratação naquele período.

Nesse passo, tem-se que a r. sentença bem equacionou a questão posta, devendo prevalecer por seus jurídicos fundamentos.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1008268-22.2015.8.26.0577, da Comarca de São José dos Campos, em que é apelante ERGOMAX EQUIPAMENTOS LTDA., são apelados SANY IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DA AMÉRICA DO SUL LTDA. e MLX DISTRIBUIDORA LTDA.

ACORDAM, em 37ª 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**

Acesso ao Sumário

nº 28967)

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOÃO PAZINE NETO (Presidente sem voto), JOSÉ TARCISO BERALDO E ISRAEL GÓES DOS ANJOS.

São Paulo, 26 de janeiro de 2016.

SERGIO GOMES, Relator

Ementa: APELAÇÃO - REPRESENTAÇÃO COMERCIAL – SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA - Recurso que apenas comporta acolhimento no que diz respeito à sua pretensão de reconhecimento que de prazo indeterminado o segundo contrato de representação comercial - Inteligência do art. 27, § 3º da Lei 4.886/65 - Novo contrato firmado dentro de seis meses do vencimento de anterior contratação - Precedente deste E. Tribunal de Justiça - Sem razão a autora no que diz respeito à alegação de que teria havido invasão de sua área de atuação exclusiva - Prova dos autos que comprova que os equipamentos vendidos pela corré MLX Distribuidora Ltda., destinavam-se à filial de empresa localizada fora da zona de representação da autora - Mínimo o decaimento das rés, permanece inalterada a disciplina do custo do processo.

RECURSO PROVIDO EM PARTE.

VOTO

Cuida-se de ação de conhecimento, movida por **ERGOMAX EQUIPAMENTOS LTDA.** em face de **SANY IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DA AMÉRICA DO SUL LTDA.** e **MLX DISTRIBUIDORA LTDA.**, julgada improcedente por meio da sentença de fls. 471/473, cujo relatório ora é adotado em complemento.

Inconformada, a autora apela.

Em síntese, sustenta a recorrente ter firmado com a corré Sany Importação e Exportação da América do Sul Ltda. contrato de representação comercial, nos moldes da Lei 4.886/65, em 18 de agosto de 2010. Em 02 de fevereiro de 2012, ainda na vigência deste primeiro contrato, foi firmado entre a Apelada Sany Importação e Exportação da América do Sul Ltda. e todos seus representantes comerciais, dentre eles a apelante a correquerida MLX Distribuidora Ltda.,

Acesso ao Sumário

acordo intitulado "*Política e Diretrizes Comerciais de Vendas para Dealers de Guindaste 2012*", por meio do qual se estabeleceu "*a área comercial de atuação de todos os representantes comerciais*". Houve também a previsão de multa para o caso de invasão do território de atuação de um representante por outro. Em 12 de setembro de 2012 foi "*firmado outro documento intitulado de 'Instrumento de Condições Gerais de Acordo Comercial', com vigência de 12 meses*". Afirma que esta última avença nada mais é do que "*outro contrato de representação comercial em continuidade àquele primitivo instrumento de representação firmado entre a Apelante e a Apelada Sany em 18 de agosto de 2010*". Assevera que em razão da sucessão de contratos, esta nova avença deve ser considerada por prazo indeterminado, nos termos do que dispõe o art. 27, § 3º, da Lei 4.886/65. No mais, afirma ter restado comprovado nos autos que houve, por parte da corré MLX Distribuidora Ltda., invasão de seu território de atuação, a despeito de haver no contrato de representação comercial a exclusividade de zonas (Lei 4.886/65, art. 31, *caput*). Aduz que, diferentemente do entendimento adotado na sentença, deve ser considerado, para fins de legitimidade para a representação comercial, o "*endereço do faturamento*", não o da entrega da mercadoria. Acrescenta que não houve autorização para invasão de seu território de atuação pela corré MLX e, ademais, restou comprovado documentalmente que preposto da própria Sany reconheceu ter havido tal invasão territorial, porém se omitiu de tomar as providências necessárias para a punição da infratora. Firme em tal argumentação, requer a reforma da sentença, para que seja reconhecido que de prazo indeterminado o contrato de representação comercial e, por conta da invasão territorial mencionada, sejam as apeladas condenadas "*ao pagamento da multa, bonificação e comissões estabelecidas no documento de 'Políticas e Diretrizes Comerciais de Vendas para Dealers de Guindaste 2012'*" (fls. 475/525).

Recurso tempestivo, preparado e respondido (fls. 532/557).

É O RELATÓRIO.

Como relatado, cuida-se de controvérsia envolvendo contrato de representação comercial.

Em apertada síntese, sustenta a autora, ora apelante que, na vigência de contrato de representação por prazo indeterminado, firmado com a corré **SANY IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DA AMÉRICA DO SUL LTDA.**, a corré **MLX DISTRIBUIDORA LTDA.** invadiu seu território exclusivo de atuação, realizando a venda de mercadorias. Com base em tal alegação, requer a condenação solidária das rés, nas penalidades contratuais pertinentes.

Pois bem.

Em suas contrarrazões recursais a corré Sany sustenta que seria parte ilegítima para figurar no polo passivo da presente demanda, pois não seria a

Acesso ao Sumário

responsável pela alegada invasão pela corré MLX do território de atuação da apelante.

Tal tese não convence pois "*o interesse e a legitimidade para a causa representam requisitos para o julgamento do pedido (não podendo mais ser considerados, como já se propôs, elementos constitutivos da ação) e devem ser aferidos in status assertionis, isto é, à vista das afirmações do demandante*".[1]

Noutras palavras, se há ou não responsabilidade da corré Sany pelos fatos narrados na inicial é questão que diz com o mérito, não se resolvendo em sede preliminar.

Também inconvincente a alegação da corré Sany, igualmente formulada em sua resposta ao apelo, que o pleito relativo ao reconhecimento de que o contrato de representação comercial firmado com a autora seria de prazo indeterminado configuraria inovação, pois não deduzido na inicial, de modo que não pode ser considerado.

Deveras, não se pode olvidar que a pretensão deduzida pela parte autora deve ser considerada à luz de toda a argumentação trazida com a inicial e, pelo teor de suas alegações, por certo a autora desejava o reconhecimento de que de prazo indeterminado a representação comercial. Note-se que a autora afirmou expressamente na inicial que "*nos exatos termos dos §§ 2º e 3º do art. 27, da Lei 4886/65, tem-se que houve a prorrogação daquele contrato inicial de representação*".

Consoante já decidiu o C. Superior Tribunal de Justiça, "*Os pedidos do autor são os expressamente constantes do corpo ou da parte final da petição inicial, bem como aqueles assim identificados em razão de uma interpretação lógico-sistêmica da sua fundamentação*" (REsp 112063-RJ, j. em 1º/12/2011, rel. Min. Massami Uyeda).

Passa-se à análise do mérito propriamente dito.

Incontroverso que tanto a coautora como a corré MLX Distribuidora Ltda. firmaram contratos de representação comercial com a corré Sany Importação e Exportação da América do Sul Ltda.

Também incontroverso que havia a exclusividade na representação por zonas de atuação e que a autora atuava, entre outros Estados, em Minas Gerais e a corré MLX no Pará.

Um primeiro contrato de representação comercial foi firmado pela autora e a corré Sany, em 18 de agosto de 2010 (fls. 37/53), com prazo de vigência de 02 (dois) anos (fl. 51, cláusula 9.1). Em 12 de setembro de 2012, novo contrato de representação foi firmado (fls.93 /104).

Consta do art. 27, § 3º da Lei 4.886/65, que:

Acesso ao Sumário

1 MARINONI, LUIZ GUILHERME; MITIDIERO, DANIEL, *Código de Processo Civil Comentado*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010, p. 96.

"*Considera-se por prazo indeterminado todo contrato que suceder, dentro de seis meses, a outro contrato, com ou sem determinação de prazo*".

Portanto, respeitado o entendimento do douto sentenciante, forçoso reconhecer que, de fato, o segundo contrato de representação comercial deve ser considerado como de prazo indeterminado.

Sobre o tema, precedente deste E. Tribunal de Justiça, assim ementado, no que aqui interessa:

"(...) REPRESENTAÇÃO COMERCIAL – Inconsistente a alegação da apelante representada de extinção da relação contratual no termo final ajustado no terceiro aditivo de representação comercial e outras avenças, visto que ***houve renovações sucessivas do contrato e o contrato de representação comercial é considerado por prazo indeterminado, por força do art. 27, § 3º, da LF 4.886/65. (...)*** *" (Apelação 0016431-15.2010.8.26.0114, rel. Des. Rebello Pinho, j. em 1º/07/2013).*

Contudo, sem razão a autora no que toca ao pleito de condenação das corrés ao pagamento da indenização, comissão e bonificações, por suposta invasão de seu território de representação exclusivo.

Deveras, cotejando toda a documentação carreada aos autos, temos que, de fato, a venda das mercadorias se deu para filial, localizada no Pará, de sociedade empresária com sede em Minas Gerais.

Portanto, como estava a corré MLX autorizada por contrato de representação comercial a atuar em tal Estado, descabe cogitar de invasão territorial.

Sobre o tema, foi preciso o douto sentenciante: "*Com efeito, conforme se verifica pelos documentos juntados aos autos, notadamente as notas fiscais emitidas sob os números 372, 373, 379 e 380, constata-se que as máquinas vendidas pela ré MLX destinaram- se à filial da empresa PAREX, mantida na cidade de Belém, no Estado do Pará, fora, portanto, da área de atuação da autora. Nem se alegue que a emissão das notas fiscais para a matriz da empresa que fica em Minas Gerais possa indicar a aludida invasão de território, porquanto deve-se ater, nas relações negociais, à finalidade última do próprio negócio jurídico, que na hipótese dos autos era vender a máquina à empresa estabelecida no Estado do Pará*".

Por fim, para evitar incidentes desnecessários, fica o registro de que as condenações pecuniárias almejadas pelo autor são corolários do pleito de reconhecimento de invasão de sua área de atuação pela corré MLX, de modo que, não tendo havido tal reconhecimento, restam inacolhidas tais pretensões. Eventual direito que julgue a autora ostentar em razão do reconhecimento que de prazo indeterminado o segundo contrato de representação comercial deve ser deduzido em ação própria.

Acesso ao Sumário

Mínimo o decaimento dos réus, permanece inalterada a disciplina acerca do custo do processo (CPC, art. 21, § 2º).

É o suficiente.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0059459-70.2012.8.26.0564, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é apelante AES ELETROPAULO METROPOLITANA ELETRICIDADE DE SÃO PAULO S/A, é apelado HEBER OLIVIR DOS SANTOS VERAS.

ACORDAM, em 31ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.723)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADILSON DE ARAUJO (Presidente sem voto), FRANCISCO CASCONI e ANTONIO RIGOLIN.

São Paulo, 26 de janeiro de 2016.

CARLOS NUNES, Relator

Ementa: PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA - OBRIGAÇÃO DE FAZER - Ação de obrigação de fazer - Pedido inicial para que a Concessionária proceda à remoção do poste de luz instalado em frente ao imóvel do autor, na via pública, obstruindo o uso regular deste - Imóvel que foi construído quando o poste já existia no local - Remoção gratuita - Impossibilidade - Mera conveniência do demandante, a implicar na necessidade de que ele próprio arque com os custos de tal solicitação - Ausência de obrigação legal - Previsão de custeio do serviço na Resolução Normativa ANEEL nº 414/2010 - Declaração de inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, do art. 2º, da Lei Estadual 12.635/2007, o qual previa a possibilidade de remoção de postes sem qualquer ônus para o interessado - Recurso provido, para o fim de julgar

Acesso ao Sumário

improcedente a ação principal.

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação interposto por **AES ELETROPAULO METROPOLITANA ELETRICIDADE DE SÃO PAULO S/A**, junto aos autos da ação de obrigação de fazer que lhe move **HEBER OLIVIR DOS SANTOS VERAS**, julgada procedente, conforme r. sentença de fls. 99/102, cujo relatório adoto.

Alega a empresa/apelante, em apertada síntese, que a r. sentença deve ser reformada, vez que a remoção pleiteada pelo autor é de exclusivo interesse particular, pois o poste de luz já se encontrava instalado em frente ao terreno, de forma regular, por ocasião da construção do imóvel novo. Sustenta não ter se negado a proceder à remoção do poste, mas que o serviço não pode ser gratuito, no caso vertente, devendo o apelado custeá-lo. Por tais razões, pugna pelo provimento do apelo, a fim de que a ação seja julgada improcedente (fls. 107/117).

Recurso regularmente interposto, preparado e contra- arrazoado, fls. 129/131.

Subiram os autos a esta Corte. Sobreveio o V. Acórdão de fls. 139/141, no qual a Egrégia 5ª Câmara de Direito Privado se deu por incompetente para processar e julgar o presente recurso, determinando a sua redistribuição dos autos a uma das Câmaras da Seção de Direito Privado, da 11ª a 38ª, em razão da matéria discutida.

Foi o apelo, assim, redistribuído a esta Câmara, vindo os autos à conclusão deste Relator (fl. 163).

É o Relatório.

O recurso em questão merece ser provido, pois as razões nele contidas são convincentes.

Vejamos.

Depreende-se dos autos que a ação de obrigação de fazer foi proposta pelo autor com o intuito de que fosse removido, de forma gratuita, pela empresa/ré, o poste de luz existente em frente ao seu imóvel na via pública, que está obstruindo o acesso à construção.

O feito foi julgado procedente, condenando-se a concessionária a efetuar a obra de remoção e realocação do poste instalado em frente à propriedade do autor no prazo de trinta dias, sem custos.

Insurge-se a requerida, alegando que se trata de interesse individual e que deve ser arcado pelo particular, não podendo realizar esses serviços sem que

Acesso ao Sumário

seja cobrada a devida contraprestação.

Com efeito, resta evidente o incômodo causado pelo poste de energia elétrica com relação ao terreno do autor, vez que esse se encontra bem em frente à entrada do imóvel, dificultando o acesso de veículos. Importante ressaltar, contudo, que, no caso vertente, trata-se de construção nova, como se verifica das fotografias de fls. 14/15, juntadas com a inicial, sendo que o apelado já tinha pleno conhecimento da localização do poste quando iniciou a construção da casa.

Dessa forma, o pedido de remoção do poste feito pelo demandante deve ser considerado como sua mera conveniência, a implicar na necessidade de que ele próprio arque com os custos de tal solicitação. Nesse sentido, a conferir os seguintes julgados:

> *"Apelação - Ação de obrigação de fazer - Improcedência - Remoção de poste de energia elétrica defronte ao imóvel do autor - Irregularidade no local da instalação do poste não demonstrada -* ***Pretensão de ampliação do portão de acesso à garagem - Remoção do poste que seria mera conveniência do autor - Despesas de remoção para ampliação que deve ser de responsabilidade do proprietário do imóvel*** *- Sentença que deve ser confirmada - Recurso do autor improvido."* ***(Ap. 1030812-30.2014.8.26.0224 - Rel. Thiago de Siqueira - Data do julgamento: 20/05/2015)***
>
> *"APELAÇÃO - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS -* ***REMOÇÃO DE POSTE DE ENERGIA ELÉTRICA INSTALADO DEFRONTE À RESIDÊNCIA DO AUTOR - CIRCUNSTÂNCIA PREEXISTENTE À IMPLANTAÇÃO DO CONJUNTO HABITACIONAL, BEM COMO DA CONSTRUÇÃO DA CASA E DA GARAGEM - RESTRIÇÃO AO DIREITO DE PROPRIEDADE NÃO CONFIGURADO - DESPESA COM ESSE PROCEDIMENTO QUE DEVE SER SUPORTADA PELO PROPRIETÁRIO DO IMÓVEL*** *- ADMISSIBILIDADE - QUESTÃO DE INTERESSE PARTICULAR - SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. RECURSO DENEGADO."* ***(Ap. 0008930-97.2007.8.26.0022 - Rel. Amorim Cantuária - Data do julgamento: 18/09/2012)***

Ademais, saliente-se que há norma vigente atualmente, a Resolução Normativa ANEEL nº 414/2010, que em seu art. 102, incs. XIII, XIV, e § 2º, prevê expressamente a possibilidade de que a Concessionária distribuidora de energia elétrica condicione a realização do serviço de deslocamento e remoção de poste/rede solicitados pelo consumidor, ao prévio pagamento pelo interessado, "*in verbis*":

> *Artigo 102 - Os serviços cobráveis, realizados mediante solicitação do*

Acesso ao Sumário

consumidor, são os seguintes: (...)

XIII - deslocamento ou remoção de poste; e

XIV - deslocamento ou remoção de rede; (...)

§ 2° A cobrança dos serviços estabelecidos nos incisos XIII e XIV pode ser adicionada ao faturamento regular ou ser realizada de forma específica, sendo facultado à distribuidora condicionar a realização dos mesmos ao seu pagamento (redação dada pela Redação dada pela Resolução Normativa ANEEL nº 479, de 03.04.2012).

Vale, ainda, ressaltar que o art. 2º, da Lei Estadual nº 12.635/2007, o qual previa a possibilidade de remoção de postes sem qualquer ônus para o interessado, foi declarado inconstitucional pelo Colendo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 4.925-SP, realizado em 12.02.2015, a conferir:

"CONSTITUCIONAL. LEI ESTADUAL 12.635/07, DE SÃO PAULO. POSTES DE SUSTENTAÇÃO DA REDE ELÉTRICA. OBRIGAÇÃO DE REMOÇÃO GRATUITA PELAS CONCESSIONÁRIAS EM PROVEITO DE CONVENIÊNCIAS PESSOAIS DOS PROPRIETÁRIOS DE TERRENOS. ENCARGOS EXTRAORDINÁRIOS NÃO PREVISTOS NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. RELEVÂNCIA JURÍDICA DA TESE DE USURPAÇÃO DAS COMPETÊNCIAS FEDERAIS PARA DISPOR SOBRE O TEMA.

(...)

2. As competências para legislar sobre energia elétrica e para definir os termos da exploração do serviço de seu fornecimento, inclusive sob regime de concessão, cabem privativamente à União, nos termos dos art. 21, XII, 'b'; 22, IV e 175 da Constituição. Precedentes.

3. Ao criar, para as empresas que exploram o serviço de fornecimento de energia elétrica no Estado de São Paulo, obrigação significativamente onerosa, a ser prestada em hipóteses de conteúdo vago ('que estejam causando transtornos ou impedimentos') para o proveito de interesses individuais dos Proprietários de terrenos, o art. 2º da Lei estadual 12.635/07 imiscuiu-se indevidamente nos termos da relação contratual estabelecida entre o poder federal e as concessionárias. 4. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente." (Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.925 SP, Rel. Min. Teori Zavascki, Pleno do Supremo Tribunal Federal, j. 12.02.2015)

Desta feita, levando-se em conta que o interesse do autor é exclusivamente particular, bem como a declaração de inconstitucionalidade do mencionado art. 2º, da Lei Estadual 12.635/2007, e o previsto no supracitado art. 102, incs. XIII, XIV, § 2º, da Resolução Normativa ANEEL nº 414/2010, viável se afigura que a apelante condicione a prestação do serviço de remoção de poste ao prévio

Acesso ao Sumário

pagamento de quantia determinada.

Confira-se, ainda, os recentes julgados que seguem:

"Ação de obrigação de fazer. Pretensão de obrigar a ré a remover poste de seu local de instalação. Ausência de obrigação legal. STF que, na oportunidade do julgamento da ADIN nº 4.925, declarou a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei Estadual nº 12.635/07. Autora que admite que o poste já estava instalado quando construiu a sua garagem, devendo, portanto, arcar com o ônus da remoção do poste. Sentença de improcedência. Apelo improvido." ***(Ap. nº 0009859-55.2012.8.26.0637, rel. RUY COPPOLA, 32ª CÂM. DP3, j. em 29/10/2015)***

*"****PRESTAÇÃO DE SERVIÇO*** *- Energia elétrica - Ação de obrigação de fazer - Remoção de poste - Restrição ao acesso à garagem do imóvel do autor - Insurgência contra a sentença de procedência da ação proposta - Acolhimento - Solução que decorre do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 4.925, que declarou a inconstitucionalidade do artigo 2º da Lei Estadual nº 12.635/07 pelo STF - Despesas com a remoção que competem ao consumidor interessado - Sentença reformada - Recurso provido."* ***(Ap. 0969361-02.2012.8.26.0506, rel. CAIO MARCELO MENDES DE OLIVEIRA, 32ª CÂM. DP3, j. em 22/10/2015)***

"Obrigação de fazer cc. indenização por cobrança indevida e por dano moral. Remoção de poste de energia elétrica do interior da propriedade do demandante. Concessionária que exige remuneração dos serviços para sua execução. Sentença de parcial procedência. Custo a ser suportado pela concessionária. Aplicação da Lei Estadual 12.635/97. Lei que dispõe sobre a organização e regulamentação do uso do espaço público, não legislando especificamente sobre energia elétrica a afrontar o art. 22 da Constituição Federal. Declaração de constitucionalidade pelo STF. Obrigação de fazer mediante multa decorre de disposição legal. Indevida indenização nos termos do art. 940 do CC e 42 do CDC. Danos morais não caracterizados. Recursos desprovidos.

A Lei Estadual 12.635/77 dispõe sobre o ônus de retirada de postes que causem transtornos ou impedimentos aos proprietários e compromissários compradores, sendo que o poste está localizado dentro do terreno do autor, sendo evidente o impedimento à livre fruição da propriedade. A determinação não viola o art. 22, IV, da Constituição Federal, acerca da competência para legislar sobre energia elétrica, considerando que a lei estadual dispõe sobre a organização do espaço público, havendo pronunciamento expresso do STF acerca da constitucionalidade. Sem deixar de considerar que a ré é a responsável pela introdução de poste

Acesso ao Sumário

no interior de propriedade privada, bem como não há impedimento, eis que a ré orçou o serviço e não impôs condicionante. A obrigação de fazer pode ser reforçada pela imposição de multa, nos termos da lei processual.

Não há preenchimento dos requisitos legais a ensejar direito à repetição seja pelo art. 940 do CC ou ainda pelo art. 42 do CDC, pois na primeira hipótese a lei traz como exigência a cobrança judicial e no caso da segunda hipótese o pagamento do indevido.

Para que a indenização por dano moral seja devida, é mister que o consumidor sofra ofensa a direitos de personalidade, sendo submetido a sofrimentos que ultrapassem limites de mero aborrecimento, o que não ocorreu no caso específico, bem como a cobrança foi exigida por força de Resolução, o que ensejou a demanda judicial para definir a norma aplicável." ***(Ap. 4003756-32.2013.8.26.0506, Rel. Kioitsi Chicuta, 32ª Câmara de Direito Privado, j. 20/08/2015)***

Diante desse quadro, forçoso reconhecer que deve ser reformada a r. sentença monocrática, para que seja julgada a ação principal improcedente.

Ante o exposto, e pelo meu voto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso de apelação, para reformar a sentença de primeiro grau e **JULGAR IMPROCEDENTE** a pretensão inicial. Sucumbente, caberá ao autor arcar com o pagamento das custas e despesas processuais, além da verba honorária sucumbencial, que fica arbitrada em R$ 800,00 (oitocentos reais), nos termos do art. 20, §4º, do CPC.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0004268-41.2010.8.26.0457, da Comarca de Pirassununga, em que é apelante PAULO LUIZ MENDES, é apelado CONCESSIONÁRIA DE RODOVIAS DO INTERIOR PAULISTA S/A INTERVIAS.

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 20330)**

O julgamento teve a participação dos Exmos Desembargadores CAIO MARCELO MENDES DE OLIVEIRA (Presidente) e RUY COPPOLA.

São Paulo, 28 de janeiro de 2016.

LUIS FERNANDO NISHI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO - RESPONSABILIDADE CIVIL - ACÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - ATROPELAMENTO DE PEDESTRE SOBRE O LEITO DA RODOVIA - AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE - AUSÊNCIA DE ELEMENTOS NECESSÁRIOS A INFIRMAR O RACIOCINIO JUDICIAL - Responsabilidade objetiva nos termos do artigo 37, § 6º, da CF/1988 - Quebra do nexo de causalidade, no entanto, no caso de culpa exclusiva do terceiro (vítima fatal). Irrelevância acerca da existência de passarela, na medida em que o dever de indenizar por omissão só se caracteriza quando há culpa, que na hipótese, não restou demonstrada. Decisão mantida. Recurso improvido

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta por **PAULO LUIZ MENDES** contra a respeitável sentença de fls. 348/354 que, em ação de indenização por danos materiais e morais movida contra **CONCESSIONÁRIA DE RODOVIAS DO INTERIOR PAULISTA S/A - INTERVIAS**, julgou improcedente a ação, extinguindo o feito com resolução do mérito, nos termos do art. 269, inciso I, do Código de Processo Civil, condenando o autor ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 15% (quinze por cento) do valor atribuído à causa.

Irresignado, pretende a inversão do quanto julgado, sustentando, em síntese, que o acidente de trânsito se deveu à conduta omissiva da concessionária ré, na medida em que possui o dever de conservação e fiscalização adequada da rodovia, particularmente quanto a criação de empecilhos à presença de transeuntes, pedestres e moradores que empreendem, naquele ponto da estrada, a transposição das pistas. Alternativamente, na hipótese de entendimento diverso, pugna pelo reconhecimento da culpa concorrente de terceiro com redução, pela metade, da quantia perseguida na inaugural e também das custas, despesas e honorários advocatícios (fls. 359/367).

Houve contrariedade ao apelo (fls. 373/389), em defesa do desate da controvérsia traduzido na sentença recorrida.

Inicialmente distribuído à 9ª Câmara de Direito Público (fls. 392), dada à incompetência em razão da matéria (fls. 401/403), foi redistribuído à 32ª Câmara de Direito Privado em 17.08.2012.

Acesso ao Sumário

Requereu o apelante a juntada de novas fotografias, informando sobre a construção de muretas de concreto entre as pistas de rolamento (fls. 409/412).

É o relatório, passo ao voto.

A irresignação é improcedente.

Trata-se de ação de ressarcimento de danos materiais e morais ajuizada pelo autor em face de rodovia (Autovias S/A) - sob o regime de concessão pública -, defendendo a responsabilidade por acidente ocorrido na pista de rolamento que culminou na morte de transeunte após o embate contra o automóvel que conduzia na data do evento (09/11/2009; por volta das 22h30min).

Alega que, em razão do acidente, suportou vários prejuízos face aos danos de grande monta derivados do choque do veículo contra a pedestre.

Aduz que a responsabilidade pela recomposição do prejuízo deriva da constatação inequívoca de que naquele local a população que mora e trabalha nas imediações da rodovia empreende travessia habitual em ambos os lados das pistas.

Pleiteou a procedência da demanda, para o fim de condenar a ré ao pagamento de danos materiais suportados com o conserto do automóvel no importe de R$ 16.650,00 (dezesseis mil, seiscentos e cinquenta reais), sem prejuízo de quantia visando a recomposição dos lucros cessantes, pois alega que o desapossamento durante o período necessário aos reparos alcançou montante aproximado à R$ 12.000,00, além de danos morais equivalente a 50 salários mínimos, todas atualizadas monetariamente desde a data do acidente e acrescido de juros legais, com fulcro no art. 269, inciso I, do Código de Processo Civil.

Sem razão, contudo.

É certo que o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal estabelece que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviço público 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.

É certo também que na responsabilidade objetiva a atitude culposa ou dolosa do agente causador do dano é de menor relevância, pois, desde que exista relação de causalidade entre o dano experimentado pela vítima e o ato do agente, surge o dever de indenizar, quer tenha este último agido ou não culposamente[1].

Dessa forma, para que se possa impor a alguém a obrigação de indenizar o prejuízo experimentado por outrem é mister que haja uma relação de causalidade entre o ato culposo praticado pelo agente e o prejuízo sofrido pela vítima[2].

Ou seja, apesar de a concessionária ré possuir o dever legal de manter

1 Silvio Rodrigues, *In* "*Direito Civil*", Volume 4, Editora Saraiva, 19ª Edição, 2002, pág. 11.

2 Idem e loc. pág. 163.

Acesso ao Sumário

a segurança na rodovia, fiscalizando-a, de forma a evitar o trânsito no local mormente sob as pistas de rolamento e, por consequência, venham a ocorrer acidentes, **de rigor a demonstração do nexo de causalidade entre a conduta omissiva da ré no trato dos cuidados necessários ao seguro trânsito de veículos em rodovia e o dano causado**, com vistas a ensejar o respectivo dever de indenizar.

E, neste contexto, conforme se depreende dos autos, na hipótese, não há que se falar em responsabilidade de indenizar quando o dano decorre de culpa exclusiva de terceiro. Portanto, a concessionária da rodovia não tem o dever de impedir a intenção de pedestre em atravessar a pista e nem responde pelos atropelamentos que ocorram com os veículos que nelas trafegam quando a iniciativa se impõe exclusivamente a atuação do agente que se arrisca na perigosa empreita.

No caso dos autos e conforme acima transcrito, o acidente em que o autor/apelante se viu envolvido decorreu do ingresso inesperado, em horário noturno, de andarilho sobre o leito da rodovia, o que foi a causa direta do atropelamento e óbito.

Quanto a menção sobre a incúria da concessionária pública em acautelar-se da travessia de pessoas que trabalham ou residem nas cercanias, como anotado pelo lúcido julgador em fundamento ao raciocínio prestigiado: ***"... não é razoável se exigir da requerida que esta construísse barragens no local, para impedir a passagem de pedestres, se estes têm uma opção para travessia segura há poucos metros"*** (fls. 353).

As passarelas são colocadas nos locais de maior concentração de pedestres, não sendo dever da concessionária proporcionar a cada 500 ou 1.000 metros uma passarela. O pedestre pode perfeitamente atravessar uma rodovia, mas deve fazer isso com atenção e cautela, pois nas vias de trânsito rápido é seu dever evitar atropelamentos, como acima dito.

Portanto, a obrigação da ré consiste em vigiar a rodovia que possui sob concessão, e conservá-la em perfeitas condições de uso, para que não coloque em risco a vida dos usuários que dela se utilizam.

Acesso ao Sumário

E, na hipótese, a causa do acidente foi o ingresso, de inopino da vítima na pista de tráfego rápido, o que conduz ao reconhecimento da culpa exclusiva do terceiro com rompimento do nexo causal necessário a imputação de responsabilidade da ré pelo evento fatídico.

As fotos ilustrativas acostadas aos autos evidenciam que se trata de trecho da rodovia provido de necessário aparato a impedir o trânsito livre daqueles que intencionam se arriscar nas pistas ao invés de prosseguir no sentido de atravessar a via sobre acesso existente nas proximidades (fls. 159/173).

Assim precedente da **Colenda Corte Superior**:

"CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ACIDENTE EM LINHA FÉRREA. PLEITO PARA QUE SE REAVALIE A RESPONSABILIDADE DOS ENVOLVIDOS. IMPOSSIBILIDADE POR MEIO DO ESPECIAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 7/STJ. PRECEDENTES. 1. A responsabilidade da concessionária de transporte ferroviário é interpretada de forma objetiva, cabendo-lhe o ônus de adotar medidas de segurança e vigilância para evitar acidentes. No entanto, o dever de indenizar pode ser elidido quando caracterizado o caso fortuito, a força maior ou a culpa exclusiva da vítima. 2. O Tribunal a quo, cotejando o acervo probatório, reconheceu que, na passagem de nível em que ocorreu o infortúnio, havia passarela a 150 metros, sinalização e iluminação adequadas e a composição trafegava em velocidade reduzida, concluindo pela responsabilização exclusiva da vítima no evento danoso. Entendimento diverso por meio do especial demandaria o revolvimento do acervo probatório. 3. O agravante não apresentou argumento novo capaz de modificar a conclusão adotada, que se apoiou em entendimento aqui consolidado. Incidência da Súmula nº 7 do STJ. 4. Agravo regimental não provido." (STJ, AgRg nos EDcl no AREsp 560685 RJ, Relator Min. Moura Ribeiro, Data de Julgamento: 20/11/2014) (grifos não no original).

Ademais, sobre a questão esta Egrégia Corte de Justiça assim já decidiu:

"RESPONSABILIDADE CIVIL - ACIDENTE DE TRÂNSITO - Agravo retido desprovido, porque possível o julgamento no estado - Fatos suficientemente esclarecidos - Atropelamento de pedestre que vagava pelo leito da rodovia - Dono do veículo que reclama da concessionária de via pública, a reparação de danos materiais e morais - Legitimidade passiva da empresa concessionária de rodovias - Danos materiais e morais sofridos por usuários - Responsabilidade objetiva nos termos do artigo 37, § 6º, da CF/1988 - Quebra do nexo de causalidade, no entanto, no caso em exame - Culpa exclusiva do terceiro (vítima fatal) - Ausência de passarela para a travessia de pedestres - Irrelevância, no caso, por se tratar de trecho de rodovia em local não densamente povoado - Ação julgada improcedente - Sentença confirmada - Agravo retido e apelação desprovidos" (Apelação Cível nº 0003605-13.2011.8.26.0472, Relator Des. Edgard Rosa, 25ª Câmara de Direito Privado, Data de Julgamento: 28/04/2015) (grifos não no original).

A r. sentença recorrida merece ser mantida, destarte, pelos seus próprios e bem lançados fundamentos

Diante do exposto, **NEGO PROVIMENTO ao recurso**.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1001137-97.2014.8.26.0005, da Comarca de São Paulo, em que é apelante DEM AUTOMÓVEIS LTDA., é apelado SUPER CDMD COMÉRCIO DE VEÍCULOS AUTOMOTORES LTDA.

ACORDAM, em 26ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto n° 33.873)**

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

São Paulo, 28 de janeiro de 2016.

VIANNA COTRIM, Relator

Ementa: Bem móvel - Obrigação de fazer - Lojista adquirente do veículo que não procedeu a transferência no órgão de trânsito e o revendeu a terceiro, que também não procedeu a transferência - Questão a ser resolvida entre o terceiro e a ré - Obrigação da ré revendedora de promover a transferência - Existência - Anulação do artigo 27 e incisos da Portaria Detran 1606/2005 - Improvimento.

VOTO

A r. sentença de fls. 93/96, declarada a fls. 102 e cujo relatório é ora adotado, julgou parcialmente procedente a ação de obrigação de fazer relativa a bem móvel, daí o apelo da ré, a fls. 104/110, buscando a reforma e sustentando, em síntese, que na qualidade de revendedora e com base em Portaria do Detran, não tem obrigação de transferir a propriedade do veículo para seu nome; aduz também que tentou localizar o adquirente para efetivar a transferência e não o localizou, estando impossibilitada de fazê-lo porque este último alienou o bem a instituição financeira de outro Estado; a sentença, pois, é impossível de ser cumprida, não havendo meio material para que a apelante efetue a transferência de veículo para seu nome ou de terceiro, impossibilitando também a conversão da obrigação em perdas e danos.

Recebido e processado o recurso, com contrarrazões a fls. 116/121, subiram os autos.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

O recurso não merece prosperar.

A autora, conforme indicado na inicial, vendeu à ré o veículo Citroën modelo C3/2006 de sua propriedade; no entanto, continuou recebendo os avisos de vencimento de IPVA e licenciamento relativos ao bem alienado, além de multas por infração de trânsito, daí o pleito de obrigação de fazer consistente na transferência da titularidade do bem.

Reclama a ré-apelante que o veículo foi por ela negociado com terceiro, que por sua vez alienou o bem a instituição financeira de outro Estado da Federação, de sorte que não tem mais condições de promover a transferência.

Mas o fato do adquirente não ter providenciado a transferência do veículo no órgão de trânsito é questão que deve ser resolvida entre o terceiro e a ré-alienante, não podendo interferir no direito de ressarcimento da autora.

Com efeito, esse ônus era daquele que o adquiriu primeiro, antes de levá-lo a nova alienação; se não fez, pouco importando o motivo, assumiu o risco, seja perante a autora, seja perante as autoridades de trânsito, do adquirente não fazê-lo, daí porque deve responder pelos danos causados, podendo, ao depois, voltar-se contra o adquirente.

Nem se diga que a ré a isso estava desobrigada por ser revendedora de veículos, importando apenas que, tendo adquirido o veículo da autora, incumbia promover a transferência de propriedade no prazo de 30 dias, nos termos do artigo 123, § 1º, do Código de Trânsito Brasileiro.

Não socorre a apelante a Portaria Detran/SP 1606/2005 invocada no recurso, cujo artigo 27 e respectivos parágrafos e incisos restaram expressamente anulados pela Portaria Detran nº 736/2010, vigente ao tempo do negócio, em 08/09/11 (fls. 24).

Em suma, a r. sentença não comporta qualquer alteração.

Pelo exposto, por esses fundamentos, nego provimento ao apelo.

Acesso ao Sumário

Embargos de Declaração

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 0017785-27.2011.8.26.0248/50000, da Comarca de Indaiatuba, em que é embargante RITA DE LIMA (JUSTIÇA GRATUITA), é embargado RWA LOGISTICS - TRANSPORTES LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Acolheram os embargos, com efeito modificativo. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21013)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAUDURO PADIN (Presidente sem voto), NELSON JORGE JÚNIOR e ANA DE LOURDES COUTINHO SILVA DA FONSECA.

São Paulo, 14 de dezembro de 2015.

FRANCISCO GIAQUINTO, Relator

Ementa: Embargos de declaração - Omissão - Recurso adesivo da autora não analisado - Transporte marítimo - Indenização - Dano moral - Atraso no desembaraço aduaneiro da mudança da autora transportada do exterior ao país - Responsabilidade da agente de carga ré pela excessiva demora na liberação dos pertences da autora - Autora foi privada do uso dos bens destinados a sua moradia, além do inegável abalo emocional pela demora na liberação da carga - Danos morais caracterizados - Valor da indenização por danos morais que deve ser arbitrada em consonância com os critérios da razoabilidade e proporcionalidade. Sentença reformada. Embargos acolhidos, com efeito modificativo.

VOTO

Trata-se de embargos de declaração interpostos contra v. acórdão de fls. 318/323 que, por votação unânime, negou provimento ao recurso da ré, ora embargante.

Sustenta a embargante (fls. 326/328), ora autora, a existência de omissão no acórdão, porquanto deixou de apreciar o recurso adesivo por ela interposto, objetivando a indenização por danos morais em razão da ineficiente prestação de serviços da ré apelada, no tocante a desconsolidação, desembaraço aduaneiro e liberação da mercadoria à apelante.

É o relatório.

V O T O

Acolhem-se os embargos de declaração para sanar a omissão apontada no v. acórdão embargado.

De fato, o v. acórdão não se pronunciou sobre o recurso adesivo

Acesso ao Sumário

interposto pela autora às fls. 311/316, pretendendo a indenização pelos danos morais sofridos em razão da demora no desembaraço de contêiner transportado do exterior com mobiliário e bens pessoais que serviriam para guarnecer a residência da autora no país.

Assim, passa-se a sanar a omissão apontada nos embargos de declaração.

Dá-se provimento ao recurso adesivo da autora.

Narra a autora contratou os serviços da ré para efetuar o desembaraço aduaneiro de seus pertences transportados via marítima de Portugal, mas a mercadoria, que deveria ser liberada no prazo de 15 a 20 dias a partir de 12/12/2010, somente foi entregue à autora em 30/03/2011, isto é, mais de três meses após a chegada da requerente ao Brasil.

No caso, o atraso na liberação da carga, sem sombra de dúvida, causou enormes transtornos à autora, que se viu privada da posse de todos os seus bens pessoais, inclusive mobiliário, necessários para a mudança ao país.

Verifica-se do conjunto probatório tentou a autora resolver a questão narrada na inicial no âmbito administrativo, dirigindo-se a órgão de defesa do consumidor (Procon), que encaminhou a reclamação à requerida (fls. 54/60), todavia, sem sucesso.

Não se afigura razoável o decurso de prazo superior a dois meses para desembaraço da carga, até porque, como se verifica dos autos, foi assegurado à autora que sua mudança chegaria de 15 a 20 dias a partir do recebimento da documentação necessária, em janeiro/2011, mas somente foi entregue em março/2011, após, inclusive, a requerente arcar com despesas de armazenamento e movimentação de contêiner no Porto de Santos.

Evidentes são os danos morais causados à autora, privada que foi do uso dos bens destinados a sua moradia e essenciais ao uso diário, além do inegável abalo emocional que a demora na liberação acarretou.

Tais fatos não podem ser considerados como aborrecimentos ou preocupações cotidianas decorrentes de mero descumprimento contratual, como entendeu o Juiz de Direito, mormente considerando teve a autora que recorrer a ajuda de parentes enquanto aguardava o trâmite burocrático, sem sequer saber o paradeiro da sua mudança.

Neste panorama, diante de tais fatos objetivos, reputa-se caracterizado o dano moral, pela intranquilidade e desassossego a que foi submetida a requerente.

Sobre o tema, precedentes deste Tribunal:

ILEGITIMIDADE AD CAUSAM - REPARAÇÃO DE DANOS - TRANSPORTE MARÍTIMO - RÉ QUE É REPRESENTANTE DO EMBARCADOR – OBRIGAÇÃO DESTA PELA ENTREGA DA BAGAGEM DOS AUTORES TRANSPORTADA DOS ESTADOS

Acesso ao Sumário

UNIDOS DA AMÉRICA DO NORTE PARA O PORTO DE SANTOS - CASO EM QUE RECONHECEU A RESPONSABILIDADE PELA LIBERAÇÃO DA CARGA - AÇÃO JULGADA PROCEDENTE - CONDENAÇÃO DA RÉ A PAGAR AOS AUTORES OS PREJUÍZOS MATÉRIAS SOFRIDOS EM DECORRÊNCIA DA PERMANÊNCIA DO CONTÊINER NO ARMAZÉM DO PORTO E DANOS MORAIS PELOS TRANSTORNOS DA IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAREM OS BENS QUE DEVERIAM GUARNECER A SUA RESIDÊNCIA NO PAÍS, EM RAZÃO DA MUDANÇA DO ESTRANGEIRO - SENTENÇA REFORMADA - RECURSO EM PARTE PROVIDO. (Apelação 9183599-86.2000.8.26.0000, Relator(a): Paulo Roberto de Santana; Comarca: Comarca não informada; Órgão julgador: 23ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 23/05/2007; Data de registro: 11/06/2007; Outros números: 929358100).

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - CONTRATO DE TRANSPORTE MARÍTIMO INTERNACIONAL - VÍCIO NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS - ATRASO INJUSTIFICADO NA ENTREGA DA MUDANÇA - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA PRESTADORA DE SERVIÇOS - DANO MORAL CONFIGURADO - SENTENÇA REFORMADA. Recurso provido. (Apelação nº 9057819-63.2005.8.26.0000, Relator(a): Edgard Rosa; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 30ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 02/06/2010; Data de registro: 25/06/2010; Outros números: 1008442800).

Transporte de carga - Ação indenizatória - Atraso de cinco meses na entrega de mudança para país estrangeiro - Autor que, juntamente como sua família, passou por transtornos e dissabores que extrapolam o limite do razoável - Danos materiais configurados - Aluguel suplementar e compra de móveis para que sua nova residência tivesse um mínimo de habitabilidade - Danos morais devidos - Indenização fixada em R$ 20.000,00 que se mostra mais adequada diante das circunstâncias do caso concreto - Correção monetária devida a partir da prolação sentença (Súmula nº 362 do STJ) e juros de mora, contados desde a citação (art. 405 do Código Civil). Recurso parcialmente provido. (Apelação nº 0024608-65.2010.826.0405, Relator(a): Márcia Cardoso; Comarca: Osasco; Órgão julgador: 12ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 21/01/2015; Data de registro: 21/01/2015).

Desse modo, merece a autora ser moralmente reparada pelo fato de ter ficado privada da utilização de seus bens por um considerável período, além dos transtornos a que foi submetida em razão de falha nos serviços prestados pela ré de desconsolidação e desembaraço de carga.

Acesso ao Sumário

Ressalte-se, no tocante ao *quantum* indenizatório, cumpre observar que tal modalidade de indenização não deve prestar-se ao enriquecimento ilícito, mas deve ser considerado o aspecto inibitório da condenação ora enfocada, em relação ao autor do fato, a fim de que invista no aprimoramento de seus procedimentos, não havendo se olvidar, de outra parte, do caráter compensatório da reparação.

Desta forma, na espécie, razoável seja a indenização arbitrada no valor de **R$ 10.000,00 (dez mil reais)**, até porque "*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).

Logo, dá-se provimento o recurso adesivo da autora.

Ante o exposto, **acolhem-se os embargos de declaração com efeito modificativo**, para suprir a omissão no v. acórdão e condenar a ré ao pagamento de indenização por danos morais, no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais), corrigida monetariamente pela Tabela Prática do TJ/SP do acórdão, com juros de mora de 1% ao mês da citação, condenando-o ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em 20% do valor da condenação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 1006386-62.2014.8.26.0576/50000, da Comarca de São José do Rio Preto, em que são embargantes FÁBIO LOPES DE OLIVEIRA, CARLOS ANDRE DA SILVA e SIDNEY SOUZA CARDOSO DE OLIVEIRA CARVALHO, é embargado IC FRANCHISING LTDA.

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, com efeitos modificativos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33630a)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MAIA DA CUNHA (Presidente) e FRANCISCO LOUREIRO.

São Paulo, 29 de janeiro de 2016.

ENIO ZULIANI, Relator

Ementa: Embargos de declaração (2) acolhidos. Equivoco na interpretação dos arts. 20 e 21, do CPC.

Acesso ao Sumário

Ré condenada e sucumbente no pleito reconvencional nada deve receber, inclusive no que diz respeito a divisão de custas. Honorários fixados em Primeiro Grau de forma adequada, o que teria de conduzir ao NÃO PROVIMENTO DO RECURSO e não provimento, em parte. Embargos acolhidos com efeito modificativo para NEGAR PROVIMENTO ao recurso, mantida a forma de condenação estabelecida na sentença.

VOTO

Vistos.

FÁBIO LOPES DE OLIVEIRA E OUTROS (franqueados) e **IC FRANCHISING LTDA.** (franqueadora) opõem embargos de declaração contra acórdão assim ementado:

FRANQUIA. RESILIÇÃO DO CONTRATO. ARRAS CONFRIMATORIAS. HONORÁRIOS.

- RESILIÇÃO unilateral do contrato pelos autores. Cláusula contratual prevendo retenção pela ré do valor equivalente a 30% da Taxa Inicial de Franquia a título de arras confirmatórias. Restituição aos autores no valor de R$42.000,00 (quarenta e dois mil reais), que corresponde à diferença entre o valor já recebido (R$72.000,00) e o valor das arras confirmatórias.

- HONORÁRIOS. Reforma. Muito embora a ré-reconvinte tenha sucumbido inteiramente quanto ao pedido reconvencional, tal fixação não está sujeita a critérios matemáticos e assim, pela sucumbência recíproca, arcará ambas as partes com o pagamento das custas e despesas processuais, bem como com os honorários advocatícios, os quais fixo 15% do valor da condenação, nos termos do artigo 20, §3º do Código de Processo Civil.

- Recurso provido em parte.

Os embargos versam sobre as despesas do processo.

Os autores (franqueados) obtiveram, na ação, uma parte do que desejavam e a ré (franqueada) saiu condenada, em parte e perdeu a reconvenção. A respeitável sentença de Primeiro Grau considerou tudo isso e fixou a verba honorária (em favor dos franqueados) em 10% do valor da causa do pedido reconvencional.

O Acórdão entendeu que houve sucumbência recíproca e condenou ambos nas custas e honorários de 15% do valor da condenação para cada qual.

Os embargos permitem corrigir o critério que, em segunda leitura, verifica-se como equivocado.

Acesso ao Sumário

A IC (franqueadora) foi a única parte que recorreu, o que resulta que os franqueados ficaram satisfeitos como a sentença decidiu a questão dos honorários. E deveria ser mantida integralmente a sentença e não reformado.

A IC (franqueadora) não deverá ter benefícios com o resultado, inclusive no que diz respeito ao pagamento das custas. Houve, sim, um resultado que não espelha a totalidade do pedido. No entanto e embora os autores não tenham obtido tudo o que desejavam, terminaram ganhando, como derrotaram a franqueadora na reconvenção. Ora, em aplicando o princípio da causalidade (art. 20, do CPC), não teria sentido entender que as despesas fossem repartidas ou que a IC recebesse honorários (art. 21, do CPC). Houve, sim, sucumbência da ré e se não foi total chegou ao quase que não permite dividir as despesas ou aplicar regras da sucumbência recíproca. A sentença merece integral confirmação.

O que ora se proclama atende aos objetivos da mensuração adequada e proporcional (art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC), porque 10% do valor da causa reconvencional surge como adequado para remunerar o vencedor.

Isso posto, acolhem os embargos, com efeito modificativo, para alterar o resultado que passa a ser de NEGAR PROVIMENTO, mantida a sentença inclusive no que diz respeito ao capítulo sobre despesas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 1094754-20.2014.8.26.0100/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante CENTRO ESPIRITA EMMANUEL, é embargado ALOYSIO SANTOS DA FONSECA.

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, sem alteração do julgado. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16471)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores COELHO MENDES (Presidente), JOSÉ WAGNER DE OLIVEIRA MELATTO PEIXOTO e MENDES PEREIRA.

São Paulo, 1 de fevereiro de 2016.

COELHO MENDES, Relator

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. APONTADA A OCORRÊNCIA DE ERROS MATERIAIS. RECONHECIDO OS EQUÍVOCOS

Acesso ao Sumário

PASSÍVEIS DE CORRIGENDA. EMBARGOS ACOLHIDOS, SEM EFEITO MODIFICATIVO.

VOTO

Vistos.

É caso de embargos de declaração interpostos em face do acórdão de fls. 88/90 e utilizados para apontar a ocorrência de erros materiais sob o argumento de que precisam ser sanados.

É o relatório.

Prosperam os embargos de declaração apresentados pelo réu da ação de embargos de terceiro.

Realmente constata-se equívoco que deve ser sanado no que diz com as datas apontadas para a distribuição das ações reivindicatória e de usucapião.

Desta forma, corrigem-se as datas, ficando claro que a distribuição da ação reivindicatória ocorreu em data de 23.05.2011, encontrando-se esta em fase de cumprimento da sentença cuja suspensão foi determinada, enquanto a usucapião foi distribuída em data de 16.11.2011, ou seja, posteriormente à medida reivindicatória.

Contudo, os equívocos nesta oportunidade sanados, em nada alteram o resultado do julgamento, permanecendo íntegro o entendimento da necessidade de suspensão do cumprimento da sentença proferida na ação reivindicatória e até a solução do pedido de reconhecimento da usucapião.

Pelo exposto, **ACOLHO** os embargos, para a correção de erros materiais, sem efeito modificativo do julgado.

Embargos Infringentes

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes nº 0001208-53.2011.8.26.0060/50000, da Comarca de Auriflama, em que é embargante BANCO SANTANDER (BRASIL) S/A, é embargado JURANDIR FURLAN (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara Extraordinária de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram e rejeitaram os embargos infringentes. V.U.", de

Acesso ao Sumário

conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29527)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores HERALDO DE OLIVEIRA (Presidente sem voto) e SÉRGIO SHIMURA.

São Paulo, 26 de novembro de 2015.

JOSÉ TARCISO BERALDO, Relator

Ementa: CONTRATO - Borderô de desconto de cheques - Cobrança de débito desacompanhada de instrumento contratual e dos títulos inadimplidos - Extratos e demonstrativo do débito que não suprem a falta de tais documentos - Caso em que não é possível a verificação de existência de eventual débito - Inteligência do inciso I do art. 333 do Cód. de Proc. Civil - Sentença de procedência reformada - Embargos infringentes rejeitados.

VOTO

Embargos infringentes interpostos em face do v. acórdão de fls. 106/111, o qual, pelos votos dos Em. Desembargadores Relator JOÃO PAZINE NETO e Revisor HERALDO DE OLIVEIRA, deu provimento à apelação apresentada pelo Embargado, contra o voto do Em. Desembargador Terceiro Juiz JACOB VALENTE de modo a reformar r. sentença que julgara procedente ação de cobrança de débito decorrente de contrato de desconto de títulos.

O embargante opõe-se à douta maioria e pugna pela reforma, nos termos daquele r. voto vencido, favorável à manutenção do decidido em Primeiro Grau por entender suficiente a documentação apresentada com a petição inicial, isto é, "extratos e o demonstrativo de débito, constituindo prova da existência de contratação entre as partes, demonstrando a evolução da dívida e inadimplemento da obrigação", sem contar que "o procedimento ordinário não exige qualquer documentação específica para instrução da petição inicial" nem o embargado impugnou especificadamente a dívida.

Os embargos foram admitidos para discussão, e o embargado apresentou resposta, via da qual se bate pela manutenção do v. acórdão.

É o relatório.

Os embargos não vingam, respeitado, ao máximo, o convencimento do Em. Des. JACOB VALENTE.

É verdade que para ação de cobrança não se exige nenhum documento específico, prevalecendo a regra geral prevista no art. 332 do Cód. de Proc. Civil segundo a qual são admitidos com prova "**todos os meios legais, bem como os**

Acesso ao Sumário

moralmente legítimos, ainda que não especificado neste Código".

Todavia, não é menos certo que cabia ao embargante demonstrar não só a existência da contratação e a evolução do débito, mas, particularmente, como bem observou o Em. Des. JOÃO PAZINE NETO, no v. aresto embargado, "os termos e encargos supostamente contratados" e a própria "inadimplência do Réu alegada pelo Autor quanto ao não recebimento dos cheques descontados" (fls. 108), ante o disposto no inciso I do art. 333 do Cód. de Proc. Civil.

Para tanto, frise-se, não bastam "extratos e o demonstrativo de débito", sendo imprescindível a juntada do instrumento contratual ou mesmo de termo de adesão a contrato padrão e dos títulos não quitados.

Nada disso, contudo, trouxe o embargante que, instado a especificar provas, "informou 'que não tem outras provas a produzir' (fl. 72)" (fls. 109), como igualmente se vê no v. acórdão embargado.

Não há, consequentemente, como se apurar o "quantum" devido, isto é, não se sabe quais lançamentos indicados nos extratos realmente correspondem a títulos inadimplidos nem a regularidade dos encargos cobrados.

Feitas essas considerações, deve prevalecer o v. acórdão.

Como consequência, rejeitam-se os embargos infringentes.

Mandados de Segurança

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança nº 2177395-23.2015.8.26.0000, da Comarca de Sorocaba, em que é impetrante REGINA LUCIA MOREIRA DE SOUZA, é impetrado MM. JUIZ DE DIREITO DA 4ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE SOROCABA.

ACORDAM, em 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Concederam a segurança, por votação unânime.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.549)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO PESSOA DE MELLO BELLI (Presidente), SEBASTIÃO JUNQUEIRA e RICARDO NEGRÃO.

São Paulo, 30 de novembro de 2015.

RICARDO PESSOA DE MELLO BELLI, Presidente e Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Mandado de segurança - Ato judicial - Processo eletrônico - Comando de cancelamento da distribuição de embargos à execução e de proibição de a embargante peticionar naqueles autos, a pretexto de que a formação do arquivo eletrônico não observou a disciplina prevista no art. 9º, IV, "a" até "c" da Resolução nº 551/2011 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - Alegada infração a direito líquido e certo - Verificação - Art. 284 do CPC expresso ao estabelecer a necessidade de concessão de oportunidade para a correção da petição inicial defeituosa ou incompleta - No mesmo sentido, o próprio art. 9º, parágrafo único, da Resolução 551 - Oportunidade de correção não concedida - Manifesto e irremediável o prejuízo, haja vista que, a prevalecer a decisão contida no ato impugnado, a impetrante terá perdido o prazo para embargar a execução - Pertinente o mandado de segurança na hipótese, porquanto os termos da citada decisão impediam ou pareciam impedir a impetrante de aviar o recurso próprio - Ordem que se concede, para a invalidação do ato impugnado, com o consequente restabelecimento da distribuição dos embargos e do respectivo processamento. Segurança concedida.

VOTO

1. Mandado de Segurança impetrado por REGINA LUCIA MOREIRA DE SOUZA contra ato praticado pelo MM. Juiz de Direito da 4ª Vara Cível da Comarca de Sorocaba, nos autos do processo de embargos à execução opostos pela impetrante frente à execução por título extrajudicial que lhe move FONTE FOMENTO E COBRANÇA MERCANTIL LTDA.

Opostos embargos à execução pela impetrante, o MM. Juiz de primeiro grau, ora impetrado, proferiu a decisão a seguir transcrita:

"*Vistos.*

A ação foi distribuída sem que fosse observado o previsto no Comunicado SPI 29/2014 e na Resolução 551/2011 do E. TJSP, em especial o disposto no artigo 9º, IV, 'a' até 'c' (procuração, documentos, cálculos e guias no campo 'documentos pessoais').

Portanto, determino o CANCELAMENTO da presente distribuição, sendo

Acesso ao Sumário

que o patrono poderá providenciar nova distribuição, desde que observados os requisitos legais.

O autor deverá abster-se de protocolar qualquer petição endereçada a estes autos.

Façam a remessa ao Cartório Distribuidor, para as anotações necessárias.

Intime-se" (fl. 22).

Segundo a petição inicial, a autoridade coatora violou direito líquido e certo da impetrante, ao determinar o cancelamento da distribuição dos embargos à execução e, mais, ao obstá-la de peticionar nos respectivos autos, por suposto desatendimento ao texto expresso na Resolução 551/2011, que regulamentou o processo eletrônico no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, e no Comunicado SPI 29/2014, que trouxe recomendações aos advogados com vistas à correta formação do processo eletrônico. Nesse sentido, sustenta que não houve irregularidade na formação do processo eletrônico dos embargos, e que os documentos mencionados pela autoridade coatora não foram juntados no campo 'documentos pessoais', por inexistirem nos autos. Pondera que, de todo modo, o juiz da causa haveria de ter concedido oportunidade para a correção do su posto vício, até diante do princípio da instrumentalidade das formas. Afirma, pois, que o ato atacado contraria a Constituição Federal e as próprias normas citadas pela autoridade impetrada, até porque o parágrafo único do art. 9º da Resolução 511/2011 autoriza a concessão de prazo para o peticionário sanar eventuais incorreções. Diz, por último, que o cancelamento da distribuição dos embargos à execução e a ordem no sentido de obstar a impetrante de peticionar naqueles autos afrontam o direito ao contraditório e à ampla defesa, não havendo outro remédio senão o mandado de segurança para assegurar-lhe o direito violado, haja vista o prazo para embargos ser peremptório.

Donde a impetração do mandado de segurança em exame.

2. Deferi o requerimento liminar, para suspender a eficácia do ato atacado (fl. 396).

3. A autoridade coatora prestou informações (fl. 402).

4. O Ministério Público em segundo grau, com vista dos autos, deixou de manifestar parecer, com o argumento de que a impetração versa sobre direito individual disponível, envolvendo partes maiores e capazes (fl. 408).

É o relatório do essencial.

5. Permito-me reproduzir a decisão mediante a qual deferi o requerimento liminar deste mandado de segurança, como segue:

"*Considero relevantes os fundamentos da impetração.*

Isso porque a inobservância das formalidades estabelecidas no art. 9º da Resolução 551/11 imporia a concessão de prazo para a regularização, nos

Acesso ao Sumário

termos do que estabelece o parágrafo único do mesmo dispositivo e do que prevê o art. 284 do CPC.

E não consta ter sido assinado prazo para a correção da falha.

Assim, ***defiro*** *a liminar, para suspender a eficácia do ato atacado.*

Comunique-se a autoridade impetrada e requisitem-se-lhe informações.

Int" (fl. 396).

Neste passo, reafirmo o raciocínio exposto na decisão acima transcrita, acrescentando que os termos da decisão contida no ato impugnado, cancelando a distribuição e proibindo a ora impetrante de peticionar nos autos, impediam ou pareciam impedir esta última de aviar o recurso apropriado contra a decisão.

O prejuízo é manifesto e irremediável, haja vista que, a prevalecer tal decisão, a impetrante terá perdido o prazo para embargar a execução.

Donde a vistosa infração a direito líquido e certo e o cabimento do mandado de segurança na espécie.

Posto isso, **concedo** a segurança, para o efeito de invalidar o ato atacado, de sorte a que se restaure a distribuição e o processamento dos embargos.

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2124447-07.2015.8.26.0000, da Comarca de Santa Bárbara D'Oeste, em que é agravante HONDA AUTOMÓVEIS DO BRASIL LTDA., é agravado FABIANO ROBERTO SOARES.

ACORDAM, em 16ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, deram provimento ao agravo da empregadora, vencido o terceiro desembargador, que o desprovia e declarará voto.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.691)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VALDECIR JOSÉ DO NASCIMENTO (Presidente) e JOÃO NEGRINI FILHO.

São Paulo, 24 de novembro de 2015.

CYRO BONILHA, Relator

Ementa: ACIDENTÁRIA – Ingresso da empregadora na lide na condição de assistente simples – Admissibilidade – Existência de interesse jurídico – Recurso provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Honda Automóveis do Brasil Ltda. contra decisão que, em ação acidentária movida por Fabiano Roberto Soares contra o INSS, indeferiu pedido para que a empregadora ingressasse na lide na condição de assistente simples.

Pretende a agravante a reforma da decisão. Alega que, no caso de ser julgada procedente a ação, o pagamento do Seguro de Acidentes do Trabalho (SAT) será elevado, bem como poderá vir a sofrer ação regressiva por parte do INSS. Argumenta que tal fato lhe acarretará prejuízo, configurando o seu interesse jurídico em participar da lide.

Negou-se a pretendida antecipação da tutela recursal, sendo dispensada a requisição de informações.

Acesso ao Sumário

Processado o recurso, a parte contrária apresentou resposta.

A Procuradoria Geral de Justiça não mais se manifesta em ações acidentárias.

É o relatório.

Respeitado o entendimento do juízo de primeiro grau, apesar do descabimento do ingresso na lide da empregadora como assistente litisconsorcial, notadamente em face da inexistência de relação desta com o INSS, a agravante possui interesse jurídico para ser admitida no processo como assistente simples.

No caso em tela, o resultado da ação acidentária poderá repercutir indireta e negativamente na esfera jurídica da agravante.

Registre-se a possibilidade de a autarquia acionar a empregadora regressivamente nos termos do art. 120 da Lei nº 8.213/91. Na hipótese de indenização pelo direito comum, poderá ser apurada a sua culpa ou dolo, sendo possível ainda ocorrer reflexos no âmbito da relação trabalhista.

Dentro desse quadro, merece ser provido o recurso para a admissão da agravante na ação acidentária como assistente simples.

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

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 19.379)

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. PEDIDO DE ASSISTÊNCIA. EMPREGADOR. INTERESSE JURÍDICO. INADMISSIBILIDADE, SEJA DE ASSISTÊNCIA SIMPLES, SEJA DE ASSISTÊNCIA LITISCONSORCIAL.

A pretensa assistente não será prejudicada em seu direito ou no contraditório, na medida em que a sentença judicial somente produz efeitos entre as partes. Ademais, o simples interesse econômico não tem, por si só, o condão de viabilizar a concessão do pedido de assistência.

RECURSO IMPROVIDO.

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento digital erigido pela empresa *Honda*

Automóveis do Brasil Ltda., contra a r. decisão monocrática que, em ação acidentária, indeferiu o seu pedido para ingressar nos autos na condição de assistente simples.

Sustentou a agravante, de forma sintética, encontrar-se equivocado o r. *decisum*, pois no caso de ser julgada procedente a ação, o pagamento do Seguro de Acidentes do Trabalho (SAT) será elevado, bem como poderá vir a sofrer ação regressiva por parte do INSS; argumentou que tal fato lhe acarretará prejuízo, configurando o seu interesse jurídico em participar da lide; por fim, requereu o provimento do recurso.

Negou-se a pretendida antecipação da tutela recursal, sendo dispensada a requisição de informações.

Processado o recurso, a parte contrária apresentou resposta.

A Procuradoria Geral de Justiça não mais se manifesta em ações acidentárias.

É o relatório.

Não obstante as **ponderações expedidas pela Douta maioria**, consubstanciadas no **Voto nº 24691** do nobre Desembargador Cyro Bonilha, não há como se comungar do mesmo entendimento, em face dos seguintes fundamentos.

Anoto que o recurso não merece provimento, porquanto o interesse em intervir resulta da dependência que existe entre a relação jurídica de que seja titular o terceiro candidato a assistente e a relação jurídica deduzida no processo, por força da qual, precisamente, a decisão se torna capaz de causar prejuízo àquele.

Diante disso, infere-se, com tranquilidade, não ter a empregadora legítimo interesse jurídico para ingressar nos autos como assistente do INSS, seja litisconsorcial, seja simples, **posto que a decisão sobre a lide não influirá, em hipótese alguma, na relação ou situação jurídica do assistente.**

Ora, conforme prelecionam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery:

> "Somente pode intervir como assistente o terceiro que tiver interesse jurídico em que uma das partes vença a ação. Há interesse jurídico do terceiro, quando a relação jurídica da qual seja titular possa ser reflexamente atingida pela sentença que vier a ser proferida entre o assistido e a parte contrária." (Código de Processo Civil Comentado, 2ª edição, RT, pág. 423).

Na verdade, a pretensa assistente não será prejudicada em seu direito ou no contraditório, na medida em que a sentença judicial somente produz efeitos entre as partes; portanto, ainda que o obreiro se sagre vencedor na demanda erigida contra o INSS, a sentença proferida nenhum efeito surtirá sobre a empregadora,

Acesso ao Sumário

mesmo porque os fundamentos do pedido em relação a uma eventual ação dirigida contra ela são completamente distintos daqueles decorrentes de uma ação acidentária.

Sobre o tema, segue, ainda, o ensinamento do extinto C. Segundo Tribunal de Alçada Civil, *in verbis*:

> ACIDENTE DO TRABALHO - INTERVENÇÃO DE TERCEIRO - ASSISTÊNCIA - EMPREGADOR - INTERESSE JURÍDICO - AUSÊNCIA - INADMISSIBILIDADE
>
> O empregador não tem interesse jurídico para ingressar nos autos como assistente do Instituto.
>
> AI 773.536-00/0 - 12ª Câm. - Rel. Juiz RIBEIRO DA SILVA - J. 3.4.2003
>
> SOBRE O TEMA AI 529.421-00/8 - Rel. Juiz CAMBREA FILHO AI 492.067-00/4 - Rel. Juiz RIBEIRO PINTO ATHOS GUSMÃO CARNEIRO - Ministro do Superior Tribunal de Justiça, 'in' "Intervenção de Terceiros", Ed. Saraiva, 9ª ed., 1997, págs. 53/129 "Lineamento de Infortunística", José Bushatsky Ed., 1976, pág. 12 NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY - "Código de Processo Civil Comentado", RT, 2ª ed., pág. 423
>
> ANOTAÇÃO No mesmo sentido: AI 589.606-00/1 - 11ª Câm. - Rel. Juiz ARTUR MARQUES - J. 26.7.99 AI 596.818-00/2 - 8ª Câm. - Rel. Juiz RENZO LEONARDI - J.
>
> 7.10.99 AI 739.516-00/0 - 10ª Câm. - Rel. Juiz SOARES LEVADA - J. 14.8.2002 Ap. s/ Rev. 704.228-00/2 - 10ª Câm. - Rel. Juiz SOARES LEVADA - J.

Sempre bom recordar **que o simples interesse econômico não tem, por si só, o condão de viabilizar a concessão do pedido de assistência**, conforme se infere de substanciosa jurisprudência acerca da matéria - RT 469/170, 732/218, RTJESP 96/258, RF 251/192, JTA 34/332, 111/404, RP 33/245 e 47/287 -.

Assim, não há como a empregadora atuar processualmente na ação acidentária como assistente litisconsorcial, posto que, no caso em testilha, não se configura como cotitular do direito que está sendo discutido.

Recorde-se, por oportuno, **que na ação acidentária perante o INSS estamos diante de uma responsabilidade meramente objetiva**, razão pela qual o sucesso da demanda independe da análise da culpa, seja do empregado ou do empregador, bastando apenas, a comprovação do fato e a ocorrência do binômio: incapacidade-nexo causal.

Assim, de nenhum conteúdo prático a assistência, posto que os lindes restritos da prova jamais poderão ser ampliados em favor do assistente simples, que terá uma posição meramente figurativa nos autos.

Ressalto, por fim, *ad cautelam*, que os documentos que se encontram na posse da empregadora poderão ser requisitados pelo Juízo singular, caso haja

Acesso ao Sumário

necessidade, não havendo, destarte, por esse motivo, a obrigatoriedade da sua intervenção nos autos.

Ante o exposto, divergindo, *data venia*, da Douta Turma Julgadora, pelo meu voto, nego provimento ao agravo de instrumento erigido pela empregadora.

VALDECIR JOSÉ DO NASCIMENTO, Terceiro Desembargador

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2184492-74.2015.8.26.0000, da Comarca de Regente Feijó, em que é agravante JACQUES SAMUEL BLINDER, é agravado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, negaram provimento ao recurso. Declarará o 2º Juiz.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.885)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VERA ANGRISANI (Presidente sem voto), PAULO AYROSA e EUTÁLIO PORTO.

São Paulo, 26 de novembro de 2015.

PAULO ALCIDES, Relator

Ementa: EXECUÇÃO FISCAL. MULTA AMBIENTAL. REDIRECIONAMENTO DA AÇÃO CONTRA OS SÓCIOS. PRAZO DE CINCO ANOS DA DATA DE CITAÇÃO DA EMPRESA EXECUTADA TRANSCORRIDO. AUSÊNCIA, PORÉM, DE INÉRCIA DA EXEQUENTE NA BUSCA DO CRÉDITO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE AFASTADA. ENTENDIMENTO PACIFICADO DO EG. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DECISÃO MANTIDA.

RECURSO DESPROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto por JACQUES SAMUEL BLINDER contra a r. decisão (fl. 17/21) que rejeitou a tese de prescrição arguida pelo agravante nos autos da exceção de pré-executividade oposta contra a FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Insiste na ocorrência da prescrição. Cita jurisprudências a respeito da matéria. Pede a extinção da execução (fls. 02/09).

Ante a ausência de prejuízo à parte contrária, dispenso a providência prevista no artigo 527, V, do CPC.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

De fato, como bem observou o Magistrado, o reconhecimento da prescrição intercorrente depende de dois pressupostos: 1) transcurso do prazo de cinco anos da data da citação da devedora principal e a da inclusão do sócio no polo passivo da demanda; 2) inércia da exequente na busca do crédito.

Nesse sentido, o pacificado entendimento do Eg. Superior Tribunal de Justiça, firmado no julgamento de RECURSO ESPECIAL REPETITIVO, SOB O RITO DO ARTIGO 543-C, do CPC:

> "PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. DECLARAÇÃO DE OFÍCIO. VIABILIDADE. ART. 219, § 5º, DO CPC. CITAÇÃO. INÉRCIA DA FAZENDA PÚBLICA. SÚMULA 7 DO STJ. 1. A configuração da prescrição intercorrente não se faz apenas com a aferição do decurso do lapso quinquenal após a data da citação. Antes, também deve ficar caracterizada a inércia da Fazenda exequente".

Na hipótese, muito embora tenha transcorrido o lapso quinquenal entre a citação da empresa executada (ocorrida em 14/10/2005) e inclusão do agravante no polo passivo da execução (em 03/08/2012), fato é que não houve inércia da Fazenda Pública na perseguição ao crédito executado.

Como bem observou o Magistrado:

> *"A exequente foi diligente, inclusive efetivando a penhora sobre bens da empresa (fls. 71/72). Foram penhorados 240.000 litros de álcool combustível, tendo, inclusive, o excipiente, sócio-diretor da empresa, figurado como depositário da res penhorada (fl. 71v).*
>
> *Posteriormente, constatada a recuperação judicial da executada, estando ela com suas dependências lacradas, sem produção de álcool e sem bens para pagamento da dívida, houve o redirecionamento da execução em face do seu sócio-diretor, ora excipiente (fls. 189/190).*
>
> *Verifica-se, portanto, que não houve inércia da exequente, que, diligentemente, realizou diversos atos para a efetivação de seu crédito, inclusive penhorando bens da empresa executada, que, ao arrepio da penhora realizada e do depósito confiado ao seu sócio- diretor, ora excipiente, não tendo sido devidamente resguardada a res penhorada,*

Acesso ao Sumário

frustrando o direito de crédito da exequente".

Esse conjunto de providências tomadas pela Fazenda com o objetivo de encontrar bens da executada que pudessem garantir o débito fiscal afasta a ocorrência da prescrição.

Correta, portanto, a rejeição do incidente de exceção de pré-executividade.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 31.384)

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO FISCAL – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – MULTA ADMINISTRATIVA AMBIENTAL – REDIRECIONAMENTO AO SÓCIO DA EMPRESA – PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE – PRAZO PRESCRICIONAL DE 5 (CINCO) ANOS, CONTADOS DA DATA DA CITAÇÃO DA EMPRESA DEVEDORA PRINCIPAL (DECRETO Nº 20.910/32 E SÚMULA 467 DO STJ) – RECONHECIMENTO – RECURSO PROVIDO.

I- Prescreve em cinco anos a pretensão concernente à execução fiscal oriunda de multa ambiental aplicada, a teor do Decreto nº 20.910/32, posto ter índole administrativa a relação jurídica que deu origem ao crédito cobrado por execução fiscal.

II- A citação da empresa executada interrompe a prescrição em relação aos seus sócios-gerentes para fins de redirecionamento da execução fiscal. No entanto, com a finalidade de evitar a imprescritibilidade das dívidas fiscais, o redirecionamento da execução contra os sócios deve se dar no prazo de cinco anos contados da citação da pessoa jurídica. "In casu", transcorridos mais de cinco anos da data da citação da empresa e a citação de seus sócios, o caso era mesmo de reconhecimento da prescrição intercorrente.

Acesso ao Sumário

FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO propôs execução fiscal fundada em multa ambiental em face de **DESTILARIA SANTA FANY LTDA.**,

posteriormente redirecionada em face de **JACQUES SAMUEL BLINDER**, que ofertou exceção de pré-executividade, que foi rejeitada pela r. decisão de fls. 31/41.

Inconformado, agrava o executado JACQUES, almejando a reforma da decisão, alegando, em síntese, que o prazo para o redirecionamento da execução contra os sócios da empresa executada é de cinco anos a contar da citação desta, sendo que, no presente caso, já transcorreu referido período, visto que a citação da pessoa jurídica se deu em novembro de 2005, e o pedido de inclusão do sócio foi feito em junho de 2012. Ademais, é notória a inércia da Fazenda, que se quedou inerte quanto ao pleito para a inclusão do sócio, sendo impertinente a alegação de que somente com a dissolução irregular da sociedade é que surge o seu direito em postular o redirecionamento da demanda, mesmo porque é fato estranho à lide, além de a empresa executada estar apenas em recuperação judicial. Dessa forma, configurou-se a prescrição intercorrente, pelo que deve ser extinto o processo executivo.

É O RELATÓRIO.

Com a devida vênia do posicionamento adotado pelo douto Des. Relator, Dr. Paulo Alcides, creio que deva ser dado provimento ao recurso.

Conforme se depreende dos autos, a autora propôs execução fiscal fundada na Certidão de Dívida Ativa n° 225.090, oriunda de multa administrativa ambiental aplicada pela Secretaria do Meio Ambiente (fls. 15).

Com efeito, sabido é que a prescrição para o caso é quinquenal, nos termos da Súmula nº 467, do C. STJ: "*Prescreve em cinco anos, contados do término do processo administrativo, a pretensão da Administração Pública de promover a execução da multa por infração ambiental*".

Nesse aspecto, o STJ já decidiu que não se trata de crédito tributário, mas que se faz aplicável a mesma regra existente em favor da Fazenda Pública, de prescrição em cinco anos. *In casu*, aplica-se o Decreto n° 20.910/32, posto que "*a relação jurídica que deu origem ao crédito cobrado por execução fiscal, embora não sendo tributária, é de índole administrativa, com prescrição disciplinada não no CTN ou no Código Civil, mas no Decreto 20910/32*" (REsp. n° 280229/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 16.04.02). Dessa forma, não há para a questão posta a observância do REsp 120193, arguida pela agravada, por se relacionar este recurso com a prescrição para se exigir tributo devido.

No mesmo sentido:

> *"De fato, embora destituídas de natureza tributária, as multas impostas, inegavelmente, estão revestidas de natureza pública, e não privada, uma vez que previstas, aplicadas e exigidas pela Administração Pública, que se conduz no regular exercício de sua função estatal, afigurando-se inteiramente legal, razoável e isonômico que o mesmo*

Acesso ao Sumário

prazo de prescrição – quinquenal – seja empregado quando a Fazenda Pública seja autora (caso dos autos) ou quando seja ré em ação de cobrança (hipótese estrita prevista no Decreto n. 20.910/32)" (REsp n° 905932, 22.05.07, Rel. Min. José Delgado).

Na hipótese dos autos, a inscrição na Dívida Ativa se deu em 12.09.2005, tendo sido citada a empresa executada em 14.10.2005, o que interrompeu o prazo prescricional relativamente aos sócios.

Ocorre que, a partir disso, a exequente somente requereu a inclusão do sócio no polo passivo da demanda em junho de 2012, motivada pela inexistência de bens penhoráveis, tendo sido proferida decisão em 03.08.2012 (fls. 29) determinando a citação do agravante, que opôs, então, exceção de pré-executividade.

Nesse contexto, deve ser reformada a decisão ora combatida, na medida em que o entendimento é mesmo o de que, decorridos mais de 5 anos entre a citação da empresa executada e a citação dos sócios, ocorre a prescrição intercorrente.

A questão já foi pacificada no âmbito do Colendo Superior Tribunal de Justiça, consoante o entendimento abaixo exarado:

"PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. SOCIEDADE INDUSTRIAL POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA. DISSOLUÇÃO IRREGULAR. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO PARA O SÓCIO-GERENTE. CONSTATAÇÃO. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA N.º 07/STJ. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. OCORRÊNCIA.

(...)

5. Consoante pacificado na Seção de Direito Público, o redirecionamento da execução contra o sócio deve dar-se no prazo de cinco anos da citação da pessoa jurídica, sendo inaplicável o disposto no art. 40 da Lei n.º 6.830/80 que, além de referir-se ao devedor, e não ao responsável tributário, deve harmonizar-se com as hipóteses previstas no art. 174 do CTN, de modo a não tornar imprescritível a dívida fiscal. Precedentes: REsp 205887, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 01.08.2005; REsp 736030, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 20.06.2005; AgRg no REsp 445658, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 16.05.2005; AgRg no Ag 541255, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ 11.04.2005.

6. Desta sorte, não obstante a citação válida da pessoa jurídica interrompa a prescrição em relação aos responsáveis solidários, decorridos mais de 05 (cinco) anos após a citação da empresa, ocorre a prescrição intercorrente inclusive para os sócios.

7. In casu*, verifica-se que a empresa foi citada em 02.08.1996, tendo sido oferecido bens à penhora, os quais restaram devidamente arrematados. Posteriormente, em 17.04.2001, em cumprimento de*

mandado de reforço de penhora, constatou o juízo a desativação da empresa, bem como a inexistência de outros bens a serem penhorados. Em 27.06.2001, sobreveio despacho citatório determinando o redirecionamento do executivo fiscal contra o sócio-gerente, ora recorrente, cuja citação se deu, efetivamente, em 07.11.2001, exsurgindo, inequivocamente, a ocorrência da prescrição intercorrente alegada.

8. Recurso especial provido, reconhecendo-se a prescrição do direito de cobrança judicial do crédito tributário pela Fazenda Nacional, no que pertine ao sócio-gerente da empresa" (REsp 652.483/SC, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 21.9.2006).

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO-CONFIGURADO – AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO – EXECUÇÃO FISCAL – OCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE – PRECEDENTES DO STJ.

(...)

3. A interrupção da prescrição em desfavor da pessoa jurídica também projeta seus efeitos em relação aos responsáveis solidários.

4. Decorridos mais de 05 (cinco) anos após a citação da empresa, dá-se a prescrição intercorrente, inclusive para os sócios. Precedentes.

4. Recurso especial provido" (REsp 766.219/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 17.8.2006).

"PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. CABIMENTO. DESNECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535 DO CPC. REDIRECIONAMENTO PARA O SÓCIO-GERENTE. CITAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA. PRAZO QÜINQÜENAL (ART. 174 DO CTN). PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. OCORRÊNCIA.

(...)

5. É uníssona a posição desta Casa Julgadora no sentido de que o redirecionamento da execução contra o sócio deve-se dar no prazo de cinco anos da citação da pessoa jurídica. Precedentes.

6. No caso, verifica-se que a empresa executada foi citada no dia 29/03/1996 e o sócio, ora recorrido, apenas em 10/10/2002, ou seja, além do prazo qüinqüenal. Ocorrência da prescrição intercorrente.

7. Recurso especial não-provido" (REsp 758.934/RS, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 7.11.2005).

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CITAÇÃO EDITALÍCIA. POSSIBILIDADE APÓS ESGOTAMENTO DE TODOS OS MEIOS POSSÍVEIS PARA LOCALIZAR A EXECUTADA. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO CONTRA OS SÓCIOS ANTE A DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE. POSSIBILIDADE. DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE RECONHECIDA PELO TRIBUNAL A QUO. ANÁLISE. IMPOSSIBILIDADE.

Acesso ao Sumário

ENUNCIADO SUMULAR Nº 07/STJ. PRESCRIÇÃO. AFASTAMENTO. INOCORRÊNCIA DE TRANSCURSO DE CINCO ANOS ENTRE A INSCRIÇÃO DA DÍVIDA E A CITAÇÃO. NOMEAÇÃO DE CURADOR. AUSÊNCIA. COMPARECIMENTO ESPONTÂNEO DA EXECUTADA. SANEAMENTO.

(...)

IV - As duas turmas que compõem a 1ª Seção desta Corte adotaram o entendimento de que o redirecionamento da execução contra o sócio deve ocorrer no prazo de até cinco anos da citação da pessoa jurídica, sendo inaplicável o disposto no art. 40, da LEF. Precedentes: REsp nº 686.191/RJ, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 21/03/2005; REsp nº 336.065/SP, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, DJ de 24/06/2002 e REsp nº 142.397/SP, Rel. Min. ARI PARGENDLER, DJ de 06/10/1997.

(...)

VI - Agravo regimental improvido" (AgRg no REsp 705.973/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 29.8.2005).

Assim, pacificado o entendimento segundo o qual a citação dos sócios deve se dar em até cinco anos após a data da citação da empresa devedora principal sob pena de prescrição, deve ser acolhida a exceção de pré-executividade ofertada para julgar extinta a execução com fulcro no art. 269, inciso IV, do CPC.

Posto isto, pelo meu voto, dou provimento ao recurso nos termos explicitados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2198954-36.2015.8.26.0000, da Comarca de São José dos Campos, em que é agravante JACIRA MENESES PEREIRA, são agravados FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e SELECTA COMÉRCIO E INDÚSTRIA S/A (MASSA FALIDA).

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 21.746)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDSON FERREIRA (Presidente sem voto), VENICIO SALLES e J. M. RIBEIRO DE PAULA.

São Paulo, 3 de dezembro de 2015.

Acesso ao Sumário

OSVALDO DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – REPARAÇÃO DE DANOS – REINTEGRAÇÃO DE POSSE NA COMUNIDADE DE PINHEIRINHO.

1. Falta de interesse recursal, conexão e prevenção – Preliminares rejeitadas.

2. Ação de ressarcimento ajuizada em face de massa falida – Incompetência do Juízo da Vara da Fazenda Pública Falência decretada antes do ajuizamento da ação indenizatória – Indivisibilidade do juízo universal da falência – Inteligência do artigo 7.º, § 2.º, do Decreto-Lei n.º 7.661/45, combinado com o artigo 35, inciso I, alínea "a", do Código Judiciário do Estado de São Paulo – Decisão confirmada – Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra o ato decisório de fls. 45/49, que, nos autos da ação indenizatória, declinou da competência e determinou a redistribuição do feito à 18.ª Vara Cível da Capital, onde se processa a ação de falência da requerida Selecta.

A agravante alega (fls. 01/16) que propôs ação visando à reparação por danos materiais e morais, em virtude dos danos experimentados com a reintegração de posse na comunidade Pinheirinho, em São José dos Campos, levada a efeito no mês de janeiro de 2012. A massa falida da empresa Selecta Comércio e Indústria S/A foi a autora da aludida reintegração. Segundo informações prestadas pela Polícia Militar, para o cumprimento da ordem judicial liminar, foram convocados dois mil homens, os quais utilizaram, dentre outros recursos, balas de borracha e bombas de efeito moral para obter êxito na diligência. Os moradores foram removidos das casas apenas com a roupa do corpo e, posteriormente, não puderam retirar seus bens, que acabaram destruídos ou extraviados. Antes da fase de produção de provas, o juízo *a quo* declinou da competência para processar e julgar a presente demanda, determinando a remessa dos autos para a 18.ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo, porque lá tramita o processo falimentar da empresa ré. No entanto, não há que se falar na *vis attractiva* do juízo falimentar, a teor das exceções previstas no artigo 24, § 2.º, inciso II, da Decreto-lei n.º 7.661/45, pois a demanda envolve pedido de quantia ilíquida. Logo, o feito deve tramitar na Vara da Fazenda Pública de São José dos Campos. Tal regramento não se aplica somente às ações

Acesso ao Sumário

ajuizadas antes da falência, consoante já decidiu o Superior Tribunal de Justiça. O objeto da ação não guarda qualquer relação com o interesse intrínseco sobre os bens da massa, mas com a sua responsabilização pelos atos cometidos na ação de reintegração de posse. Outrossim, o artigo 35 do Decreto-Lei Complementar Estadual n.º 03/69 (Código Judiciário do Estado de São Paulo) estabelece a competência absoluta e improrrogável dos juízes das Varas da Fazenda do Estado para processar e julgar os feitos em que o Estado e suas autarquias ou paraestatais forem interessadas. Requer a concessão de efeito suspensivo ao recurso, bem como a reforma da decisão interlocutória impugnada, a fim de se reconhecer a competência do Juízo da 2.ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São José dos Campos para processar e julgar a ação indenizatória.

O pedido de concessão de efeito suspensivo foi indeferido (fls. 52/53).

Com apresentação de contraminuta pela agravada Selecta Comércio e Indústria S/A (fls. 55/74), pelo desprovimento ao recurso interposto. Suscitaram-se as preliminares de falta de interesse recursal e de conexão com anterior agravo de instrumento distribuído à 5.ª Câmara de Direito Público.

A agravante não se opôs ao julgamento virtual (fls. 75).

É o relatório.

Primeiramente, devem ser afastadas as preliminares arguidas na contraminuta da agravada.

É evidente o interesse recursal da agravante. Ora, a autora promoveu ação indenizatória no Foro de São José dos Campos. O juízo *a quo*, por sua vez, declinou da competência para conhecer e julgar o feito, determinando a redistribuição à Décima Oitava Vara Cível da Capital. Diante da alteração promovida, compete à demandante, considerando-se prejudicada, questionar a decisão judicial pela via recursal, tal como procedeu.

Por outro lado, não se partilha da tese esposada pela agravada, no sentido de que o presente recurso, em prevenção, deve ser remetido à Relatoria da Eminente Desembargadora Maria Laura Tavares. A esse respeito, recupera-se excerto de decisão proferida em outro agravo de instrumento, que, com muita propriedade, apreciou o tema:

Acesso ao Sumário

"1. O agravante sustenta prevenção da 5.ª Câmara de Direito Público para apreciação do recurso, em razão do julgamento do agravo de instrumento n.º 2169880-68.2014.8.26.0000, relatado pela Des. MARIA LAURA TAVARES, no qual também se discutiu a competência do juízo falimentar para apreciação de demandas ilíquidas propostas após a declaração da quebra.

Assim dispõe o art.105 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo:

"A Câmara ou Grupo que primeiro conhecer de uma causa, ainda que não apreciado ou 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, derivadas do mesmo ato, fato, contrato ou relação jurídica, e nos processos de execução dos respectivos julgados".

Reputam-se conexas duas ou mais ações, quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir (art.103 do Código de Processo Civil), não se exigindo a identidade de partes para sua configuração.

Como observado pela agravante, há mais de mil processos, propostos por ocupantes da comunidade do Pinheirinho, pedindo indenização por danos materiais e morais decorrentes da reintegração de posse, pertinentes a fatos e interesses jurídicos diversos e particulares, posto que cada um sofreu suposto dano diverso em intensidade e em quantidade, a ser provado em cada processo.

Daí a diferença da causa de pedir no tocante ao fundamento de fato, diverso em cada demanda. Diferente também o objeto, posto que cada autor pede indenização apropriada ao seu dano particular.

Os processos não tem similitude fática a justificar a prevenção.

E, para evitar decisões divergentes quanto à matéria de direito, poderá ser suscitado o incidente de assunção de competência, por meio do qual se obterá a prevalência da jurisprudência dominante". (Agravo Regimental n.º 2096548-34.2015.8.26.0000/50.000 – São José dos Campos – 10.ª Câmara de Direito Público – Rel. Teresa Ramos Marques – j. 06.07.2015, V.U.).

Afastadas tais arguições, resta a análise do mérito recursal.

A discussão travada no presente instrumento diz respeito à competência para se apreciar e julgar o pedido veiculado em ação indenizatória por danos materiais e morais, se é da 2.ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São José dos Campos ou da 18.ª Vara Cível Central, por onde tramita a ação falimentar da corré Selecta Comércio e Indústria S/A.

Com efeito, dispõe o Decreto-Lei n.º 7.661/45:

Artigo 7.º - É competente para declarar a falência o juiz em cuja jurisdição o devedor tem o seu principal estabelecimento ou casa filial de outra situada fora do Brasil.

(...)

§ 2.º - O juízo da falência é indivisível e competente para todas as ações e reclamações sobre bens, interesses e negócios da massa falida, as quais serão processadas na forma determinada nesta lei.

A ação indenizatória proposta pela agravante foi distribuída em setembro de 2012 (informação obtida do andamento processual dos autos n.º 0045028-

Acesso ao Sumário

89.2012.8.26.0577, no *site* do Tribunal de Justiça), quando a falência da empresa Selecta Comércio e Indústria S/A já havia sido decretada nos autos n.º 0713297-16.1989-8.26.0100. Dessa forma, a indivisibilidade do juízo falimentar atrai a competência para a apreciação da pretensão indenizatória em discussão, consoante a regra legal sobredita, em combinação com o disposto no artigo 35, inciso I, alínea "a", do Código Judiciário do Estado de São Paulo, *in verbis*:

> 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;

O argumento da agravante quanto à aplicabilidade da referida norma é inconsistente, pois o Código Judiciário do Estado é claro ao excepcionar da competência dos Juízos das Varas da Fazenda Pública os contenciosos relativos aos processos de falência. A norma de competência não está excepcionando apenas os processos falimentares propriamente ditos, mas também os contenciosos dele extraídos.

Outrossim, à espécie vertente, não se aplica o artigo 24, § 2.º, inciso II, do Decreto-Lei n.º 7.661/45[1], pois o dispositivo se refere às ações que demandem quantia ilíquida ajuizadas antes da falência.

Por outro lado, a Lei n.º 11.101/05 também não se aplica à situação dos autos, pois o processo de falência da empresa Selecta foi ajuizado na vigência do Decreto-Lei n.º 7.661/45. É o que estabelece o artigo 192, *caput*, do aludido diploma legal: "Esta Lei não se aplica aos processos de falência ou de concordada ajuizados anteriormente ao início de sua vigência, que serão concluídos nos termos do Decreto-Lei n.º 7.661, de 21 de junho de 1945".

Nesse sentido, este Relator já teve oportunidade de apreciar: Agravo de Instrumento n.º 00381892-09.2010.8.26.0000 – São Paulo – 12.ª Câmara de Direito Público – j. 16.03.2011.

Confiram-se ainda outro precedente deste Colendo Tribunal de Justiça:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO – Competência – Ação de indenização por danos morais e materiais – Massa Falida que integra o polo passivo

Acesso ao Sumário

1 Artigo 24 – As ações ou execuções individuais dos credores, sobre direitos e interesses relativos à massa falida, inclusive as dos credores particulares de sócio solidário da sociedade falida, ficam suspensas, desde que seja declarada a falência até o seu encerramento.

(...)

§ 2.º - Não se compreendem nas disposições deste artigo, e terão prosseguimento com o síndico, as ações e execuções que, antes da falência, hajam iniciado:

(...)

II- os que demandarem quantia ilíquida, coisa certa, prestação ou abstenção de fato.

– Ação indenizatória ajuizada após a quebra – Competência do Juízo da Falência – Decisão agravada mantida – Recurso desprovido. (Agravo de instrumento n.º 2169880-68.2014.8.26.0000 São José dos Campos 5.ª Câmara de Direito Público – Relatora: Maria Laura Tavares – j. 23.03.2015).

Nesse contexto, é de rigor a manutenção da decisão agravada, porquanto em consonância com os argumentos ora esposados.

Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2177604-89.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante SINDICATO DOS TAXISTAS AUTÔNOMOS DE SÃO PAULO, são agravados UBER DO BRASIL TECNOLOGIA LTDA. e MUNICÍPIO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento parcial, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.410)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EDUARDO GOUVÊA (Presidente) e MAGALHÃES COELHO.

São Paulo, 14 de dezembro de 2015.

COIMBRA SCHMIDT, Relator

Ementa: PROCESSUAL CIVIL. Ação civil pública movida pelo Sindicato dos Taxistas Autônomos de São Paulo contra Uber e Município de São Paulo. Extinção do processo contra a empresa em virtude de litispendência, mercê de ação anterior ajuizada perante a 41ª Vara Cível. Impropriedade. Reconhecimento de conexão, determinada a reunião dos processos para decisão conjunta no Juízo da Fazenda Pública, ante a qualidade da parte corré (Município de São Paulo). Agravo provido parcialmente.

VOTO

Tempestivo agravo de instrumento tirado da decisão reproduzida a f. 860/3 que, em ação civil pública movida contra Uber do Brasil Tecnologia Ltda.,

Município e Estado de São Paulo, (a) extinguiu o processo, por litispendência, no que concerne à particular, mercê de ação anterior contra ela ajuizada perante a 41ª Vara Cível, pelo Sindicato das Empresas de Táxi e Locação de Táxi do Estado de São Paulo e duas associações corporativas; (b) extinguiu o processo frente ao Estado de São Paulo por ser municipal a competência para regulação do transporte urbano e (c) indeferiu, contra o Município, pedido antecipatório formulado no sentido de exercer "adequadamente seu poder de polícia de forma a exigir da UBER que não utilize os serviços de motoristas que não sejam taxistas regularmente habilitados para o exercício da profissão na região metropolitana da cidade de São Paulo[1], sob pena de multa diária de R$ 50.000,00 (...) para cada um em caso de descumprimento" (f. 58).

Pede afastamento da suposta litispendência, determinando-se ao Juízo que, de pronto, aprecie o pedido liminar em relação à empresa Uber ou, subsidiariamente, conhecimento da matéria diretamente pelo Tribunal, nos termos do art. 515, § 3º, do CPC. Sustenta ser caso, se tanto, de conexão, a recomendar reunião das ações na 9ª Vara da Fazenda Pública da Capital diante de sua competência em razão da pessoa de direito público demandada. Pede o reconhecimento da litigância de má-fé da UBER em razão da atuação tumultuária (7 manifestações seguidas).

Pela decisão de f. 932/935 afastei a litispendência e determinei que o Juízo de origem apreciasse a antecipação de tutela em face da pessoa jurídica de direito privado matéria objeto de outro recurso.

A Uber apresentou contraminuta a f. 947/956 acenando com o risco de dano reverso. Justificou a juntada de pareceres jurídicos e decisões de outros Juízos e Tribunais sobre a matéria com a finalidade de elucidar a questão, não constituindo litigância de má fé.

Transcorreu *in albis* o prazo de resposta para o Município de São Paulo (f. 1062).

A Procuradoria Geral de Justiça opina pelo parcial provimento, apenas para reconhecer a conexão (f. 1067/1072).

É o relatório.

1. O nobre Procurador de Justiça aponta falha administrativa que *roga não se repita*, por não ter sido aberta oportunidade ao Ministério Público de primeira instância de manifestar- se nestes autos (f. 1069).

Todavia, não se verifica a alegada falha administrativa, pois o *Parquet* atua como *custos legis* em primeira instância, valendo dizer que a ação civil pública não foi por ele proposta. E não há previsão em lei de que, nessa qualidade, deva manifestar-se em agravo de instrumento processado em segunda instância, onde atua exclusivamente a Procuradoria Geral de Justiça (art. 5º, § 1º da Lei nº

Acesso ao Sumário

1 Este pedido foi dirigido, também, ao Estado.

7.347/85; art. 31 da LOMP; JTJ 191/250).

2. Pelo despacho de f. 932/935, deixei consignado o seguinte:

(...) 2. Como acima visto, não foi dirigido pedido contra o Estado, de modo a se formar preclusão quanto à sua participação na demanda. Resulta, *ipso facto*, ter-se reduzido seu objeto à questão do transporte municipal, mercê da subjacente preclusão da matéria.

3. O recurso é apropriado porque, ainda que extintiva, a decisão não é terminativa de processo, de modo a não se confundir com sentença (CPC, art. 162, § 1º). Tanto que a matéria há de ser submetida ao juízo de controle por instrumento, a fim de permitir o desenvolvimento regular do processo na pendência da resolução da questão interlocutória.

4. Assiste aparente razão ao agravante, pois, em tese, a decisão dissociou-se da regra do art. 301, §§ 1º, 2º e 3º porque, apesar de certa similitude dos pedidos formulados em ambas as lides, não são idênticos (vide o didático quadro comparativo de f. 16/7) e não há identidade de partes, malgrado seja lícito lobrigar identidade de causas de pedir.

Poderia haver continência (art. 104), porém uma vez mais se esbarra no requisito identidade de partes. É, se tanto, caso de conexão (art. 103), a recomendar reunião de processos perante a vara especializada caso o juízo assim entenda de conveniência.

Dada a urgência e a relevância da matéria (di-lo o noticiário veiculado sistematicamente pelos meios de comunicação, ainda que se depare com questão primordialmente comercial), há que ser afastada *provisoriamente* a extinção ditada face à empresa Uber, havendo a origem, em consequência, de analisar prontamente o pedido de antecipação de tutela que lhe foi submetido. Não é o caso de aplicação do art. 515 por se aplicar a norma aos recursos de apelação. E a interpretação há de ser restritiva ante a exceção que traça ao princípio do duplo grau.

5. No que concerne ao Município, não há como se conceder a pleiteada antecipação de tutela, seja ante o subjetivismo em que a questão é submetida (o que se pode entender por exercício adequado do poder de polícia ante supostas infrações que são praticadas com discrição, por não ostentarem os veículos utilizados no serviço dito paralelo, penso, sinais que os identifiquem?), seja porque, em uma rápida reflexão, não vejo como se possa exercer adequada (sob o que penso ser a visão do agravante) atividade repressiva sem inconstitucional quebra de sigilos telefônicos e telemáticos. Antes disso compete à valorosa categoria permanecer vigilante e apontar as infrações constatadas, em estreita colaboração com o poder público, a fim de permitir sua adequada atuação.

6. Mercê da pertinência temática, princípio que transcende o da conexão, retor do art. 102 do Regimento Interno, antevejo a possibilidade de ser competente para o conhecimento, em segundo grau, não apenas dos recursos tirados da ação identificada na epígrafe como, também, dos concernentes à que tramita perante a 41ª Vara Cível. Não, obviamente, para o agravo de

Acesso ao Sumário

instrumento precedente – 2129660-59.2015.8.26.000 – já julgado pela c. 29ª Câmara de Direito Privado (f. 596/604) – embargos de declaração inclusive, como aponta o *site*. Oficie-se, a propósito, à sua nobre relatora, Desª Sílvia Rocha, dando-lhe conhecimento da nova demanda e deste recurso.

3. Não vi relevante alteração do *statu quo*, no que concerne ao exercício do poder de polícia pela Administração a ensejar alteração do convencimento inicialmente formado, de sorte que ratifico, nesse propósito, a decisão em pauta. Ratifico-a, também, no concernente ao afastamento da lobrigada litispendência, deveras inexistente. E, como dito no relatório, a questão da antecipação da tutela frente a empresa Uber é objeto do Agravo de Instrumento nº 2199770-18.2015.8.26.0000, que segue seus trâmites rotineiros[2]. Resta, assim, apenas examinar a conexão existente entre a ação que tramita perante a 41ª Vara Cível e a da qual tirado o presente agravo.

4. A discussão a respeito da natureza jurídica do instituto da conexão das ações, instrumento previsto no direito adjetivo *a recomendar reunião de processos perante a vara especializada caso o juízo assim entenda de conveniência* (conforme deixei consignado a f. 934) - entendendo o nobre Procurador de Justiça cuidar-se de norma cogente, *nada obstante a dicção do art. 105 do código de ritos referir-se a 'poder ordenar'* (f. 1070) - é estéril. Deixemo-la a cargo dos doutrinadores, pois o processo civil tem finalidades puramente prático-pragmáticas. Em sendo assim, deve prevalecer o bom senso e o efeito prático do instituto aplicado ao caso concreto.

O C. Superior Tribunal de Justiça já estabeleceu que *o art. 103 do CPC se limita a instituir requisitos mínimos de conexão, cabendo ao juiz, conforme os elementos presentes em cada caso, aquilatar se a adoção da medida se mostra aconselhável e consentânea com a finalidade do instituto, que, em última análise, se presta colaborar com a efetividade da justiça e a pacificação social*[3].

Do julgado ainda se extrai o seguinte:

> O critério fundamental a ser sopesado pelo julgador nessa avaliação situa-se em torno da verificação da conveniência da reunião dos processos. A mera possibilidade de juízos divergentes sobre uma mesma questão jurídica não configura, por si só, conexão entre as demandas em que foi suscitada. A despeito da inexistência de previsão no art. 103 do CPC, a identidade de partes identidade de partes constitui elemento de extrema importância, a ser levado em consideração pelo julgador ao decidir se a conexão é de fato oportuna. O reconhecimento de conexão entre ações que, apesar de possuírem uma mesma relação jurídica de direito material, tenham apenas identidade parcial de partes, pode, conforme o caso, impor sérios entraves ao regular desenvolvimento

Acesso ao Sumário

2 Foi remetido à Procuradoria Geral de Justiça em 13.11, conforme ficha de acompanhamento eletrônico.

3 CC nº 113.130, Min. Nancy Andrighi, DJ 3.12.2010.

dessas ações, inclusive em detrimento dos próprios interessados.

Por outro lado, é possível imaginar situações em que a conexão de ações com identidade apenas parcial de partes será benéfica, por agilizar e baratear a instrução, bem como por possibilitar a prolação de uma única decisão, válida para todos.

Dessa forma, o juízo quanto à conveniência da conexão deve ser feito de forma casuística, a partir das circunstâncias presentes em cada caso, contemplando, inclusive a identidade de partes.

No mesmo sentido: *havendo identidade no objeto mediato – no caso, o mesmo contrato de mútuo –, prudente a reunião de ações, a fim de que sejam decididas simultaneamente, evitando decisões contraditórias*[4].

E, no caso, a ação movida perante a 41ª Vara Cível, por buscar a "proibição em definitivo do funcionamento e a disponibilização do aplicativo Uber no território brasileiro" (f. 16), muito mais abrangente do que a presente ação, pela qual se pretende a "cessação dos serviços de aproximação dos usuários com motoristas que não sejam taxistas cadastrados e autorizados a exercer a profissão na cidade de São Paulo" (quadro comparativo de f. 16/17), não há como deixar de reconhecer a conexão, porque ambas as demandas pretendem afastar a atuação da corré Uber.

Embora a ação mais abrangente possa até ser considerada prejudicial, a qualidade da parte corré (Município de São Paulo) leva a fixar-se a competência do Juízo da 9ª Vara da Fazenda Pública, especializado, de modo a afastar a competência residual do juízo civil comum.

É medida de economia e de celeridade, cujo fim maior reside no afastamento do risco de prolação de decisões conflitantes.

5. As manifestações sucessivas da Uber não se qualificam como deslealdade processual, porquanto contidas nos limites do lídimo debate de tema que gera controvérsias mundo afora e, nesse contexto, limitaram-se a trazer subsídios, sempre importantes, aptos a colaborar na formação do convencimento do julgador.

Isto posto dou provimento parcial ao recurso, para reconhecer a conexão entre a ação de que tirado este agravo e a que tramita perante a 41ª Vara Cível, determinando ao Juízo de origem a reunião dos dois processos para decisão conjunta.

Os recursos que deste se originarem estarão sujeitos a julgamento virtual, a não ser que se manifeste impugnação à forma, nos respectivos prazos de interposição.

4 CC nº 110.996, Min. Isabel Gallotti, DJ 29.3.2011.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2166741-74.2015.8.26.0000, da Comarca de Tremembé, em que é agravante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, são agravados DANIEL DOMINGUES RIBEIRO e DOLORES RUSSO.

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 12.185)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CARLOS MALHEIROS (Presidente) e JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA.

São Paulo, 15 de dezembro de 2015.

CAMARGO PEREIRA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI Nº 8.429/1992. Exclusão do polo passivo de corréus pessoas naturais responsáveis por pessoa jurídica também corré sem haver sequer a manifestação prevista no art. 17, § 7º. Impossibilidade. Provas robustas da materialidade. Fundamentação que apenas ponderou a excepcionalidade do instituto da desconsideração da personalidade para julgar extinto o processo em relação aos sócios. Caso que exige análise detida de provas complexas e cuja discussão transcende o direito individual, por envolver agentes públicos e políticos e atos de malversação de dinheiro público. Diante dos indícios do elo entre as ações dos corréus e as imputações determinadas, que, caso venham a ser devidamente comprovadas, podem implicar na imposição das sanções cominadas na Lei de Improbidade Administrativa, não haveria razão para se extinguir de plano a ação. Decisão que acabou, de algum modo, julgando antecipadamente o mérito da ação, como se já estivesse caracterizada a inexistência dos atos ímprobos.

Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra decisão juntada por cópia às fls. 18/22 que, nos autos da ação civil pública por improbidade administrativa (0004555-79.2015.8.26.0634), julgou extinto o processo, nos termos do artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, em relação aos corréus Daniel Domingues Ribeiro e Dolores Russo, ambos sócios de pessoa jurídica também corré nessa ação, sob o fundamento de o alcance dos bens dos sócios de pessoa jurídica de direito privado depender de autorização judicial específica, já que a desconsideração da personalidade jurídica, instituto excepcional, implicaria ao postulante a descrição da "*conduta imputável aos sócios administradores que se reporte a um exercício de abuso da personalidade jurídica*".

Sustenta a agravante, em síntese, a necessidade de se manter os referidos corréus no polo passivo da demanda, pois, considerando-se haver indícios materiais e formais de serem eles partícipes das supostas ações ímprobas impugnadas, a ausência de ambos ensejaria indevida imunidade às possíveis penalidades pelos atos de improbidade, tais como as previstas no artigo 12 da Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), que também se referem às modalidades de pena cujas características alcançariam, por inferência, sobretudo pessoas naturais, e não jurídicas, violando-se, assim, o devido processo legal.

Aduz, ademais, ter o juízo "a quo" despojado de trâmite processual adequado ao caso, instituído pela Lei de Improbidade Administrativa, ao extinguir a ação quando nem sequer havia recebido dos corréus a defesa preliminar.

Pretende, assim, a reforma da decisão, a fim de manter os agravados no polo passivo.

Determinado o regular processamento do recurso com o deferimento do efeito ativo (fls. 279/290), decorreu "in albis" o prazo para apresentação de resposta pelos agravados (fl. 302).

Parecer da Procuradoria de Justiça de Interesses Difusos e Coletivos, às fls. 304/308.

É o relatório.

O recurso merece prosperar.

Trata-se de ação civil pública por ato de improbidade administrativa proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra José Antonio de Barros Neto; Arlindo Augusto Tosti; Meire Xavier Simão; Valéria Maria Gasch Recabarren; Editora Flor do Vale Jornalismo, Comunicação e Promoção Ltda. ME; Daniel Domingues Ribeiro; e Dolores Russo, em que se alega, em síntese, que no processo licitatório da Carta Convite nº15/2012, mediante ilícito

Acesso ao Sumário

direcionamento do certame à pessoa jurídica de direito privado, ora demandada, superfaturando-se o preço, e, por intermédio de manobra do processo licitatório, não se permitindo concorrência entre outros interessados para prestação de serviço de publicação de atos oficiais do Município da Estância Turística de Tremembé, teriam eles provocado prejuízo ao erário em razão da falta de processo verdadeiramente concorrencial, nos termos da lei.

Em razão da qualidade de protagonistas dos requeridos no processo licitatório impugnado, cada qual na sua condição, requereu-se, cautelarmente, a indisponibilidade de bens, solidariamente, de todos os réus, como montante do preço do objeto contratual (R$ 100.000, 00), e, a título de multa civil, para cada um dos processados, o valor duplicado daquele (R$ 200.000,00); assim como a condenação deles às penas previstas no artigo 12 da Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), custas processuais e danos morais difusos.

Diante do que se constata da narrativa dos autos, o Município de Tremembé, agindo por meio de seus agentes, tais como o então prefeito municipal e os três membros da comissão permanente de licitações, objetivando a contratação de jornal para publicação de atos oficiais do município, abriu processo interno, resultando na instituição da Carta Convite nº 15/12, que, às margens da lei de licitações (Lei nº 8.666/93), teria englobado, somente, duas empresas ao procedimento licitatório, segundo análise do Ministério Público, quando deveria ter reunido, no mínimo, três interessadas (art. 22,§ 3º).

Afirma-se, ainda, que tal ação violou o artigo 104 da Lei Orgânica do Município, além de ter nítidos contornos de superfaturamento; que, mesmo havendo inúmeros jornais de circulação diária na região vale-paraibana, a outra empresa convidada era sediada em local distante, na Capital; que, não bastando haver apenas um comprovante de entrega do edital – sendo este, aliás, da licitante vencida –, não respeitou o prazo mínimo de cinco dias úteis que à empresa convidada deveria ter sido concedido para conhecimento prévio dos termos da licitação; que o certame nem mesmo observou as exceções previstas na lei de licitações; que os valores apurados no mercado por meio de outros processos licitatórios, inclusive com a participação da pessoa jurídica corré, são absolutamente menores que o contratado; que há provas robustas de que o jornal não tinha circulação diária; que os atos ímprobos praticados afetaram fundamentos e princípios constitucionais, como a cidadania e a dignidade da pessoa humana da população, bem como os atinentes à Administração Pública.

Também, afirmou-se que a empresa contratada agiu sempre por intermédio dos sócios, ora corréus excluídos do feito.

Diante dos indícios do elo entre as ações dos corréus e as imputações determinadas, que, caso venham a ser devidamente comprovadas, podem implicar na imposição das sanções cominadas na Lei de Improbidade Administrativa, tal

Acesso ao Sumário

como requerido pelo Ministério Público, ora agravante, não haveria razão para o juízo "a quo" extinguir de plano a ação com relação a eles.

Não sobrevieram aos autos quaisquer elementos que pudessem influir em compreensão contrária.

Assim, revela-se prematura a exclusão dos corréus da lide. Os fundamentos do juízo "a quo" salientados na decisão acabaram, de algum modo, julgando antecipadamente o mérito da ação, como se já estivesse caracterizada, por exemplo, a inexistência de atos de improbidade por parte dos corréus.

Não é o que se extrai dos autos, cuja petição inicial, além de atender aos requisitos mínimos estabelecidos no Código de Processo Civil (arts. 282 e 283), também traz elementos probatórios compatíveis com as exigências da lei de improbidade administrativa (art. 17, § 6º), pois está instruída com documentos e justificações que contêm indícios da existência de ato de improbidade.

Não por menos, o juízo "a quo" recebeu a inicial, nos termos do § 7º do artigo 17 da Lei de Improbidade, justamente por estar em de vida forma, em que ordenou a notificação dos requeridos, porém, com exceção dos sócios da empresa.

Ao extinguir a ação em favor dos corréus, sobretudo diante do pedido de decretação liminar da indisponibilidade dos bens de todos os requeridos, a decisão do juízo "a quo" adotou a tese da impossibilidade de se alcançar os bens dos sócios estando a pessoa jurídica da qual eram responsáveis integrando o polo passivo da demanda, afinal, o instituto da desconsideração da personalidade jurídica da empresa deveria ser analisado judicialmente mediante pedido específico, por ser ato excepcional, o que não seria cabível nas condições atuais daquela ação.

Ocorre que os pedidos descritos na ação não se limitaram à decretação da indisponibilidade dos bens dos requeridos. Ao contrário, transcorreram diversos dispositivos da lei de improbidade administrativa, alguns dos quais preveem sanções a serem aplicadas somente às pessoas naturais que tiveram participação, inclusive indireta, nas ações ímprobas, a despeito de no momento dos atos estarem ou não investidos na condição de representantes de pessoas jurídicas, seja de direito público ou privado.

Tal entendimento se extrai, sobretudo, da própria natureza da ação de improbidade, que tem como fundamento os princípios constitucionais da Administração Pública.

A lei de improbidade administrativa tem mesmo esse caráter abrangente, alcançando quaisquer pessoas, naturais ou jurídicas, públicas ou privadas, que de algum modo tenham envolvimento com atos ímprobos.

Após transcorrer de modo abrangente, nos artigos 1º e 2º, sobre todos os sujeitos ativos e passivos das ações congêneres, a lei de improbidade, seguindo

Acesso ao Sumário

esse mesmo intuito, também assim dispõe:

> "Art. 3° As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta."

Os termos legais, a despeito de sua generalidade, são claros: "mesmo não sendo agente público"; "induza ou concorra"; "ou dele se beneficie"; "qualquer forma"; "direta ou indireta". Segundo preleciona Marino Pazzaglini Filho, ao comentar o referido dispositivo legal:

> Muitas vezes, porém, o agente público comete ato de improbidade administrativa em parceria, em conluio com terceiro (particular ou agente público estranho às funções públicas exercidas por aquele). Esse terceiro, em face do enquadramento por extensão previsto no artigo em exame, também responde por seu cometimento, aplicando-se-lhe, no que couber, as sanções do art. 12 da LIA. A participação de terceiro, na dicção legal, dá-se por indução ou concurso para a prática do ato de improbidade administrativa. E sempre que, sob qualquer forma direta ou indireta, auferir benefício ilícito. (...). Indução é o ato de instigar, sugerir, estimular, incentivar agente público a praticar o omitir ato de ofício caracterizador de improbidade administrativa. O concurso é atividade de auxílio, de participação material na execução por agente público de ato de improbidade administrativa. Auferir benefício é tirar proveito patrimonial, direto ou indireto, de ato ímprobo cometido por agente público, seja ajustando previamente com este, seja sem associação ilícita, agindo, nesse caso, o terceiro, de má-fé, ciente da improbidade cometida, dela se locupletando" (*Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal.* 3. ed., São Paulo: Atlas, 2007, p. 26-27).

Esse também é o entendimento defendido em julgados deste Egrégio Tribunal de Justiça:

> AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – Ação proposta visando à responsabilização do Prefeito de Pilar do Sul, dos membros da Comissão de Licitação, bem como dos sócios da empresa que se beneficiou da fraude em procedimento licitatório. *[...].*
>
> LEGITIMIDADE PASSIVA – O art. 3º da Lei nº 8.429/92, prevê a sua aplicabilidade, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta – Situação em que foi atribuída a prática de atos de improbidade administrativa em concorrência com servidores públicos – Arguição de ilegitimidade dos sócios da empresa rejeitada. *[...].*
>
> A preliminar de ilegitimidade passiva suscitada por Antônio Bicudo e Sandra Bicudo também não merece acolhimento. Assim dispõe o artigo

Acesso ao Sumário

3º da Lei n° 8.429/92: *[...]*. É evidente que o particular, que não mantém vínculo com a Administração, não pode responder por improbidade administrativa quando não figura no polo passivo qualquer agente público. Nesse sentido: 'PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RÉU PARTICULAR. AUSÊNCIA DE PARTICIPAÇÃO CONJUNTA DE AGENTE PÚBLICO NO PÓLO PASSIVO DA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. IMPOSSIBILIDADE. 1. Os arts. 1º e 3º da Lei 8.429/92 são expressos ao prever a responsabilização de todos, agentes públicos ou não, que induzam ou concorram para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficiem sob qualquer forma, direta ou indireta. 2. Não figurando no pólo passivo qualquer agente público, não há como o particular figurar sozinho como réu em Ação de Improbidade Administrativa. 3. Nesse quadro legal, não se abre ao Parquet a via da Lei da Improbidade Administrativa. Resta-lhe, diante dos fortes indícios de fraude nos negócios jurídicos da empresa com a Administração Federal, ingressar com Ação Civil Pública comum, visando ao ressarcimento dos eventuais prejuízos causados ao patrimônio público, tanto mais porque o STJ tem jurisprudência pacífica sobre a imprescritibilidade desse tipo de dano. 4. Recurso Especial não provido. (REsp 1155992/PA, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/03/2010, DJe 01/07/2010)'. Entretanto, no caso ora analisado, tem-se a imputação de responsabilidade por ato de improbidade administrativa a agentes públicos e a particulares, sócios de empresa vencedora de certame fraudulento, que concorreram para a prática do ato improbo. São, portanto, partes legítimas para figurarem no polo passivo da presente demanda." (Ap. 0001873-52.2009.8.26.0444, Rel. Des. Leonel Costa, 8ª Câmara de Direito Público, V.U., julgamento em 11-3-2015).

Não obstante, veja-se outro julgado acerca da matéria:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – Insurgência contra decisão que recebeu a petição inicial e determinou a citação dos réus – Preliminar de ilegitimidade passiva da sócia da empresa ré rejeitada – Inteligência do art. 3º da Lei n. 8.429/92 que autoriza o ajuizamento contra pessoas físicas particulares que concorreram para configuração da improbidade.

[...].

Quanto à alegação de ilegitimidade passiva da sócia, sem amparo a argumentação invocada, pois, inequivocamente, a representante legal pode ser enquadrada nas sanções de improbidade, uma vez que auferiu lucro com os contratos firmados, especialmente em razão de suposto enriquecimento ilícito e dano ao erário. Aliás, sua inclusão no polo passivo tem expresso permissivo legal (art. 3º da Lei n. 8.429/92)." (Agravo de Instrumento nº 2022282-13.2014.8.26.0000, Rel. Des. Rubens Rihl, 8ª Câmara de Direito Público, v.u., julgamento em 2-4-2014).

Portanto, considerando-se a relevância dos casos que envolvam atos que

Acesso ao Sumário

se enquadram nas hipóteses previstas na lei de improbidade administrativa, que têm relação direta ou indireta com agentes públicos e a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual etc., torna indissociável a inclusão no polo passivo de sócios de empresa que está sendo julgada justamente por atos dessa natureza.

Ademais disso, a lei de improbidade também é bastante clara no que consiste ao regime processual que estabelece, sobretudo em relação ao recebimento da inicial, como se vê:

> "Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.
>
> § 7º Estando a inicial em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do requerido, para oferecer manifestação por escrito, que poderá ser instruída com documentos e justificações, dentro do prazo de quinze dias.
>
> § 8º Recebida a manifestação, o juiz, no prazo de trinta dias, em decisão fundamentada, rejeitará a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita."

Como é possível depreender a partir da leitura destes citados dispositivos, especialmente de seu § 8º, caberá ao juiz rejeitar a ação após o recebimento da manifestação dos requeridos, caso se convença da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita.

Ora, diante da complexidade das provas colacionadas aos autos, assim como da matéria em discussão, que envolve agentes públicos e políticos, empresas e empresários, e supostos atos de malversação de dinheiros públicos, além de outros de ordem pública, a exclusão dos sócios da empresa corré, de plano, sem ao menos haver manifestação por escrito, nos termos do § 7º do artigo 17, não é razoável.

E mesmo que se invoquem os termos do § 11 do artigo 17, que diz que em qualquer fase do processo, reconhecida a inadequação da ação de improbidade, o juiz extinguirá o processo sem julgamento do mérito, o fato de serem sócios de empresa corré em ação civil pública por atos de improbidade, instruída com robustas provas da materialidade, igualmente não transparece razoável aduzir da "inadequação" da ação.

Além disso, não se vislumbram condições de qualquer ordem que inviabilizem a discussão acerca da indisponibilidade dos bens dos sócios sem ter de excluí-los de toda a ação, pois eventual indeferimento de pedido congênere,

no tocante à desconsideração da personalidade jurídica, e estando a demanda pendente de análise de outras sanções, não deve necessariamente implicar extinção do feito, mesmo que no contexto não haja descrição minuciosa na inicial das condutas dos sócios, justamente por conta da relevância jurídica que o tema envolve.

O deferimento do efeito ativo, em que se determinou o prosseguimento da demanda mediante o retorno dos corréus no polo passivo da demanda, levou em consideração esses mesmos fundamentos, não sobrevindo aos autos nenhum elemento que pudesse influir em resolução divergente.

Diante de todo o exposto, pelo meu voto, **dou provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2118345-66.2015.8.26.0000, da Comarca de Guarulhos, em que é agravante SABESP – COMPANHIA DE SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado MCKENNY AND SHANNON LLC.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.998)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDSON FERREIRA (Presidente) e JOSÉ LUIZ GERMANO.

São Paulo, 15 de janeiro de 2016.

J. M. RIBEIRO DE PAULA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Servidão administrativa – Parte passiva domiciliada no exterior – Citação feita por edital – Determinação de expedição de carta rogatória – Inadmissibilidade – Inteligência do art. 18 do Decreto-lei nº 3.365/41 – Decisão reformada – Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Agravo de instrumento tirado de r. decisão,[1] proferida na ação de servidão de passagem,[2] que declarou nula a citação editalícia efetuada e determinou a

1 Reproduzida a fls. 86

2 Feito nº 0027653-09.2008.8.26.0024.

expedição de carta rogatória.

A ação versa sobre servidão de passagem de diminuta faixa de terra, necessária para a implantação da Rede Coletora de Esgotos em face da parte agravada, domiciliada no exterior, sem representante legal no Brasil.[3]

Alega a agravante que houve avaliação, cujo valor indenizatório já foi depositado, sem prejuízo para a agravada; foi imitida na posse da área em 15/3/2010; citação feita via edital, publicação no dia 02/06/2011.[4]

Alega que, passados mais de 3 (três) anos, com despesas de publicação de editais, o MM. Juiz *a quo* declarou nula a citação ficta, determinando expedição de carta rogatória. Pleiteia a concessão de efeito suspensivo, pois a manutenção da r. decisão poderá causar prejuízo substancial e infundado aos cofres públicos.

Recurso recebido com efeito suspensivo; informações prestadas; sem resposta da agravada.[5]

Fundamentação

Insurge-se a agravante contra decisão que declarou nula a citação editalícia efetuada e determinou a expedição de carta rogatória.

Alega que a decisão é nula, não cumpriu o disposto na Lei que rege o processo expropriatório, cujo art. 18, dispõe que:

> "Art. 18. A citação far-se-á por edital se o citando não for conhecido, ou estiver em lugar ignorado, incerto ou inacessível, ou, ainda, **no estrangeiro**, o que dois oficiais do juízo certificarão".

E procedida a citação por edital, incumbe nomear curador especial ao revel, conforme o art. 9º do CPC:

> *Art. 9º O juiz dará curador especial:*
>
> *I (...) II - ao réu preso, bem como ao revel citado por edital ou com hora certa.*

Segundo os dispositivos reproduzidos, é plenamente cabível a citação por edital, uma vez verificado que o requerido em ação expropriatória se encontra no estrangeiro.

Nesse sentido, confira-se a lição de José Carlos de Moraes Salles: "*A Lei de Desapropriações prevê, por outro lado, a citação, por edital, do expropriado que se encontre no estrangeiro. Destarte, a citação do réu que esteja no exterior, a qual, normalmente, deveria ser feita por rogatória, no caso específico da desapropriação será sempre feita por edital, ex vi do disposto no art. 18 do Decreto-Lei nº* ***3.365****/1941*". **("A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência", 6ª ed. São Paulo: RT, 2009, p. 355)**. Desse modo, possível a

Acesso ao Sumário

3 Fls. 66/68.

4 Fls. 47/63; 68, 75/76.

5 Despacho, fl. 92/93; informações, fls. 100/101; fl. 102.

citação por edital tal como requerido pela agravante.

A agravante foi imitida na área em 15/3/2010, estando a área afetada com o poder público.

Salienta-se que a *Servidão administrativa* é direito real de uso estabelecido em favor da Administração pública para realização de obras e serviços de utilidade pública e não implica em perda da propriedade, devendo a Administração indenizar o proprietário pelos prejuízos que eventualmente causar.

Ante o exposto, dou provimento ao agravo de instrumento para reformar a r. decisão agravada, determinando-se o regular prosseguimento do feito, com a nomeação de Curador Especial para defender os interesses da agravada já citada por edital.

É como voto.

RECURSO DE AGRAVO PROVIDO, conforme a fundamentação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2112958-70.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante COMERCIAL AUTOMOTIVA S.A., é agravado ESTADO DE SÃO PAULO (FAZENDA PÚBLICA 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 17.420)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OSCILD DE LIMA JÚNIOR (Presidente), AROLDO VIOTTI e RICARDO DIP.

São Paulo, 20 de janeiro de 2016.

OSCILD DE LIMA JÚNIOR, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Decisão que indeferiu pedido de tutela antecipada – Emissão de Nota Fiscal Eletrônica – Auto de Infração e Imposição de Multa – Período de abril a dezembro de 2010 – Prorrogação do prazo para a obrigatoriedade a partir de 1º/12/2010 – Documentos emitidos pela Fazenda do Estado que indicam a dispensa da emissão em relação à agravante – Presença dos requisitos legais – Tutela

Acesso ao Sumário

antecipada concedida – Decisão reformada.
Recurso provido.

VOTO

Trata-se de recurso de Agravo de Instrumento com pedido de efeito ativo interposto por Comercial Automotiva S.A. contra a decisão copiada a fls. 266, proferida nos autos de ação anulatória ajuizada contra autos de infração e imposição de multa lavrados pela Fazenda do Estado de São Paulo, que indeferiu pedido de antecipação de tutela, sob o fundamento de que a autora estava obrigada a emitir Nota Fiscal Eletrônica – Nfe desde abril de 2010, nos termos da Portaria CAT 162/2008, e não o fez, condicionando a suspensão da exigibilidade do crédito tributário ao depósito em dinheiro.

A agravante alega, em síntese, que, administrativa, a DEAT reconheceu que a obrigatoriedade de emissão da NFe para estabelecimentos varejistas teria início apenas em 1º/12/2010, não sendo caso, sequer, de denúncia espontânea, e que concluiu o processo de implantação da NFe em todas as suas filiais em dezembro de 2010. Sustenta que emitiu, até então, notas fiscais relativas a todas as operações, e, ademais, que a multa aplicada, de 50% sobre a base de cálculo do ICMS, é exorbitante e desproporcional.

Pede, assim, a antecipação dos efeitos da tutela recursal para que seja determinada a suspensão da exigibilidade das multas punitivas e respectivos encargos exigidos em razão da suposta não emissão de documento fiscal, objeto dos Autos de Infração ns. 4.012.929-9 e 4.005.883-9 até o desfecho da ação anulatória, com o provimento do recurso confirmando-a.

Em sede de análise preliminar, foi deferida a antecipação da tutela recursal (fls. 268/269).

Contraminuta a fls. 280/286.

É o relatório.

O recurso comporta provimento.

Acesso ao Sumário

Limitar-se-á o voto à prestação da tutela jurisdicional a respeito da reforma da decisão agravada, especificamente no que tange à concessão da tutela antecipada, sob pena de que se configure a denominada supressão de instância.

Neste sentido, mesmo em sede de análise superficial da questão posta em Juízo, a qual, à evidência, depois da devida instrução processual e julgamento do feito, poderá vir a ser reformada, por ora, configuram-se suficientes indícios à concessão da liminar pretendida, já que presentes os seus requisitos autorizadores.

De fato, o "fumus boni iuris" está na documentação emitida pela própria Fazenda do Estado de São Paulo reconhecendo e recomendando a exclusão da

obrigatoriedade de emissão de notas fiscais a partir de abril de 2010, inclusive no sentido de que a ora agravante não sofresse punições administrativas, tendo em vista, inclusive, que a obrigatoriedade de adesão a nota fiscal eletrônica fora postergada para 1º/12/2010 (especialmente fls. 128/142 e 166/169).

O perigo na demora está na vultosa quantia constante do AIIM, de R$ 11.114.211,00 (fls. 170/172).

Assim, presentes os requisitos, de rigor a concessão da tutela antecipada.

Posto isso, pelo meu voto, dou provimento ao recurso, confirmando a liminar anteriormente concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2223004-29.2015.8.26.0000, da Comarca de Itaí, em que é agravante MUNICÍPIO DE ITAÍ, é agravado MARCELUS GOUVEA.

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 25.277)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EUTÁLIO PORTO (Presidente), RAUL DE FELICE e ERBETTA FILHO.

São Paulo, 7 de janeiro de 2016.

EUTÁLIO PORTO, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Extinção de ofício da execução fiscal pelo Magistrado, por falta de interesse de agir – Interposição de recurso de apelação – Apelação não recebida – Execução inferior ao valor de alçada – Inteligência do art. 34 da Lei 6.830/80 – Pretendido recebimento do recurso como embargos infringentes – Possibilidade – Agravo provido.

VOTO

RELATÓRIO

Cuida-se de agravo de instrumento interposto pela PREFEITURA MUNICIPAL DE ITAÍ em face de MARCELUS GOUVEIA, objetivando

Acesso ao Sumário

reformar a decisão de fls. 23, proferida pela MM. Juíza Roberta de Oliveira Ferreira Lima, que deixou de receber a apelação, em razão do valor da causa ser inferior ao valor de alçada.

Sustenta a agravante que houve equívoco quanto ao nome do recurso, requerendo seja aplicado o princípio da fungibilidade para que seja recebido como embargos infringentes. Alega, ainda, que o valor econômico não pode ser impedimento para a tutela jurisdicional.

Recurso tempestivo e isento de preparo.

Este é, em síntese, o relatório.

VOTO

Esta 15ª Câmara vinha decidindo pelo não conhecimento do recurso de agravo de instrumento nas hipóteses em que a causa tem valor inferior àquele definido como valor de alçada.

Não obstante, consoante decisão proferida pelo STJ no julgamento do Agravo em Recurso Especial nº 125.680-SP, restou consignado que:

> "O STJ possui firme jurisprudência no sentido do cabimento de Agravo de Instrumento em Execuções Fiscais, não havendo ressalva quanto às demandas de valor inferior ao de alçada".
>
> No voto do Min. Herman Benjamin, constou ainda que:
>
> "O art. 34 da LEF disciplina especificamente o cabimento de recurso contra sentença proferida em Execução de valor igual ou inferior a 50 (cinquenta) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTNs. Se o objetivo da lei fosse proibir a recorribilidade de decisões interlocutórias, o dispositivo legal não teria cuidado somente dos meios de impugnação às sentenças.
>
> A aplicação subsidiária do CPC conduz à conclusão pelo cabimento de Agravo de Instrumento, nos termos de seu art. 522. Entendimento contrário invibializaria, por exemplo, a impugnação de decisões ilegais acerca da penhora de bens da parte executada, situações que, no mais das vezes, podem causar lesão grave ou de difícil reparação.
>
> Diante do exposto, nos termos do art. 557, § 1º-A, do CPC, dou provimento ao Recurso Especial" (AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 125.680 - SP, Min. HERMAN BENJAMIN, julgado em 29/03/2012).
>
> De sorte que o presente agravo de instrumento deve ser conhecido.

Com isso, verifica-se que na instância de origem houve a extinção da execução fiscal por falta de interesse de agir, suscitando a interposição de recurso de apelação por parte da exequente, que não foi recebido, em virtude do valor da causa não superar o valor de alçada.

Com efeito, consoante decisão proferida em 09/06/2010 em Recurso

Acesso ao Sumário

Especial (REsp 1168625/MG Recurso Especial 2009/0105570-4, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 07/07/2010), o STJ deu nova interpretação ao art. 34 da Lei de Execução Fiscal, o qual limita a possibilidade de recursos quando a dívida tributária tem valor menor ou igual a 50 ORTN, de sorte que a orientação é que a partir de janeiro de 2001, o valor de alçada seja calculado pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Ampliado Especial (IPCA-E).

Neste sentido, consolidou-se o entendimento de que "com a extinção da ORTN, o valor de alçada deve ser encontrado a partir da interpretação da norma que extinguiu um índice e o substituiu por outro, mantendo-se a paridade das unidades de referência, sem efetuar a conversão para moeda corrente, para evitar a perda do valor aquisitivo"; com isso, tem-se que "50 ORTN = 50 OTN = 308,50 BTN = 308,50 UFIR = R$ 328,27 a partir de janeiro/2001, quando foi extinta a UFIR e desindexada a economia" (REsp 607.930/DF, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 06/04/2004, DJ 17/05/2004, P. 206).

Daí em diante, o valor deve ser atualizado pelo IPCA-E, o mesmo que corrige as dívidas dos contribuintes, conforme decidido pelo STJ no REsp 761.319/RS, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 07/03/2006, DJ 20/03/2006, p. 208.

Com isso, no presente caso observa-se que o valor de alçada, na data da propositura da execução fiscal (setembro de 2008) correspondia a R$ 589,70 e o valor do crédito pretendido pela Municipalidade totalizava R$ 296,58 (fls. 18), razão pela qual, mesmo adotando a nova interpretação do art. 34 da Lei 6.830/80, o valor da causa não atinge o valor de alçada, inviabilizando o conhecimento do recurso de apelação.

Em outras palavras, não haverá recurso para a segunda instância quando o valor executado for inferior ao valor de alçada, de sorte que, estando o valor da execução abaixo do estipulado, a exceção ao duplo grau de jurisdição impõe-se (art. 475 do CPC), seja para a Fazenda Pública, seja para o executado.

Não obstante, a impossibilidade de subida do recurso à segunda instância não impede seu processamento e julgamento como embargos infringentes, caso preenchidos os requisitos legais, conforme requerido pela agravante.

Diante do exposto, dá-se provimento ao agravo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2169860-43.2015.8.26.0000, da Comarca de Serra Negra, em que é agravante GERALDO OSMAR CIVERA, é agravado PREFEITURA MUNICIPAL DA

Acesso ao Sumário

ESTÂNCIA HIDROMINERAL DE SERRA NEGRA.

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 28.284)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EUTÁLIO PORTO (Presidente sem voto), SILVA RUSSO e RODRIGUES DE AGUIAR.

São Paulo, 18 de janeiro de 2016.

ERBETTA FILHO, Relator

Ementa: EXECUÇÃO FISCAL – PRESCRIÇÃO – Aluguéis de próprios municipais – Exercícios de 2001 a 2004 – Município de Serra Negra – Negócio jurídico regido por normas de Direito Privado – Inaplicabilidade da disciplina própria dos tributos – Prazo prescricional que se conta conforme as normas do Código Civil – Aplicação à espécie da regra de transição nos termos do art. 2.028 do CC – Descumprimento, ademais, do prazo para promoção da citação, nos moldes do art. 219, §§ 2º, 3º e 4º do CPC – Recurso provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de decisão que, nos autos da execução fiscal intentada pela ora recorrida, rejeitou a exceção de pré-executividade. Busca a agravante a reforma do *decisum* argumentando, em síntese, a ocorrência da prescrição dos débitos cobrados, uma vez que, não obstante o despacho que ordene a citação retroaja a data da propositura da ação, este ato, *in casu*, não interrompeu o prazo prescricional nos moldes do art. 174, parágrafo único, inciso I do CTN, considerando que a agravada deixou de realizar a citação nos prazos indicados no §§ 2º e 3º do art. 219 do CPC.

Acesso ao Sumário

Regularmente processado sem a concessão de efeito suspensivo, não se registrando resposta.

É o relatório.

Comporta acolhida a irresignação.

Trata-se de execução fiscal fundada em aluguéis de próprios municipais dos exercícios de 2001 a 2004, do Município de Serra Negra (conforme CDA

de fl. 22).

Envolvendo a hipótese vertente a cobrança de créditos não tributários, regidos pelas normas do Direito Civil, assenta-se, primeiramente, não se aplicar ao caso as normas e princípios próprios dos créditos tributários.

Assim, o curso do prazo prescricional interrompe-se com o despacho ordenando a citação, por força do que dispõe o § 2º do art. 8º da Lei nº 6.830/80.

Não se desconhece a prevalência sobre esse comando do estatuído pelo inciso I do parágrafo único do art. 174 do CTN, em sua primitiva redação, segundo a qual a interrupção da prescrição dar-se-ia com a citação do devedor.

Esse dispositivo por último referido, no entanto, diz respeito à cobrança do "*crédito tributário*", ao passo que a LEF aplica-se à dívida ativa tributária e não tributária, como se extrai da conjugação de seus arts. 1º e 2º.

Vale dizer: mesmo antes da entrada em vigor da Lei Complementar nº 118/2005, a qual, dando nova redação ao inciso I, do parágrafo único, do art. 174 do CTN, dissipou a controvérsia em torno da interrupção do prazo prescricional pelo despacho que ordena a citação, a mesma não se colocava em relação ao crédito não tributário, para o qual como visto a interrupção do prazo sempre foi orientada pela ordem de chamamento.

No presente caso, o prazo prescricional dos aluguéis em atraso foi, inicialmente, interrompido pelo acordo de parcelamento firmado com a Municipalidade-agravada em 20 de dezembro de 2005.

Deste modo, o marco inicial para contagem do prazo para o ajuizamento da cobrança ocorreu com o rompimento do referido acordo em novembro de 2006, com o atraso de quatro parcelas sucessivas, consoante dispunha a cláusula 3º do termo de acordo, não controvertendo as partes a respeito desta data (conforme se verifica das afirmações da agravante e da Municipalidade-agravada às fls. 3 e 48 respectivamente).

De outro lado, necessário registrar que uma parte dos créditos discutidos foram constituídos sob a vigência do Código Civil de 1916 (exercícios de 2001 e 2002), o qual estabelecia em seu art. 178, § 10, inciso I, o prazo prescricional de cinco anos para a cobrança de aluguéis de prédios urbanos e rústicos.

Em vista disso, com relação aos referidos créditos, de se observar as normas de transição do art. 2.028 do Código Civil atual (2002), sobretudo por ter aludido diploma reduzido o prazo para a cobrança dos créditos dessa natureza.

Com relação aos demais créditos discutidos (exercícios de 2003 e 2004), por força do disposto no art. 206, § 3º do Código Civil atual, o prazo prescricional é de três anos.

Logo, à vista de tudo o que se expôs, é de se reconhecer que a prescrição com relação a estes últimos créditos operou-se antes mesmo de ajuizada a

Acesso ao Sumário

presente execução, movida em 07.07.2011.

Nesse caso, aliás, a decretação do decurso do lapso prescricional deve mesmo ser feita de ofício, aplicando-se, assim, o enunciado da Súmula 409, do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual: "*Em execução fiscal, a prescrição ocorrida antes da propositura da ação pode ser decretada de ofício (art. 219, § 5º, do CPC)*".

Já quanto aos créditos relativos aos exercícios de 2001 e 2002, não se operou a interrupção do fluxo prescricional com a propositura desta execução, aplicando-se a regra do art. 219, § 4º do CPC. Isso porque, ordenada a citação do executado, a Municipalidade-agravada reteve os autos em carga por mais de dois anos a fim de cumprir a diligência determinada pelo Juízo, excedendo em muito os prazos anotados nos §§ 2º e 3º do mencionado dispositivo.

À vista dessas considerações, impunha-se fosse acolhida a exceção de pré-executividade, com a declaração de extinção do feito, com base na conjugação do art. 1º, *in fine*, da Lei nº 6.830/80, com os art. 269, incisos I e IV, ambos do Código de Processo Civil.

Corolário do que ora se decide, impõe-se a condenação da vencida ao pagamento do que foi eventualmente desembolsado pela agravante a título de custas do processo, bem como de honorários advocatícios, estes fixados modicamente em R$ 1.000,00, sujeitos à atualização a partir desta data, nos moldes do art. 20, § 4º do CPC, considerando para esse fim, ainda, que a ação não demandou a prática de muitos atos processuais (exceção de pré-executidade e interposição do presente recurso), a desnecessidade de realização de audiência e de produção de provas e a tramitação relativamente célere da ação.

Na conformidade do exposto, então, meu voto propõe dar provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2215072-87.2015.8.26.0000, da Comarca de Barueri, em que é agravante ALPHAVILLE URBANISMO S.A., é agravado MUNICÍPIO DE BARUERI.

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 25.909)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EUTÁLIO PORTO (Presidente) e RAUL DE FELICE.

São Paulo, 19 de janeiro de 2016.
RODRIGUES DE AGUIAR, Relator

Ementa: AGRAVO – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE FISCAL – Município de Barueri – IPTU de 2008 a 2012 - Instrumento particular de promessa de compra e venda do imóvel, datado de 2006 e não registrado – Possível a legitimidade passiva da promitente vendedora na qualidade de proprietária – Ausência de prova do Registro – Precedentes do c. STJ – RECURSO IMPROVIDO.

VOTO

1. Agravo de instrumento interposto pela executada ALPHAVILLE URBANISMO S/A contra r. decisão copiada às fls. 64/ss, proferida em Execução Fiscal movida pelo MUNICÍPIO DE BARUERI, referente a IPTU de 2008 a 2012 (fls. 28), pelo qual a recorrente pretende seja ela excluída do polo passivo da execução, alegando em suma que o imóvel foi comprometido à venda a terceiro em 2006, com caráter irretratável e posse imediata em favor do promissário comprador.

2. A r. decisão agravada, da MMª Juíza Graciela Salzman, ao rejeitar exceção de pré-executividade, indeferiu tal pretensão ao fundamento de que não foi comprovada a alegada transferência do imóvel, pois sequer há cópia de certidão de registro imobiliário. Ainda considerou os termos da súmula 399 do c. STJ e frisou que a decisão sobre penhora ficou para depois.

3. Liminar indeferida (fls. 79).

4. Recurso tempestivo, peças obrigatórias (fls. 26/7, 60, 72/ss), preparo (fls. 72/ss) e certificado pela Serventia que decorreu prazo legal sem resposta, nem oposição ao julgamento virtual (fls. 81).

É o relatório.

5. A execução foi proposta em 04/11/2013 contra a promitente vendedora ora recorrente (fls. 28).

Quanto à alegada legitimidade passiva, assinale-se que o compromisso de compra e venda por instrumento particular foi celebrado em 04/11/2006 (fls. 28, 38/ss).

Contudo, nestes autos não consta prova de registro no respectivo Cartório de Registro Imobiliário.

Lembrar que o IPTU pretendido é de 2008 a 2012, conforme CDA (fls. 29/ss).

Acesso ao Sumário

Entretanto, segundo a r. decisão recorrida a recorrente ainda é proprietária do imóvel. Logo, deve ela permanecer a esse título no polo passivo da execução.

Ora, de acordo com a CF art. 156, I, depreende-se que o sujeito passivo tributário do IPTU é o proprietário do imóvel, qualidade que a recorrente ainda ostenta.

O CTN, por sua vez, ao especificar regras referentes ao IPTU, no art. 34, estabelece que o contribuinte do imposto é o proprietário do imóvel, o titular de seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título.

O IPTU pretendido por meio da execução fiscal em questão foi lançado de acordo com Lei Municipal citada na CDA, a qual, relativamente ao sujeito passivo do IPTU, está em harmonia com a CF e o CTN, tanto que referida lei aponta como sujeito passivo do IPTU o proprietário do imóvel, o titular de seu domínio útil, o usufrutuário, ou o seu possuidor a qualquer título.

HUGO DE BRITO MACHADO, ao comentar o art. 34 do CTN, quando discorre sobre promitente comprador assinala que, embora havendo um possuidor do imóvel, não se pode excluir da qualidade de contribuinte do IPTU o proprietário. Confira-se:

> **"Como se disse nos comentários ao art. 31, a expressão *possuidor a qualquer título* há de ser entendida em seus devidos termos, e não se pode considerar contribuinte o possuidor de um imóvel se existir um proprietário" (Comentários ao Código Tributário Nacional, arts. 1° a 95, Vol. I, Atlas, 2003, p. 382).**

AIRES F. BARRETO, ao discorrer sobre o art. 34 do CTN, especificamente em relação ao sujeito passivo do IPTU, dá a ideia de que o contribuinte do IPTU pode ser todo aquele que detém qualquer direito de gozo pertinente ao imóvel, seja pleno ou limitado, de modo que, enquanto não houver a extinção de tal direito, o seu titular pode ser contribuinte do imposto em questão.

Aludido autor ainda ressalva que o legislador poderá optar pelo proprietário, pelo titular do domínio útil, ou pelo possuidor, o que autoriza a Municipalidade a escolher, no caso de compromisso de compra e venda, o proprietário do bem, o promissário comprador imitido na posse, ou ambos.

Acesso ao Sumário

Confira-se:

> **"A sujeição passiva direta alcança todo aquele que detém qualquer direito de gozo, relativamente ao imóvel, seja pleno ou limitado. É nessa relação patrimonial que vamos encontrar o substrato econômico tributável.**
>
> **Titulares desses direitos são, pois, o proprietário pleno, seja de domínio exclusivo, seja na condição de co-proprietário ou condômino, inclusive nas hipóteses de condomínio especial. Também o é o fiduciário que tem a propriedade, embora sob condição resolutiva. Enquanto não se dá a extinção desse direito,**

o gozo econômico do direito de propriedade lhe pertence; daí o fundamento da sujeição.

Da mesma, elege-se o enfiteuta, porque titular do domínio útil, ou seja, dos direitos de uso, gozo e disposição do imóvel, relativamente ao qual o senhorio direto tem apenas o domínio eminente.

Diga-se o mesmo em relação ao usufrutuário, porquanto titular dos direitos de usar, de administrar a coisa e, sobretudo, de dela fruir.

Assume, ainda, a condição de contribuinte o possuidor do imóvel, como o compromissário-comprador imitido na posse, o usuário e o titular do direito real de habitação.

O legislador poderá optar, para a decretação do tributo, por qualquer das situações previstas no Código Tributário Nacional. Vale dizer, poderá escolher, verbi gratia, o proprietário de imóvel, compromisso à venda, ou o promitente-comprador imitido na posse.

Poderão ser previstas, ainda, hipóteses de sujeição passiva indireta, em virtude de transferência da responsabilidade tributária, através de expressa disposição na lei municipal.

Gandra Martins lembra que:

"Nos arrendamentos, nas locações, o proprietário pode transferir ao locatário ou arrendatário a responsabilidade tributária, permanecendo, entretanto, como co-responsável pela eventual inadimplência do sujeito passivo responsável" (Comentários ao CÓDIGO tributário nacional, arts. 1° a 95, Ed. 2002, Saraiva, Vol. 1, Ives Gandra da Silva Martins, Coordenador, p. 259).

Aliás, a doutrina acima transcrita está em conformidade com a súmula nº 399, cujos os termos são os seguintes:

Cabe à legislação municipal estabelecer o sujeito passivo do IPTU.

O E. STJ, ao interpretar o art. 34 do CTN diante dos casos envolvendo compromisso de compra e venda de imóvel, ou venda e compra, tem dito que o promitente comprador (possuidor a qualquer titulo) do imóvel, quanto seu proprietário/promitente vendedor (aquele que tem a propriedade registrada no Registro de Imóveis), são contribuintes responsáveis pelo pagamento do IPTU, realçando que ao legislador municipal cabe eleger o sujeito passivo do tributo, contemplando quaisquer das situações previstas no CTN, de modo que pode a administração tributária optar por um ou por outro com vistas à facilitação do procedimento de arrecadação

Neste sentido as ementas seguintes:

1. A existência de possuidor apto a ser considerado contribuinte do IPTU não implica a exclusão automática, do pólo passivo da obrigação tributária, do titular do domínio (assim entendido aquele que tem a propriedade registrada no Registro de Imóveis). 2. A Primeira Seção desta Corte quando do julgamento do REsp 1.110.551/

Acesso ao Sumário

SP, sujeito ao regime dos "recursos repetitivos", versando sobre a responsabilidade pelo pagamento do IPTU diante da existência de Instrumento Particular de Promessa de Compra e Venda, decidiu que: TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. LEGITIMIDADE PASSIVA DO POSSUIDOR (PROMITENTE COMPRADOR) E DO PROPRIETÁRIO (PROMITENTE VENDEDOR). 1. Segundo o art. 34 do CTN, consideram-se contribuintes do IPTU o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil ou o seu possuidor a qualquer título. 2. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que tanto o promitente comprador (possuidor a qualquer título) do imóvel quanto seu proprietário/promitente vendedor (aquele que tem a propriedade registrada no Registro de Imóveis) são contribuintes responsáveis pelo pagamento do IPTU. Precedentes: RESP n.º 979.970/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ de 18.6.2008; AgRg no REsp 1022614 / SP, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJ de 17.4.2008; REsp 712.998/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJ 8.2.2008 ; REsp 759.279/RJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, DJ de 11.9.2007; REsp 868.826/RJ, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJ 1º.8.2007; REsp 793073/RS, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJ 20.2.2006. (AgRg no Ag 1326550/PB, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/10/2010, DJe 16/11/2010).

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. LEGITIMIDADE PASSIVA DO POSSUIDOR (PROMITENTE COMPRADOR) E DO PROPRIETÁRIO (PROMITENTE VENDEDOR). MATÉRIA SUBMETIDA AO ART. 543-C DO CPC. RECURSOS REPETITIVOS. 1. Segundo o art. 34 do CTN, consideram-se contribuintes do IPTU o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil ou o seu possuidor a qualquer título. 2. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que tanto o promitente comprador (possuidor a qualquer título) do imóvel quanto seu proprietário/promitente vendedor (aquele que tem a propriedade registrada no Registro de Imóveis) são contribuintes responsáveis pelo pagamento do IPTU. Precedentes: RESP n.º 979.970/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ de 18.6.2008; AgRg no REsp 1022614 / SP, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJ de 17.4.2008; REsp 712.998/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJ 8.2.2008 ; REsp 759.279/RJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, DJ de 11.9.2007; REsp 868.826/RJ, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJ 1º.8.2007; REsp 793073/RS, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJ 20.2.2006. 3. "Ao legislador municipal cabe eleger o sujeito passivo do tributo, contemplando qualquer das situações previstas no CTN. Definindo

Acesso ao Sumário

a lei como contribuinte o proprietário, o titular do domínio útil, ou o possuidor a qualquer título, pode a autoridade administrativa optar por um ou por outro visando a facilitar o procedimento de arrecadação" (REsp 475.078/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 27.9.2004). 4. Agravo regimental provido. (AgRg no Ag 1075630/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/05/2010, DJe 09/06/2010).

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA. LEGITIMIDADE PASSIVA DO PROPRIETÁRIO DO IMÓVEL NÃO EXCLUÍDA PELA EXISTÊNCIA DE POSSUIDOR APTO A SOFRER INCIDÊNCIA DO IMPOSTO. MATÉRIA APRECIADA SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC. EMBARGOS INFRINGENTES. IMPOSSIBILIDADE DE INTERPOSIÇÃO CONTRA ACÓRDÃO PROFERIDO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. 1. Segundo o art. 34 do CTN, consideram-se contribuintes do IPTU o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil ou o seu possuidor a qualquer título. 2. A Primeira Seção pacificou o entendimento de que tanto o promitente comprador (possuidor a qualquer título) do imóvel quanto seu proprietário/promitente vendedor (aquele que tem a propriedade registrada no Registro de Imóveis) são contribuintes responsáveis pelo pagamento do IPTU. 3. Orientação reafirmada no julgamento do REsp 1.110.551/SP, sob o rito do art. 543-C do CPC. 4. Com a nova redação dada ao art. 530 do CPC pela Lei 10.352/2001, falece previsão legal para interposição de Embargos Infringentes contra acórdão proferido em Agravo de Instrumento. 5. Agravo Regimental não provido. (AgRg nos EDcl no Ag 1246208/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/04/2010, DJe 20/04/2010)

Assim, as razões acima expostas conduzem à conclusão de que, no caso, a Municipalidade pode ajuizar e prosseguir a execução contra o promitente vendedor proprietário do imóvel, sem esquecer de que a Municipalidade reservou-se ao direito de manifestar-se sobre penhora somente após o julgamento da exceção (fls. 63), tanto que a r. decisão recorrida foi neste sentido sobre penhora *on line* (fls. 65).

Pelo meu voto, recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2185618-62.2015.8.26.0000, da Comarca de Sorocaba, em que é agravante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado LOJAS AMERICANAS

Acesso ao Sumário

S.A.

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 19.541)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente sem voto), FRANCISCO BIANCO e NOGUEIRA DIEFENTHALER.

São Paulo, 1 de fevereiro de 2016.

FERMINO MAGNANI FILHOR, Relator

Ementa: EXECUÇÃO FISCAL – Oferecimento do seguro garantia e aceitação pelo Juízo – Alegação de que não foram observados os requisitos baixados pelo Subprocurador Geral da Área do Contencioso Tributário Fiscal – Desnecessidade – Entendimento de observância apenas *interna corporis* e que não vincula o Poder Judiciário – Oferecimento de seguro garantia para garantir o Juízo – Artigo 9º, inciso II, da Lei nº 6.830/1980 – Precedentes desta Corte – Agravo de instrumento não provido.

VOTO

Vistos.

Agravo de instrumento interposto pela Fazenda Paulista contra decisão proferida pelo digno Juízo da Fazenda Pública da Comarca de Sorocaba (traslado de fls 115) – em execução de ICMS, sendo *ex adverso* Lojas Americanas S/A – que, em essência, considerou idôneo o seguro garantia ofertado pela devedora a fim de garantir o Juízo da execução fiscal.

Acesso ao Sumário

Pedido de reforma sumariado na seguinte tese: o recurso não vem discutir a possibilidade de se garantir o Juízo por meio do seguro garantia, mas apenas os requisitos que o instrumento deve conter para ser admitido (fls 1/13).

Processamento sem liminar suspensiva (fls 117/118).

Não foram requisitadas informações ao digno Juízo *a quo*.

Agravo respondido (fls 123/128).

É o relatório.

Trata-se de execução fiscal ajuizada para cobrança de débito de ICMS exigido por meio do Auto de Infração nº 3.107.466-2 (fls 14/17). A devedora compareceu espontaneamente ao processo e ofereceu, para garantia do Juízo,

seguro garantia nos moldes do artigo 9º, inciso II, da Lei nº 6.830/80. O magistrado acolheu o pedido, daí a interposição deste agravo de instrumento.

Afirma a Fazenda Paulista que este recurso não vem discutir a possibilidade de se garantir o Juízo por meio do seguro garantia, mas apenas os requisitos que o instrumento deve conter para ser admitido.

Respeitadas as razões recursais, sem razão a agravante.

Isto porque, a Fazenda do Estado pauta sua impugnação em entendimento divulgado pelo Subprocurador Geral da Área do Contencioso Tributário-Fiscal acerca dos requisitos para aceitação do Seguro Garantia.

Em primeiro lugar é preciso dizer que tal entendimento não vincula o Poder Judiciário e serve apenas para direcionar a atuação dos procuradores estaduais. Tais regras são de observância *interna corporis* tão somente. Além disso, as exigências feitas pelo Subprocurador são tantas que – levadas a efeito – inviabilizariam o instituto do seguro garantia (fls. 5/7).

Sobre esta argumentação da Fazenda do Estado, rebateu a agravada:

Em que pese a referida autoridade ter atribuição para uniformizar a atuação dos Procuradores do Estado, é certo que não detém competência para regulamentar a Lei de Execuções Fiscais ou mesmo o setor de seguros privados.

Com efeito, a competência para o exercício destas funções recai, respectivamente, sobre o Presidente da República, nos moldes do artigo 84, inciso IV, da Constituição Federal, e sobre a Superintendência de Seguros Privados - SUSEP, conforme o Decreto-Lei 73/1966 (fls. 125).

Portanto, entendimento de observância *interna corporis* expedido por qualquer órgão de representação da Procuradoria do Estado, não tem o poder de vincular o Poder Judiciário e inviabilizar o instituto do seguro garantia.

Sobre o tema central, a Lei nº 6.830/1980 passou a prever expressamente:

Art. 9º - Em garantia da execução, pelo valor da dívida, juros e multa de mora e encargos indicados na Certidão de Dívida Ativa, o executado poderá:

II - oferecer fiança bancária ou seguro garantia;

Nestes termos, não cabe mais discussão sobre aceitação ou não do seguro garantia, pois está agora previsto na lei que rege a cobrança judicial da dívida ativa das Fazendas Públicas. Essa alteração veio ao encontro do que já consta do Código de Processo Civil:

Art. 656 - A parte poderá requerer a substituição da penhora:

§ 2º - A penhora pode ser substituída por fiança bancária ou seguro garantia judicial, em valor não inferior ao débito constante da inicial, mais trinta por cento (30%).

No caso dos autos, tem-se garantia de débito de ICMS no importe de R$ 934.766,54 – valor corrigido até 17 de novembro de 2014 (fls. 14). A devedora

Acesso ao Sumário

indicou à penhora a Apólice de Seguro Garantia Judicial nº 04-0775-0219878, da empresa J Malucelli, no importe de R$ 1.509.454,47 (fls. 23/33). Ou seja, valor superior à dívida executada.

Importante ressaltar que no valor da apólice estão embutidos os 30% estabelecidos no § 2º do artigo 656, do Código de Processo Civil, mais 20% a título de honorários advocatícios.

Colhe-se deste Tribunal de Justiça:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – Medida cautelar visando antecipar efeitos do oferecimento de garantia em futura execução fiscal – Oferecimento de seguro garantia – Possibilidade – Precedentes – Desnecessidade de emenda da inicial para processamento como ação ordinária com pedido de antecipação de tutela – Pedido de liminar que ainda não foi apreciado em 1º grau – Recurso provido em parte (Agravo de Instrumento nº 207169-62.2013.8.26.0000, 1ª Câmara de Direito Público, relator Desembargador Luís Francisco Aguilar Cortez, j. 1º/07/2014).

MEDIDA CAUTELAR – Liminar – Pretensão ao fornecimento de certidão positiva com efeito de negativa e não inscrição no CADIN em razão de oferecimento de seguro garantia judicial – Possibilidade – Tratando-se de pedido que tem por fim precípuo o afastamento dos efeitos secundários do crédito tributário, é possível o acolhimento da pretensão – Inteligência do artigo 206 do CTN – Recurso não provido (Agravo de Instrumento nº 2037397-74.2014.8.26.0000, 6ª Câmara de Direito Público, relator Desembargador Reinaldo Miluzzi, j. 20/06/2014).

Destarte, não se justifica a recusa Fazendária, pois o Seguro Garantia Judicial é garantia idônea e sua aceitação não afeta a legitimidade da penhora, vez que poderá ser renovada ou substituída a qualquer tempo.

Por fim, considero prequestionados os artigos 2º da Constituição Federal, 520, inciso V, 739-A e 656, § 2º, do Código de Processo Civil, 151 e 206 do Código Tributário Nacional, e 9º e 11 da Lei Federal nº 6.830/80.

Por meu voto, nego provimento ao recurso.

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 Agravo de Instrumento nº 2223017-28.2015.8.26.0000, da Comarca de Guaratinguetá, em que é agravante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são agravados MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO e NILCIMARA DA SILVA ROSA ÁRTICO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.766)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JARBAS GOMES (Presidente sem voto), ANTONIO CELSO FARIA e RONALDO ANDRADE.

São Paulo, 1 de fevereiro de 2016.

CRISTINA COTROFE, Relatora

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Ação de interdição cumulada com pedido de internação psiquiátrica – Emenda da inicial pelo Parquet após citação do réu – Admissibilidade – Pedido de remoção para residência terapêutica – Ausência de inovação processual – Mero desdobramento do pedido inicial para melhor adequação do tratamento. Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento tirado pela ***Fazenda do Estado de São Paulo***, contra a decisão trasladada a fls. 10/11, que recebeu o aditamento à inicial apresentado pelo ***Ministério Público do Estado de São Paulo*** para que a agravante e o ***Município de Guaratinguetá*** providenciem, solidariamente, em cinco dias, a remoção da paciente *Nilcimara da Silva Rosa Ártico* do Hospital Américo Bairral para residência terapêutica pública/credenciada ou particular, a fim de lhe garantir tratamento psiquiátrico extra-hospitalar, sob pena de multa diária de R$ 1.000,00, limitado a R$ 25.000,00.

Sustenta a agravante, em síntese, que o pedido de emenda à inicial foi apresentado após sua citação, de modo que indevido seu recebimento, nos termos do artigo 264, do Código de Processo Civil.

Indeferido o efeito suspensivo pretendido, foram dispensadas informações e contraminuta (fls. 67/68).

Acesso ao Sumário

Parecer da Douta Procuradoria Geral de Justiça pelo provimento do recurso (fls. 71/72).

É o relatório.

O agravo de instrumento não comporta provimento.

Extrai-se dos documentos carreados aos autos que o Ministério Público do Estado de São Paulo ingressou com ação de interdição cumulada com pedido de internação psiquiátrica, sendo que a ora agravante já havia sido citada e, inclusive, apresentado contestação, quando houve apresentação do pedido de emenda à inicial para determinar a remoção da paciente do hospital psiquiátrico para residência terapêutica.

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

No presente caso, no entanto, não houve, de fato, alteração do pedido inicial, pois o pleiteado na ação foi o fornecimento de tratamento essencial para o tratamento da doença que acomete a interditanda.

Assim, uma vez comprovada a alta hospitalar e a necessidade de tratamento em residência terapêutica, descabida qualquer alegação de inovação processual.

O que se pleiteia nada mais é do que um desdobramento do pedido inicial e uma melhor adequação para o tratamento da doença.

Não se pode olvidar que os artigos 196 e 227 da Constituição Federal de 1988 inibem a omissão do ente público em garantir o efetivo tratamento médico à pessoa necessitada, inclusive com o fornecimento de tratamento de forma gratuita.

Destarte, se houve alteração do quadro clínico, é dever do Estado adequar-se à situação, fornecendo ambiente adequado para continuidade do tratamento e alívio dos sintomas gerados pela moléstia, pois é indubitável o risco de ocorrência de dano irreparável.

Acesso ao Sumário

Ressalte-se que conforme demonstrado nas cópias trasladadas, o genitor da interditanda é octagenário e não possui ascendência sobre ela, a qual, inclusive, agrediu-o com pauladas e unhadas quando da tentativa de encaminhá-la para internação.

Deste modo, nada há que se reparar na respeitável decisão de Primeiro Grau.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2265525-86.2015.8.26.0000, da Comarca de São José dos Campos, em que é agravante GEISA NAYARA BRITO DA SILVA, são agravados ESTADO DE SÃO PAULO, MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS e SELECTA COMÉRCIO E INDÚSTRIA S/A (MASSA FALIDA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 1.752/2015)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CRISTINA COTROFE (Presidente sem voto), RONALDO ANDRADE e LEONEL COSTA.

São Paulo, 11 de fevereiro de 2016.

ANTONIO CELSO FARIA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. Competência. Ação de indenização por danos morais e materiais. Massa Falida que integra o polo passivo. Ação indenizatória proposta após a quebra. Competência do Juízo da Falência. Decisão agravada mantida. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra r. decisão copiada às fls. 48/52 que declinou da competência e determinou a redistribuição dos autos à 18ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Capital, por onde se processa a ação de falência.

A agravante sustenta que a competência do juízo falimentar é funcional e, portanto, absoluta, apenas ao que diz respeito à declaração e processamento da falência. Afirma que o art. 24, § 2º, inciso II do Decreto-lei nº 7.661/45 prevê a exceção à competência aludida em relação às ações que demandam quantia ilíquida, o que se aplica ao caso *sub judice*. Aduz que o MM. Juízo da Vara da Fazenda Pública é competente, uma vez que se trata de ação indenizatória, relativa à reintegração de posse da comunidade Pinheirinho, em São José dos Campos, ocorrida em janeiro de 2012, tendo por objeto obrigação ilíquida quanto ao montante da indenização, além do fato de a Fazenda Pública integrar o polo passivo.

Acesso ao Sumário

Requer, assim, a concessão do efeito suspensivo ao agravo, para que se obste a r. decisão de redistribuição, e o provimento final do recurso, para que se reconheça a competência do Juízo da 2ª Vara da Fazenda da Comarca de São José dos Campos o competente para processar e julgar a ação indenizatória nº 0041678- 93.2012.8.26.0577.

Dispensadas informações do MM. Juízo *a quo*, foi indeferido o pedido de efeito suspensivo, sem oposição das partes ao julgamento virtual (fls. 57/58).

Contraminuta (fls. 62/81).

É o relatório.

Tratando-se de medida de tutela de urgência, a apreciação se faz *'inaudita altera parte'*, impondo-se, de imediato, o julgamento do feito.

O recurso deve ser desprovido.

Depreende-se dos autos que GEISA NAYARA BRITO DA SILVA propôs ação de responsabilidade civil por danos materiais e morais em face de ESTADO DE SÃO PAULO, MUNICÍPIO DE SÃO PAULO e MASSA FALIDA DE SELECTA COMÉRCIO E INDÚSTRIA S/A alegando que, em decorrência da demanda de reintegração de posse ajuizada pela corré Massa Falida, teve destruídos e/ou extraviados diversos bens, conseguindo retirar do seu imóvel, localizado no bairro do Pinheirinho, em São José dos Campos, no mês de janeiro de 2012 (fls. 17/30).

Sobreveio a r. decisão do MM. Juízo *a quo* declinando da competência pelo fato de a corré MASSA FALIDA DE SELECTA COMÉRCIO E INDÚSTRIA S.A. haver tido sua falência decretada, fundamentando a decisão nos princípios da universalidade e indivisibilidade da competência do juízo falimentar.

Pois bem.

Com efeito, nota-se que integra o polo passivo da ação de indenização a MASSA FALIDA DE SELECTA COMÉRCIO E INDÚSTRIA S.A., que teve a sua falência decretada nos autos do processo nº 0713297-16.1989.8.26.0100 (18ª Vara Cível da Capital de São Paulo), sob a égide da antiga Lei de Falência (Decreto-lei nº 7.661/1945).

Acesso ao Sumário

O art. 7º do Decreto-lei nº 7.661/45 dispõe que:

Art. 7º É competente para declarar a falência o juiz em cuja jurisdição o devedor tem o seu principal estabelecimento ou casa filial de outra situada fora do Brasil.

(...)

§ 2º O juízo da falência é indivisível e competente para todas as ações e reclamações sobre bens, interesses e negócios da massa falida, as quais serão processadas na forma determinada nesta lei.

§ 3º Não prevalecerá o disposto no parágrafo anterior para as ações, não

reguladas nesta lei, em que a massa falida seja autora ou litisconsorte.

O art. 24 do Decreto-lei nº 7.661/45 estabelece:

Art. 24. As ações ou execuções individuais dos credores, sobre direitos e interesses relativos à massa falida, inclusive as dos credores particulares de sócio solidário da sociedade falida, ficam suspensas, desde que seja declarada a falência até o seu encerramento.

§ 1º Achando-se os bens já em praça, com dia definitivo para arrematação, fixado por editais, far-se-á esta, entrando o produto para a massa. Se, porém, os bens já tiverem sido arrematados ao tempo da declaração da falência, somente entrará para a massa a sobra, depois de pago o exequente.

§ 2º Não se compreendem nas disposições deste artigo, e terão prosseguimento com o síndico, as ações e execuções que, antes da falência, hajam iniciado:

I - os credores por títulos não sujeitos a rateio;

II - os que demandarem quantia ilíquida, coisa certa, prestação ou abstenção de fato.

§ 3º Aos credores referidos no n° II fica assegurado o direito de pedir a reserva de que trata o art. 130, e, uma vez tornado líquido o seu direito, serão, se for o caso, incluídos na falência, na classe que lhes for própria.

Assim, as ações indenizatórias ajuizadas após a quebra devem ser processadas e julgadas pelo MM. Juízo da falência, porque a norma prevê a competência do MM. Juízo que decretou a falência para todas as ações sobre bens e interesses da massa falida (*vis attractiva*) e o caso dos autos não se enquadra em nenhuma das exceções previstas. Incide, *in casu*, a regra geral, devendo o processo ser remetido ao MM. Juízo falimentar, como acertadamente determinado pela r. decisão agravada.

Nesse sentido, é o entendimento desta C. 8ª Câmara de Direito Público do E. TJSP em relação a casos análogos já julgados:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – COMPETÊNCIA – Ação de indenização por danos morais e materiais – Pretensão voltada à reforma da r. decisão de primeiro grau que declinou da competência e determinou a remessa dos autos à 18ª Vara Cível do Foro Central da Capital, onde se processa a ação da falência da correquerida Selecta Comércio e Indústria S/A – Inadmissibilidade – Massa Falida que integra o polo passivo – Ação ajuizada após a quebra – Competência do Juízo da Falência – Precedente – Preliminares arguidas pela Massa Falida de Selecta afastadas – Decisão mantida – Negado provimento ao recurso."
(Agravo de Instrumento nº 2197145-11.2015.8.26.0000; Relator(a): Rubens Rihl; Comarca: São José dos Campos; Órgão julgador: 8ª Câmara

Acesso ao Sumário

de Direito Público; Data do julgamento: 14/10/2015; Data de registro: 17/10/2015).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – COMPETÊNCIA – AÇÃO INDENIZATÓRIA DE DANOS MATERIAIS E MORAIS – JUÍZO UNIVERSAL DA FALÊNCIA – Contraminuta da Massa Falida – Falta de interesse recursal, prevenção por conexão com agravo de instrumento distribuído à C. 5ª Câmara de Direito Público – Preliminares rejeitadas – Precedentes desta Corte – Somente as ações ajuizadas antes da decretação da falência prosseguem no juízo de origem – Ação, objetivando indenização por danos materiais e morais, ajuizada após o decreto de falência, sob a égide da antiga Lei de Falências (Decreto-lei n.º 7.661/45) – Massa falida que é litisconsorte passiva – Competência do Juízo Universal da Falência – Precedentes desta Corte – Decisão agravada mantida – Recurso desprovido". (Agravo de Instrumento nº 2193458-26.2015.8.26.000; Relator: Ponte Neto; Comarca: São José dos Campos; Órgão julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 07/10/2015; Data de registro: 08/10/2015).

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2261084-62.2015.8.26.0000, da Comarca de São Manuel, em que é agravante MUNICÍPIO DE SÃO MANUEL, é agravado MAHIL IMÓVEIS LTDA.

ACORDAM, em 18ª Câmara de Direito Público 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 n. 21.508)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BEATRIZ BRAGA (Presidente sem voto), BURZA NETO e FRANCISCO OLAVO.

São Paulo, 28 de janeiro de 2016.

WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO FISCAL – IPTU e taxas – Agravante que se insurge contra a r. decisão de primeiro grau que indeferiu o seu pedido de penhora – Não conhecimento do recurso que se impõe – Valor da

execução fiscal inferior ao de alçada, previsto no art. 34 da Lei nº 6.830/80 – Não cabimento de agravo de instrumento – Recurso não conhecido.

VOTO

Vistos.

A **PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO MANUEL**, nos autos da ação de execução fiscal (proc. n. 0007989-80.2011.8.26.0581, da 1ª Vara Judicial da Comarca de São Manuel), consistente na cobrança de IPTU e taxas dos exercícios de 2006 a 2010, que move contra **MAHIL IMÓVEIS LTDA**., apresenta recurso de agravo de instrumento contra a r. decisão do MM. Juiz de Direito da Vara referida, que, sinteticamente, indeferiu o pedido de penhora formulado pela exequente, sobre o fundamento de que o bem objeto da pretendida constrição não pertence à executada. A agravante pugna pela aplicação do artigo 130 do CTN e requer o provimento do recurso, com a reforma da r. decisão recorrida e a efetivação da penhora do imóvel. Junta os documentos de fls. 10/42.

Foram requisitadas as informações do ínclito magistrado de primeiro grau (fl. 44), as quais vieram às fls. 53/54, com cópias de fls. 55/62.

Vieram os autos à conclusão.

É o relatório.

Malgrado a combatividade da digna procuradora municipal, é de se entender que o presente recurso *não reúne condições de ser conhecido*.

Senão, vejamos.

A Lei de Execuções Fiscais, em seu art. 34, prevê que, em casos de execuções onde se cobra crédito inferior ao valor de alçada, previsto na referida norma (inferior a 50 ORTNs), os únicos recursos cabíveis são embargos infringentes e de declaração, ambos dirigidos ao julgador monocrático, para análise dos recursos interpostos.

Por outro lado, esta Colenda Câmara, em atenção ao posicionamento predominante nesta Corte, entende que deve ser feita uma interpretação não literal ao art. 34 da Lei nº 6.830/80, de forma a compreender-se que o valor de alçada nele estabelecido restringe o duplo grau de jurisdição também quanto aos agravos, segundo se denota das ementas abaixo colacionadas:

"Embargos à execução fiscal - Pedido de concessão dos benefícios da justiça gratuita - Indeferimento agravo de instrumento contra tal decisão - Valor da causa inferior ao de alçada - Aplicação do art. 34 da lei 6.830/80 - Precedentes - Não conhecimento - Agravo não conhecido" (Agravo de Instrumento nº 2055657-05.2014.8.26.0000, Relator Desembargador Francisco Olavo, j. 08.05.2014).

Acesso ao Sumário

"AGRAVO DE INSTRUMENTO - Recurso interposto contra decisão que rejeitou exceção de pré-executividade ofertada em Execução Fiscal (alegação de ilegitimidade de parte) - Valor da causa da Execução Fiscal inferior ao de alçada previsto no artigo 34 da Lei 6.830/80, conforme jurisprudência do STJ - Não cabimento de agravo de instrumento neste caso - Recurso não conhecido" (Agravo de Instrumento nº 2064762-40.2013.8.26.0000, Relator Desembargador Osvaldo Capraro, j. 10.04.2014).

Posto isto, há a necessidade de se verificar se a presente execução enquadra-se ou não no valor de alçada.

Para tanto, cumpre registrar-se que, para se aferir o valor de alçada, deveria ser realizada a substituição por índice estipulado no diploma que o revogou, e, assim, sucessivamente, em relação às alterações monetárias subsequentes, realizando a conversão da moeda para aferir o valor correspondente à moeda atual, sob pena de perda do valor aquisitivo.

Neste sentido era o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

"*Com a extinção da ORTN, o valor de alçada deve ser encontrado a partir da interpretação da norma que extinguiu um índice e o substituiu por outro, mantendo-se a paridade das unidades de referência, sem efetuar a conversão para moeda corrente, para evitar a perda do valor aquisitivo.* ***50 ORTN = 50 OTN = 308,50 BTN = 308,50 UFIR = R$ 328,27 (trezentos e vinte e oito reais e vinte e sete centavos) a partir de janeiro/2001, quando foi extinta a UFIR e desindexada a economia.*** *O valor de alçada deve ser auferido, observada a paridade com a ORTN, no momento da propositura da execução, levando em conta o valor da causa*" (REsp 636.084; 2ª Turma do E. Superior Tribunal de Justiça; j. 17.06.2004; p. DJU 13.09.2004, p. 227; Relª. Minª. Eliana Calmon).

No entanto, tal entendimento foi alterado substancialmente, quanto à forma de cálculo do valor de alçada; qual seja, o valor de alçada, equivalente a R$ 328,27, passou, a partir de janeiro de 2001, a ser atualizado monetariamente pelo *IPCA-E.*

Nesta esteira, o seguinte julgado:

Acesso ao Sumário

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. VALOR DE ALÇADA. CABIMENTO DE APELAÇÃO NOS CASOS EM QUE O VALOR DA CAUSA EXCEDE 50 ORTN'S. ART. 34 DA LEI N.º 6.830/80 (LEF). 50 ORTN = 50 OTN = 308,50 BTN = 308,50 UFIR = R$ 328,27, EM DEZ/2000. PRECEDENTES. CORREÇÃO PELO IPCA-E A PARTIR DE JAN/2001.

"1. O recurso de apelação é cabível nas execuções fiscais nas hipóteses em que o seu valor excede, na data da propositura da ação, 50 (cinqüenta) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTN, à luz do disposto no

artigo 34, da Lei n.º 6.830, de 22 de setembro de 1980.

"2. A *ratio essendi* da norma é promover uma tramitação mais célere nas ações de execução fiscal com valores menos expressivos, admitindo-se apenas embargos infringentes e de declaração a serem conhecidos e julgados pelo juízo prolator da sentença, e vedando-se a interposição de recurso ordinário.

"3. Esta Corte consolidou o sentido de que 'com a extinção da ORTN, o valor de alçada deve ser encontrado a partir da interpretação da norma que extinguiu um índice e o substituiu por outro, mantendo-se a paridade das unidades de referência, sem efetuar a conversão para moeda corrente, para evitar a perda do valor aquisitivo', de sorte que '50 ORTN = 50 OTN = 308,50 BTN = 308,50 UFIR = R$ 328,27 (trezentos e vinte e oito reais e vinte e sete centavos) a partir de janeiro/2001, quando foi extinta a UFIR e desindexada a economia' (REsp 607.930/DF, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 06/04/2004, DJ 17/05/2004 p. 206).

"(...)

"7. Dessa sorte, *mutatis mutandis*, adota-se como valor de alçada para o cabimento de apelação em sede de execução fiscal o valor de R$ 328,27 (trezentos e vinte e oito reais e vinte e sete centavos), corrigido pelo IPCA-E a partir de janeiro de 2001, valor esse que deve ser observado à data da propositura da execução.

"8. *In casu*, a demanda executiva fiscal, objetivando a cobrança de R$ 720,80 (setecentos e vinte reais e oitenta centavos), foi ajuizada em dezembro de 2005. O Novo Manual de Cálculos da Justiça Federal (disponível em (endereço eletrônico constante do texto original)), indica que o índice de correção, pelo IPCA-E, a ser adotado no período entre jan/2001 e dez/2005 é de 1,5908716293. Assim, R$ 328,27 (trezentos e vinte e oito reais e vinte e sete centavos), com a aplicação do referido índice de atualização, conclui-se que o valor de alçada para as execuções fiscais ajuizadas em dezembro/2005 era de R$ 522,24 (quinhentos e vinte e dois reais e vinte e quatro centavos), de sorte que o valor da execução ultrapassa o valor de alçada disposto no artigo 34 da Lei n.º 6.830/80, sendo cabível, a fortiori, a interposição da apelação.

"9. Recurso especial conhecido e provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008" (Resp 1.168.625/MG; 1ª seção do E. Superior Tribunal de Justiça; j. 1.07.2010; Rel. Min. Luiz Fux).

No presente caso, a execução tem o valor de R$ 427,13 (quatrocentos e vinte e sete reais e treze centavos), *inferior*, portanto, ao valor de alçada, haja vista que, atualizando-se 50 ORTNs à época de sua distribuição, janeiro de 2012, pelo IPCA-E, o valor alcançou o montante de R$ 666,27 (seiscentos e sessenta e seis reais e vinte e sete centavos).

Destarte, como se pode observar, o valor atribuído à execução em tela

Acesso ao Sumário

não autoriza a interposição de recurso de agravo de instrumento, mas somente a oposição de embargos infringentes ou de declaração, situação esta que inviabiliza o conhecimento do presente recurso.

Com isto, **não se conhece** do recurso.

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1041668-81.2014.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante WAL-MART BRASIL LTDA., é apelado FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR DE SÃO PAULO – SP.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento em parte ao recurso. V.U. Declarará voto o 3º Juiz, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16.069)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VERA ANGRISANI (Presidente sem voto), CARLOS VIOLANTE e CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI.

São Paulo, 15 de outubro de 2015.

LUCIANA BRESCIANI, Relatora

Ementa: Ação Anulatória. Auto de Infração. Fundação PROCON. Farmácia Walmart. Propaganda enganosa. Descumprimento do artigo 37, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor configurado. Multa que deve ser calculada com base na receita bruta do grupo econômico no Estado – necessidade de ajuste para que a base de cálculo seja exclusivamente a receita das farmácias do grupo, mantido o mais, em atenção aos princípios da legalidade, proporcionalidade e razoabilidade. Recurso parcialmente provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação de rito ordinário ajuizada por WAL-MART BRASIL

LTDA. em face da FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR (PROCON) objetivando a anulação do auto de infração nº 01911 série D8 ou, subsidiariamente, a redução da multa arbitrada em R$ 6.861.676,00 com base nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, além dos critérios objetivos estabelecidos no artigo 57 da Lei 8.078/90.

A ação foi julgada improcedente (fls. 817/822).

Apela a autora, insistindo no pedido inicial (fls. 836/868).

O recurso foi contrarrazoado (fls. 880/908).

Foi facultada manifestação a respeito de eventual oposição ao julgamento virtual (fls. 943), mas as partes deixaram decorrer o prazo *in albis* (fls. 963).

É o relatório.

Cuida-se de ação de rito ordinário ajuizada por WAL-MART BRASIL LTDA. em face da FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR (PROCON) objetivando a anulação do auto de infração nº 01911 série D8 ou, subsidiariamente, a redução da multa arbitrada em R$ 6.861.676,00 com base nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, além dos critérios objetivos estabelecidos no artigo 57 da Lei 8.078/90.

A ação foi julgada improcedente.

Inconformada, recorre a autora insistindo no pedido de anulação do auto de infração sob o argumento de que a conduta que deu causa à autuação não constitui propaganda enganosa, aduzindo a exorbitância da multa, sobretudo em razão da abrangência do faturamento estimado para o cálculo, que se ressentiria de motivação.

Sem razão, contudo.

Ao que se colhe dos Autos, o PROCON realizou pesquisa comparativa de preços de medicamentos entre os dias 28.09.2011 e 30.09.2011, envolvendo 15 drogarias das 5 regiões da capital paulista, com o levantamento de preços de 52 fármacos, conforme os parâmetros indicados nas fls. 64. Dentre outras, chegou-se à conclusão de que a Farmácia Walmart Indianópolis apresentou menor preço em 34 dos 52 medicamentos pesquisados (fls. 67).

Essa pesquisa foi objeto de matéria jornalística do Jornal Folha de São Paulo (fls. 73).

Aproveitando o resultado positivo, a unidade da Farmácia Walmart Indianópolis veiculou publicidade na página C3 do Jornal Folha de São Paulo em 1º de novembro de 2011, iniciada com a afirmação de que "A Farmácia Walmart é o menor preço. E quem está dizendo é o Procon.", seguida de curta explicação sobre em que consistiu a pesquisa e de reprodução da matéria da Folha de São Paulo, da qual foi destacada a frase "Do total de itens comparados, a unidade do Walmart localizada na região sul da capital foi a que apresentou a

Acesso ao Sumário

maior quantidade de produtos com menor preço" (fls. 75).

A Fundação PROCON, contudo, vislumbrou nesse anúncio a configuração de propaganda enganosa, lavrando o auto de infração n.º 01911 série D9 em 06.12.2011 (fls. 77/78), onde exposta a seguinte motivação:

... a autuada veiculou informação errônea de que a loja Indianópolis da Farmácia Walmart ofereceria 'o menor preço entre os mais de cinquenta itens pesquisados', induzindo em erro o público consumidor em geral, levando-o a crer, de forma enganosa, na suposta veracidade do destaque alardeado de menor preço de medicamento praticado no mercado de consumo, configurando-se enganosidade na modalidade comissiva por tais informações, haja vista que, na verdade, apenas 34 produtos da autuada apresentaram o menor preço dentre os 52 cujos preços foram comparados na pesquisa realizada entre os dias 28.09.11 e 30.09.11 por este órgão de defesa do consumidor, conforme se pode verificar na reprodução parcial da referida matéria jornalística, inclusive contradizendo-se a si mesma e infringindo, dessa forma, o artigo 37, § 1º, da Lei nº 8.078/90 - Código de Defesa do Consumidor.

E, ainda, a veiculação publicitária em questão omitiu os critérios que restringem e limitam o cunho da pesquisa, quais sejam, tanto o critério de 'preço com desconto máximo para o cliente comum' utilizado na aludida pesquisa comparativa – ou seja, desprovido de condição especial (aposentado, empresas, planos de saúde, conveniados, etc) – quanto a abrangência restrita a apenas 52 medicamentos de referência e aos genéricos de menor preço encontrados nos estabelecimentos visitados no citado período de coleta, induzindo em erro o público consumidor em geral, levando-o a crer, de forma enganosa, pela omissão dessas informações essenciais, destacadas pelo órgão na divulgação da pesquisa, que a autuada praticaria os menores preços nos medicamentos disponibilizados no mercado de consumo evidenciando-se enganosidade na modalidade omissiva, infringindo, dessa forma, o artigo 37, § 1º, da Lei nº 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor.

Por tal conduta, fica a autuada sujeita à sanção prevista nos artigos 56, inciso I, e 57, da Lei nº 8.078/90, sem prejuízo das demais sanções previstas no artigo 56 da referida lei.

Acesso ao Sumário

A autuada apresentou defesa administrativa (145/164), recurso (240/258), e pedido de reconsideração (fls. 357/363), mas a Fundação rejeitou as teses de defesa e manteve a imposição da penalidade (fls. 232 e 351), daí a ação.

Ao contrário do alegado, houve sim veiculação de publicidade com caráter enganoso, compreendido tal caráter como a possibilidade de indução do consumidor em erro.

Com efeito, o exame da publicidade em questão revela que houve excesso na veiculação do resultado da pesquisa, pois uma coisa é oferecer o melhor

preço em 34 de 52 medicamentos – que sem dúvida já é uma notícia bastante favorável –, outra coisa é afirmar que "A Farmácia Walmart é o menor preço. E quem está dizendo é o Procon."

A redação da chamada escolhida para encimar a publicidade, com enorme destaque, transmite uma ideia de generalidade que não corresponde ao resultado da pesquisa, pois não esclarece nem o alcance da amostra coletada pelo PROCON (52 medicamentos, e não tudo), nem evidencia que a Farmácia Walmart tinha o melhor preço na maior parte, mas não na totalidade dessa amostra (34 dentre os 52).

A questão ganha relevo quando considerada a referência expressa ao PROCON – o que dá enorme credibilidade à afirmação –, que na verdade não "disse", em absoluto, que a autuada tinha o melhor preço e ponto final. A pesquisa tinha parâmetros delimitados, amostragem restrita, e todas essas informações foram divulgadas de maneira clara pela Fundação, mas não pela autuada.

De fato, o Walmart destacou trecho da reportagem da Folha de São Paulo onde consignado que "Do total de itens comparados, a unidade do Walmart localizada na região sul da capital foi a que apresentou a maior quantidade de produtos com menor preço", mas nem mesmo esse trecho "entrega o jogo" ao consumidor, pois convenientemente foi omitida a frase anterior, que inicia o parágrafo, informando que "A pesquisa foi feita entre os dias 28 e 30 de setembro em 15 drogarias distribuídas pelas cinco regiões da cidade de São Paulo", como também foi omitido o aposto que encerra o parágrafo, onde consta a crucial informação: "34 dos 52" (fls. 75).

Até se admite que a situação descrita nos autos, tida por violadora da Legislação, é um pouco sutil, mas diante dos valores do Código de Defesa do Consumidor, que claramente – e há 25 anos – determina a veiculação de informações ao mercado consumidor com impecável fidelidade, fica claro que o teor do anúncio foi além do que poderia.

Chega a ser intuitivo que, quanto maior o destaque dado a determinada informação ou elemento constante do anúncio publicitário, maior é a chance de leitura pelos consumidores. Às vezes, a frase destacada basta para que o consumidor se sinta alcançado pela informação, dispensando a leitura do restante, sendo certo que alguns, seguramente em menor quantidade, poderão se interessar e ler tudo o mais com atenção. Dito objetivamente: quanto maior o destaque dado a determinada informação, maior é a chance de que ela alcance o consumidor. Portanto, é justamente a chamada, a manchete, a "isca" que deve ser precisa e fiel com a realidade, o que não aconteceu no caso dos autos.

Enfim, não se vislumbra qualquer ilegalidade na imposição da multa, que foi imposta motivadamente pela Fundação no exercício de sua atribuição.

A grande controvérsia dos autos diz respeito, contudo, ao valor da multa.

Acesso ao Sumário

A primeira questão a ser examinada é qual valor atribuído à receita bruta mensal deverá ser tomado como referência para o cálculo do valor da multa: se apenas da drogaria que efetivamente veiculou a publicidade, se de toda a rede de drogarias Walmart no Estado, ou se de todo o grupo econômico que opera sob a marca, pouco importando os ramos de atividade especificamente explorados.

A Portaria Normativa n.º 26/2006, com a redação dada pela Portaria n.º 33/2009, estabelece em seu artigo 32 que a condição econômica do infrator será aferida pela média de sua receita bruta, apurada preferencialmente com base nos 3 (três) meses anteriores à data da lavratura do auto de infração, podendo a mesma ser estimada pelo órgão, acrescendo em seu § 3º que *A receita considerada será referente à do estabelecimento onde ocorrer a infração, salvo nos casos de infrações que atinjam outros estabelecimentos do mesmo titular, caso em que suas receitas também deverão ser computadas.*

A aplicação da norma ganha alguma complexidade quando considerada a natureza da infração imputada à apelante que, por envolver publicidade enganosa, ostenta um caráter difuso, que não se pode considerar restrito à unidade que veiculou o anúncio.

Restringir o valor da multa com base na receita mensal da unidade Indianópolis é solução inadequada, pois ela não foi exclusiva beneficiária do anúncio, que foi veiculado na Folha de São Paulo, o jornal diário de maior tiragem no território nacional. Não cabe responsabilizar apenas a filial, isentando a matriz de responsabilidade, pois, ainda que a unidade tenha alguma autonomia, parece improvável que o conglomerado não possua diretrizes gerais para garantia da uniformidade de suas campanhas publicitárias. Além disso, tal entendimento fragilizaria a possibilidade de responsabilização de grupos econômicos, que poderiam se blindar direcionando a uma loja específica toda a responsabilidade por essa ou aquela ação publicitária.

No entanto, analisando detidamente a questão, o tipo de propaganda e sua extensão, e atentando, como se impõe, para os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, imperativo restringir a base de cálculo da multa à soma da receita bruta das Farmácias Walmart no Estado.

Acesso ao Sumário

Não obstante as farmácias Walmart estejam localizadas junto aos supermercados, seria mais razoável supor que estes, atividade principal, serviriam de chamariz da clientela para as farmácias, e não o oposto. Por outro lado, a publicidade foi feita fendo como referência expressa a Farmácia Walmart, e não o grupo, como que a sugerir que sempre ofereceria o melhor preço. Finalmente, o valor da multa obtido pela aplicação do raciocínio mais amplo é nitidamente desproporcional ao ato, nos limites em que praticado.

Caso se vislumbrasse alguma tentativa de beneficiar efetivamente o grupo como um todo, a solução poderia ser outra.

Por outro lado, importa ressaltar que a ausência de justificação do valor estimado para o faturamento mensal da apelante também não é suficiente para a desconstituição da penalidade. Quando o Código de Defesa do Consumidor condiciona a graduação da multa conforme a condição econômica do fornecedor, traz ao Administrador o problema de que a obtenção dessa informação depende da colaboração do autuado. Para evitar um impasse, cabe ao agente estimar o faturamento da Empresa, que ao longo do procedimento poderá comprovar o valor real a esse título.

Em processos envolvendo autuações por descumprimento da Legislação consumerista, é muito frequente insurgência contra o valor estimado para faturamento mensal da empresa. Embora frequente, esse argumento é muito frágil, pois parece pressupor que o fornecedor faz jus a uma "estimativa justa" de seu faturamento, quando na verdade o expediente se presta apenas suprir a ausência dessa informação. Não se está a afirmar, em absoluto, que tal estimativa comporte discricionariedade ou arbitrariedade, mas apenas que o fornecedor tem direito a comprovar seu faturamento real, e não a ficar discutindo o acerto ou desacerto de um valor ficto. O que o Legislador pretendia, seguramente, era que tais multas fossem baseadas na condição econômica real da empresa. Se a autuada não comprova seu faturamento real, infirmando o faturamento estimado, supõe-se que o valor ficto lhe seja favorável.

A multa, com o necessário ajuste para afastar da base de cálculo o faturamento dos supermercados, restará aplicada com rigorosa observância do artigo 57 do Código de Defesa do Consumidor, adiante transcrito:

Art. 57. A pena de multa, graduada de acordo com a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor, será aplicada mediante procedimento administrativo, revertendo para o Fundo de que trata a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, os valores cabíveis à União, ou para os Fundos estaduais ou municipais de proteção ao consumidor nos demais casos. (Redação dada pela Lei nº 8.656, de 21.5.1993).

Parágrafo único. A multa será em montante não inferior a duzentas e não superior a três milhões de vezes o valor da Unidade Fiscal de Referência (Ufir), ou índice equivalente que venha a substituí-lo. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 8.703, de 6.9.1993).

O Decreto nº 2.181/1997, por sua vez, estabelece as normas gerais de aplicação das sanções administrativas:

Art. 28. Observado o disposto no art. 24 deste Decreto pela autoridade competente, a pena de multa será fixada considerando-se a gravidade da prática infrativa, a extensão do dano causado aos consumidores, a vantagem auferida com o ato infrativo e a condição econômica do infrator, respeitados os parâmetros estabelecidos no parágrafo único do art. 57 da Lei nº 8.078, de

Acesso ao Sumário

1990.

Por fim, a Portaria Normativa SP nº 26/2006, com as alterações da Portaria Normativa nº 33/2009, dispõe que:

Art. 29. Os limites mínimo e máximo do valor das multas aplicadas a partir da publicação da presente Portaria pela Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor- PROCON, com fulcro no parágrafo único do artigo 57 da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), deverão ser atualizados com base no IPCA-e, índice de correção monetária, em substituição à extinta UFIR". (Redação alterado pela Portaria Normativa Procon nº38 de 08 de janeiro de 2011)

Parágrafo único. A dosimetria da pena de multa será feita em duas fases: na primeira, proceder-se-á à fixação da pena base que será calculada em função dos critérios definidos pelo art. 57 da Lei n.º 8.078/90; na segunda, serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes previstas no art. 34, incisos I e II, desta Portaria.

O demonstrativo de cálculo da multa de fls. 93, que deve ser ajustado, nos termos desta decisão, para afastar da base de cálculo o faturamento dos supermercados, informa o enquadramento de todos os elementos ora transcritos, constando que não foi apurada a auferição de vantagem, acrescendo que pela decisão de fls. 232 foi aplicada a agravante prevista no artigo 34, inciso II, alínea "a", da mesma Portaria.

Ressalte-se que o critério consistente na vantagem auferida com o ato infrativo não foram verificados no caso, de modo que não foi imposta majoração a esse título. Ou seja, os demais critérios previstos foram sim considerados e, verificada sua impertinência ao caso, a penalidade foi aplicada tendo em conta apenas a capacidade econômica da apelante e a gravidade da infração.

A fixação dos critérios obedeceu as normas pertinentes, com a adequação ora realizada para afastar da base de cálculo o faturamento dos supermercados, mantendo exclusivamente o proporcionado por todas as farmácias da rede, não havendo falar em outras reduções, a qualquer título..

Nessa ordem, pelo meu voto, dou parcial provimento ao recurso. Reconhecida a sucumbência recíproca, cada parte arcará com os honorários de seu advogado e igualmente com as custas.

Para fins de prequestionamento se tem por inexistente violação a qualquer dispositivo constitucional ou infraconstitucional invocado e pertinente à matéria em debate.

Por todo o exposto, pelo meu voto, dou parcial provimento ao recurso.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR

(Voto nº 11.353)

Ementa: ATO ADMINISTRATIVO. Auto de Infração. Multa aplicada pelo Procon com base no art. 37 § 1º do CDC. Por publicidade enganosa. Infração configurada.

MULTA. Legalidade da cobrança. Penalidade imposta com base nos critérios estabelecidos pelo art. 57 do CDC e da Portaria nº 26/2006. Observância dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Valor fixado que objetiva inibir a repetição de infrações idênticas, desestimulando lesões ou danos aos consumidores. Multa que deve ser fixada, no entanto, com base no faturamento das farmácias da autora no Estado, que seriam os estabelecimentos beneficiários da eventual publicidade enganosa. Multa com base no faturamento de todo o grupo que se caracteriza como excessiva e despropositada. Redução determinada. Sentença reformada em parte. Recurso parcialmente provido

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Wal-mart Brasil Ltda. contra a r. sentença que julgou improcedente esta ação ordinária proposta em face da Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor – Procon/SP, objetivando a anulação da autuação imposta, por infração ao art. 37 § 1º do CDC, por propaganda enganosa.

Recorre o apelante, insistindo na anulação do AIIM; pugnando, subsidiariamente, pela redução da multa imposta (fls. 836/868).

A requerida apresentou contrarrazões às fls. 880/908.

É o relatório.

1. Trata-se de ação anulatória ajuizada pelo Wal-mart Brasil Ltda. em face da Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor – Procon/SP, pretendendo anular o auto de infração nº 01911, séria D8, impondo-lhe a multa administrativa no montante de R$ 6.861.676,00.

A conduta infracional imputada consubstanciou-se em realizar propaganda enganosa.

2. Com efeito, compete ao Procon a fiscalização de condutas contrárias à

Acesso ao Sumário

legislação de consumo, incumbindo-lhe, inclusive, a imposição de sanções em caso de violação aos direitos dos consumidores.

O artigo 56 do Código de Defesa do Consumidor estabelece que:

"Art. 56. As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas:

I - multa; (...)."

O art. 37, § 1º do CDC coloca:

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 1° **É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário**, inteira ou **parcialmente falsa**, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, **capaz de induzir em erro o consumidor a respeito** da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, **preço** e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

Depreende-se dos autos que a materialidade da conduta atribuída ao autor restou comprovada, pela propaganda juntada às fls. #

Isto porque, apesar de se referir a matéria publicada em jornal de grande circulação, a frase colocada logo após a "chamada" da publicidade (título), menciona que o autor "***tem o menor preço entre os mais de cinquenta itens pesquisados***" (fls. #).

Ora, pela própria notícia, tal afirmativa não é verídica, pois o autor teria o menor preço em 34 dos 52 itens pesquisados.

É certo que a frase citada poderia levar o consumidor a erro, dando a entender que o autor teria o menor preço em todos os itens.

Logo, efetivamente irregular a publicidade, nos termos do art. 37 § 1º acima citado.

3. No entanto, quanto ao valor fixado de multa, entendemos equivocada a base de cálculo utilizada para a fixação da multa.

O PROCON não esclareceu ou justificou de forma clara, de onde extraiu o valor de R$ 1.644.000.000,00, como sendo o faturamento médio do autor.

Como ficou evidente nos autos, apesar do autor ser grande rede do mercado varejista, predominantemente no ramo de supermercado, mantém ele, em alguns locais, farmácias, que são estabelecimentos até separados dos supermercados.

Deste modo, não só pela distinção dos estabelecimentos, mas **especialmente pelo "alvo" da publicidade irregular feita**, parece inviável e excessiva a fixação da multa com base na receita ou faturamento da rede como um todo, incluindo todos os estabelecimentos do autor, inclusive os supermercados.

O fundamento de que a rede como um todo se beneficiaria da infração,

não pode ser aceita, pois implicaria em alargar o caráter punitivo, de forma excessiva e indevida, bem como ignorar o "alvo" da publicidade enganosa, que era específica para as farmácias.

Além disso, importante destacar que, como citado no art. 28 do Decreto nº 2.181/97, a multa deve considerar a "*vantagem auferida*", que efetivamente não seria correspondente ao faturamento total e bruto da rede.

Inviável o critério adotado pelo PROCON.

No entanto, também é inviável que seja fixada a multa com base no faturamento da farmácia do autor de Indianópolis ou com base no faturamento médio de suas farmácias, como pretende o autor.

A multa deve ser fixada com base no faturamento de todas as suas farmácias, nos moldes preconizados na Portaria nº 26/06.

Para tanto, devem ser utilizadas as informações juntadas pela autora às fls. 557/798 para a fixação do novo valor da multa (resumo às fls. 800/801), podendo ser apurado o faturamento de todas as farmácias dos meses de 09/2011 a 11/2011, para apuração da multa.

4. Considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional aventada, observado que é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido analisada.

Isto posto, **conheço e dou parcial provimento ao recurso**, para reformar em parte a sentença de fls. 817/822, julgando parcialmente procedente a ação para reduzir a multa do AIIM nº 01911 D8, que deverá ser apurada com base no faturamento total de todas as farmácias do autor do Estado de São Paulo (excluído o faturamento dos supermercados), observando-se a média dos três meses da época da infração – 09/2011, 10/2011 e 11/2011; ficando, no mais, mantida a r. sentença de fls. 817/822.

CLÁUDIO AUGUSTO PEDRASSI, 3º Juiz

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0011350-37.2012.8.26.0269, da Comarca de Itapetininga, em que é apelante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado BENEDITO PALMA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em Turma Especial - Publico do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria, deram provimento aos recursos oficial e voluntário do Estado de São Paulo. Vencido o Relator sorteado, Des. Erbetta Filho, que declara. Acórdão com a Desª Luciana Bresciani. Declaram

Acesso ao Sumário

votos vencedores os Desembargadores Ricardo Dip e Torres de Carvalho.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.759)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUCIANA BRESCIANI, vencedor, ERBETTA FILHO, vencido, WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (Presidente), TORRES DE CARVALHO, RICARDO DIP, COIMBRA SCHMIDT, DANILO PANIZZA, VENICIO SALLES, FERMINO MAGNANI FILHO, OSWALDO LUIZ PALU, RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO, CAMARGO PEREIRA, ALVARO PASSOS, LUIZ FELIPE NOGUEIRA, LEONEL COSTA, PAULO BARCELLOS GATTI, HENRIQUE HARRIS JÚNIOR e FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA.

São Paulo, 27 de novembro de 2015.

LUCIANA ALMEIDA PRADO BRESCIANI, Relatora Designada

Ementa: Apelação Cível – Suscitada Assunção de Competência nos termos do art. 555, § 1º, do Código de Processo Civil – Admissibilidade, reconhecida a relevância da questão de direito, o interesse público e a existência de divergência entre as Câmaras de Direito Público deste Tribunal.

Ferroviário aposentado da antiga FEPASA – Complementação de aposentadoria nos termos do art. 4º da Lei nº 9.343/96 – Pretensão ao reajuste com equiparação aos ferroviários ativos da Companhia Paulista de Trens Metropolitanos – Impossibilidade, no caso.

Sucessão apenas parcial da FEPASA pela CPTM, por cisão, compreendendo somente os sistemas de trens urbanos da Região Metropolitana, conforme art. 2º da Lei nº 9.342/96 – Incorporação do restante da malha ferroviária paulista à Rede Ferroviária Federal, nos termos do art. 3º, com destaque ao § 1º, da Lei nº 9.343/96, com subsequente transferência à FERROBAN no final de 1998 – Atuação paralela de diversos sindicatos de ferroviários no Estado, com celebração de acordos independentes com as empresas sucessoras da FEPASA.

Obrigação do Estado limitada ao disposto no art. 4º da Lei nº 9.343/96, que determina reajustes respeitando "os mesmos índices e datas, conforme acordo ou convenção coletiva de trabalho ou dissídio coletivo na

Acesso ao Sumário

data-base da respectiva categoria dos ferroviários", ecoando o art. 193 do Estatuto dos Ferroviários – Definição de categoria paradigma que deve respeitar a região sindical em que trabalhava o beneficiário.

Recursos oficial e voluntário do Estado de São Paulo providos.

VOTO

Reporto-me aos termos do relatório do ilustre e culto Relator sorteado, Desembargador Erbetta Filho:

Cuida-se de ação de revisão de complementação de aposentadoria ajuizada em face do Estado de São Paulo e julgada procedente pelo Meritíssimo Juiz de Direito Marcelo Haddad, que, com a sentença de fls. 234/237, deferiu o pedido inicial, condenando o ente público ao pagamento das diferenças devidas.

Da sentença apela a Fazenda Estadual com vistas à inversão do resultado, lançando mão, para tanto, dos seguintes argumentos: é impossível a equiparação dos benefícios ao valor percebido pelos funcionários da CPTM, em razão da extinção da antiga FEPASA e especialmente por não ter o autor demonstrado que exercia atribuições junto ao trecho ferroviário cuja administração foi, mais tarde, atribuída à CPTM; o Estado de São Paulo não tem obrigação de conceder a complementação pedida, pois os trabalhadores que fazem jus a esse benefício foram excetuados da responsabilidade da CPTM pelo item 9 do Instrumento de Protocolo de Cisão da FEPASA; por outro lado, o art. 4º da Lei nº 9.343/96, de fato, assegura a percepção da referida complementação de aposentadoria, mas não estabelece que tal benefício seja efetuado com base na integralidade do salário pago ao trabalhador da ativa, ocupante de cargo correspondente.

Regularmente processado e respondido.

Distribuído o recurso à egrégia Décima Câmara de Direito Público, e ante o pedido de uniformização de jurisprudência formulado pelo autor (fls. 260 e ss.), a Turma Julgadora suscitou o incidente de assunção de competência previsto no § 1º do artigo 555 do Código de Processo Civil, com vistas à composição de divergência jurisprudencial (cf. o v. Acórdão de fls. 294/298).

É o relatório.

Trata-se de ação de rito ordinário ajuizada por ex-funcionário da FEPASA buscando a revisão de sua complementação de aposentadoria, com equiparação aos vencimentos dos funcionários ativos da CPTM.

Superada a questão da admissibilidade da assunção de competência na espécie, em conformidade com o voto da maioria, de forma a garantir os postulados da segurança jurídica e da isonomia, além de reduzir o número de demandas repetitivas, passa-se ao exame do mérito.

Acesso ao Sumário

Temos que não se pode esquecer que a sucessão da FEPASA pela CPTM foi apenas parcial. Após cisão e transferência da malha ferroviária metropolitana à nova empresa, a FEPASA continuou a existir e operar o restante da malha ferroviária do Estado, sendo subsequentemente sucedida por empresas diversas.

Quando da criação da Companhia Paulista de Trens Metropolitanos – CPTM, nos termos da Lei nº 7.861/92, a nova empresa assumiu *os sistemas* ***de trens urbanos da Região Metropolitana de São Paulo****, operados pela Companhia Brasileira de Trens Urbanos – CBTU e pela Ferrovia Paulista S/A – FEPASA, de forma a assegurar a continuidade e a melhoria dos serviços, para isso podendo efetuar os necessários acordos operacionais* (art. 12). De acordo, a Lei nº 9.342/1996, que autorizou cisões parciais da FEPASA *com versão das parcelas cindidas de seu patrimônio na CPTM* (art. 1º), limitou-se às *parcelas do patrimônio da FEPASA especificadas em Termos de Protocolo a serem assinados pelas empresas vinculadas à exploração do* ***transporte ferroviário metropolitano de passageiros no Estado, referindo-se ao Sistema de Transporte Metropolitano da Grande São Paulo e ao TIM – Trem Intra-Metropolitano, de Santos e São Vicente*** (art. 2º). No Termo de Protocolo referido determinou-se que *os recursos humanos pertencentes ao quadro de pessoal da FEPASA* ***e alocados na exploração dos serviços de transporte ferroviário do sistema de transporte metropolitano, na região metropolitana de São Paulo, e do Trem Infra-Metropolitano – TIM, de Santos e São Vicente****, relacionados no Anexo VI do item 12 deste Instrumento serão absorvidos pela CPTM.*

De acordo, quando a Lei nº 9.343/96 autorizou o Executivo *a transferir para a RFFSA – Rede Ferroviária Federal S/A a totalidade das ações ordinárias nominativas representativas do capital social da FEPASA – Ferrovia Paulista S/A, de propriedade da Fazenda do Estado* (art. 3º, *caput*), ficou expressamente ressalvado que *a transferência a que se refere o "caput" deste artigo* ***não abrangerá a parcela do patrimônio da Fepasa – Ferrovia Paulista S/A relativa aos sistemas de transportes metropolitanos de São Paulo e Santos a ser transferida, por cisão, à CPTM – Companhia Paulista de Trens Metropolitanos*** (art. 3º, § 1º).

Acesso ao Sumário

Enquanto o sistema de transporte de passageiros da região metropolitana passou à CPTM, o restante da malha ferroviária do Estado continuou sob a responsabilidade da FEPASA até o ano de 1998, quando, como previsto na Lei nº 9.343/96, foi incorporado à Rede Ferroviária Federal S.A. – RFFSA, já em processo de liquidação, constituindo a sua "Malha Paulista". Subsequentemente, ainda no mesmo ano, passou ao controle das Ferrovias Bandeirantes S.A. – FERROBAN. Assim, parte dos ferroviários ativos da antiga FEPASA passou aos quadros da CPTM, e parte aos da FERROBAN.

Adicionalmente, os vários sindicatos que representam os ferroviários celebravam acordos com a FEPASA de forma independente. Com a cisão e

absorção pelas novas empresas, a prática continuou, sendo que os vários acordos trabalhistas celebrados pela CPTM ou pela FERROBAN (posteriormente adquirida pela América Latina Logística – ALL) não atingiram a totalidade dos ferroviários do Estado, mas apenas aqueles representados pelos sindicatos participantes em cada um.

Como resultado, os anos posteriores não trouxeram alterações salariais uniformes para todos os ferroviários ativos do Estado, mas diversos acordos celebrados por empresas diferentes com diversos sindicatos, em relação aos mesmos períodos.

Em relação aos aposentados e pensionistas com direito à complementação prevista no art. 4º da Lei nº 9.343/96, o que se viu foi uma proliferação de ações buscando o reconhecimento do direito à extensão de benefícios concedidos ora aos funcionários da FERROBAN, ora aos da CPTM, ora resultantes de acordos celebrados com um sindicato, ora com outro, muitas vezes cumulativamente. É comum observar que um mesmo beneficiado buscou judicialmente reajustes que implicam na criação de regime híbrido, com equiparação a uma empresa em alguns anos e outra, em outros, ou mesmo o pagamento de abonos da FERROBAN e reajustes da CPTM referentes ao mesmo período.

Na hipótese dos abonos, a situação, da dúplice postulação, é verificada com maior clareza, considerando que o Estado de São Paulo não vem estendendo o correspondente na complementação devida aos inativos da categoria. Quanto aos reajustes, ela decorre do pleito sem prejuízo do que foi concedido pelo Estado observando o obtido através do sindicato respectivo.

Situações como essa levaram a Seção de Direito Público deste Tribunal a decidir pela suspensão de seu Enunciado nº 10[1], em 71ª reunião ordinária, datada de 22/05/2014.

O reconhecimento automático dos funcionários da CPTM como paradigmas para fins do cumprimento do art. 4º da Lei nº 9.343/96, com atenção insuficiente às particularidades de cada caso, vem levando a situações incongruentes.

A Lei nº 9.343/96, em seu art. 4º, dispõe que:

Artigo 4º - Fica mantida aos ferroviários, com direito adquirido, a complementação dos proventos das aposentadorias e pensões, nos termos da legislação estadual específica e do Contrato Coletivo de Trabalho 1995/1996.

§ 1º - As despesas decorrentes do disposto no "caput" deste artigo serão suportadas pela Fazenda do Estado, mediante dotação própria consignada no orçamento da Secretaria de Estado dos Negócios dos Transportes.

§ 2º - Os reajustes dos benefícios da complementação e pensões a que se

1 "*Os ferroviários da extinta FEPASA têm como parâmetro de complementação a equivalência com os servidores da CPTM.*"

refere o "caput" deste artigo serão fixados, obedecendo os mesmos índices e datas, conforme acordo ou convenção coletiva de trabalho, ou dissidio coletivo na data-base da respectiva categoria dos ferroviários.

A referência à "legislação estadual específica" remete aos termos das leis instituidoras do benefício da complementação. Com efeito, o art. 193 do Estatuto dos Ferroviários[2] determinava que a atualização do benefício se daria *no caso de majoração geral dos salários dos ativos* ***da categoria e funções iguais às que respectivamente pertencia****, bem como no caso de aumento geral de salários concedido sob a forma de promoções que abranjam uma ou mais categorias de servidores do serviço ou repartição*. A regra tem por objetivo manter a paridade entre as aposentadorias e pensões dos inativos e a remuneração que teriam se ainda estivessem na ativa, ou, melhor explicando, com base nos expressos termos da norma de regência, "que os reajustes da complementação de aposentadoria e pensão respeitem os índices e datas previstos em acordo, convenção ou dissídio coletivo de trabalho, na data-base da respectiva categoria de funcionários", onde são representados pelos sindicatos, observadas as regiões de ferroviários.

Se ainda estivessem na ativa, atuando no mesmo cargo, na mesma região, filiados ao mesmo sindicato, os ferroviários de fora da região metropolitana não estariam hoje subordinados à CPTM, mas à empresa que sucedeu a FEPASA naquela região.

A procedência da ação criaria situação em que o antigo ferroviário, que vinha sendo pago nos termos de acordos coletivos celebrados entre, por exemplo, a FERROBAN e o Sindicato dos Trabalhadores em Empresas Ferroviárias Paulistas[3] (SINDPAULISTA, com sede em Campinas), passaria, no momento da aposentadoria, a receber conforme os acordos coletivos celebrados entre a CPTM e o Sindicato dos Ferroviários de São Paulo[4] (com sede na capital), ou seja, empresa e sindicato diversos, sem qualquer ligação prévia com o beneficiado.

E a improcedência da ação não significaria, de forma alguma, isentar o Estado do cumprimento da obrigação do art. 4º da Lei nº 9.343/96.

O que se reconhece é que, entre as diferentes empresas sucessoras da FEPASA, o dever do Estado está no pagamento da complementação de proventos em equivalência com os reajustes concedidos aos funcionários ativos da empresa sucessora naquela região, e conforme os acordos coletivos em vigor para os filiados ao sindicato respectivo.

Acesso ao Sumário

2 *Artigo 193 - Ao servidor aposentado de acordo com o disposto no artigo anterior, é assegurado o aumento dos seus proventos no caso de majoração geral dos salários dos ativos da categoria e funções iguais às que respectivamente pertencia, bem como no caso e aumento geral de salários concedido sob a forma de promoções que abranjam uma ou mais categorias de servidores do serviço ou repartição.*

3 (Endereço eletrônico constante do texto original)

4 (Endereço eletrônico constante do texto original)

Do que se entende das diversas ações que chegam a este Tribunal, é assim que o Estado vem procedendo. Não há qualquer indicação de existência de antigos ferroviários com direito ao benefício, mas que não o recebem. O inconformismo é exclusivamente quanto à identificação de qual é a empresa, entre as sucessoras da FEPASA, cujos funcionários ativos devem servir de paradigma para o cálculo.

Ademais, se a complementação de pensão foi instituída tomando por base a remuneração dos funcionários da FEPASA e suas parciais sucessoras RFFSA, FERROBAN e ALL, e os autores entendem que os paradigmas utilizados deveriam ser os funcionários da CPTM, deveriam ter ajuizado a ação no quinquênio imediatamente posterior à criação do benefício. Não se trata de mero pedido de recálculo do pagamento mensal do benefício, mas de alteração de característica fundamental, definida em ato único no momento de sua instituição. Assim, a pedidos formulados nestes termos é aplicável a prescrição do fundo de direito.

O ajuizamento anos após a instituição do benefício é também evidência de que os ferroviários não consideraram incorreto, à época, o pagamento em equiparação aos ativos da RFFSA ou FERROBAN, nem a forma de enquadramento e tratamento, que é peculiar, não se confundindo com a de servidor público estatutário, tanto que os índices de reajuste que servem de paradigma são definidos de acordo com regras da CLT.

Conclui-se, pois, que Os ferroviários da extinta FEPASA não têm, em sua maioria, como parâmetro de complementação, os reajustes concedidos aos servidores da CPTM, mas sim *os índices e datas, conforme acordo ou convenção coletiva de trabalho ou dissídio coletivo na data-base da respectiva categoria dos ferroviários*, de modo que eventual postulação deve vir instruída com demonstração de que a regra não foi observada pelo Estado.

Por estes fundamentos, dá-se provimento aos recursos oficial e voluntário do Estado de São Paulo, para julgar improcedente a ação.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 27.285)

Vistos.

Ousei divergir da douta maioria por entender que os recursos oficial e voluntário não comportam provimento.

Cuida-se de ação de revisão de complementação de aposentadoria ajuizada em face do Estado de São Paulo e julgada procedente pelo Meritíssimo Juiz de Direito Marcelo Haddad que, com a sentença de fls. 234/237, deferiu o

Acesso ao Sumário

pedido inicial, condenando o ente público ao pagamento das diferenças devidas.

Da sentença apelou a Fazenda Estadual com vistas ao decreto de improcedência da ação, lançando mão, para tanto, dos seguintes argumentos: é impossível a equiparação dos benefícios ao valor percebido pelos funcionários da CPTM, em razão da extinção da antiga FEPASA e, especialmente, por não ter o autor demonstrado que exercia atribuições junto ao trecho ferroviário cuja administração foi, mais tarde, atribuída à CPTM; o Estado de São Paulo não tem obrigação de conceder a complementação pedida, pois os trabalhadores que fazem jus a esse benefício foram excetuados da responsabilidade da CPTM pelo item 9 do Instrumento de Protocolo de Cisão da FEPASA; por outro lado, o art. 4º da Lei nº 9.343/96, de fato, assegura a percepção da referida complementação de aposentadoria, mas não estabelece que tal benefício seja efetuado com base na integralidade do salário pago ao trabalhador da ativa, ocupante de cargo correspondente.

Distribuído o recurso à Colenda Décima Câmara de Direito Público, e ante o pedido de uniformização de jurisprudência formulado pelo autor (fls. 260 e ss.), a Turma Julgadora suscitou o incidente de assunção de competência previsto no § 1º do artigo 555 do Código de Processo Civil, com vistas à composição de divergência jurisprudencial (cf. o V. Acórdão de fls. 294/298).

Superada a fase do juízo de admissibilidade do incidente, passou-se ao exame do mesmo pelo merecimento.

Pese o entendimento da douta maioria, entendo estar assistido de razão o demandante, ora apelado.

Na peça exordial, o requerente afirma ter sido eletricista na FEPASA – Ferrovia Paulista S.A., tendo-se aposentado em 1978. Desde então seus proventos são pagos pelo INSS e complementados pela Fazenda do Estado de São Paulo. Esta, porém, afirma o autor, não vem realizando o reajuste dos benefícios conforme manda a legislação aplicável. Daí a propositura desta ação, por meio da qual o autor pede a equiparação de seus proventos aos percebidos pelos hoje praticantes da mesma função junto à CPTM – Companhia Paulista de Trens Metropolitanos. Apoia sua pretensão no fato de ser a CPTM sucessora da antiga FEPASA, tendo sido a Fazenda Estadual incumbida por lei (Lei nº 9.343/96) do pagamento aos ferroviários da complementação dos benefícios.

O autor requer, outrossim, o pagamento das diferenças corrigidas desde as datas em que devidas, observada a prescrição quinquenal, acrescidos de juros moratórios consoante dispõe o artigo 5º da Lei 11.960/09. A demanda foi julgada procedente pela sentença de fls. 234/237, seguindo-se a interposição deste apelo.

Acesso ao Sumário

Ora, a situação dos empregados autárquicos da FEPASA regia-se pelo Decreto nº 35.530/59, do Estado de São Paulo (Estatuto dos Ferroviários) –

transcrito a fls. 68/98 –, em cujos artigos 192 e 193 ficou garantida a paridade entre os aposentados e os ativos da mesma categoria profissional, nos seguintes termos:

"Artigo 192 - O pessoal dos serviços ou repartições criados, mantidos ou administrados pelo Estado, associado obrigatório de Institutos ou Caixas de Aposentadoria e Pensões quando aposentado terá direito ao provento assegurado aos demais funcionários ou servidores do Estado de acordo com a legislação que vigorar.

Parágrafo único - A diferença entre o provento pago pelo Instituto ou Caixa respectiva e aquele a que tiver direito o servidor, na forma legal, correrá por conta da Estrada.

Artigo 193 - Ao servidor aposentado de acordo com o disposto no artigo anterior, é assegurado o aumento dos seus proventos no caso de majoração geral dos salários dos ativos da categoria e funções iguais às que respectivamente pertencia, bem como no caso de aumento geral de salários concedido sob a forma e promoções que abranjam uma ou mais categorias de servidores do serviço ou repartição.

Parágrafo único - Neste caso, os proventos serão proporcionalmente ajustados aos novos salários, na conformidade das leis que regulam a aposentadoria dos funcionários públicos.".

De outro giro, a cisão da antiga FEPASA foi implementada pelas Leis nº 9.342 e 9.343, ambas do Estado de São Paulo e promulgadas no ano de 1996.

Nesse particular, a Lei Estadual nº 9.343 de 1996, por sua vez, não apenas ratificou esse direito de paridade previsto para os aposentados e pensionistas da FEPASA no referido decreto, como também estabeleceu a responsabilidade da Fazenda Estadual de São Paulo pelo pagamento da referida complementação. É a previsão de seu artigo 4º e §§ 1º e 2º, conforme se vê a seguir (diploma transcrito a fls. 59/61):

"Artigo 4º - Fica mantida aos ferroviários, com direito adquirido, a complementação dos proventos das aposentadorias e pensões, nos termos da legislação estadual específica e do Contrato Coletivo de Trabalho 1995/1996.

§ 1º - As despesas decorrentes do disposto no 'caput' deste artigo serão suportadas pela Fazenda do Estado, mediante dotação própria consignada no orçamento da Secretaria de Estado dos Negócios dos Transportes.

§ 2º - Os reajustes dos benefícios da complementação e pensões a que se refere o 'caput' deste artigo serão fixados, obedecendo aos mesmos índices e datas, conforme acordo ou convenção coletiva de trabalho, ou dissídio coletivo na data-base da respectiva categoria dos ferroviários.".

No seio desta Corte Estadual encontram-se divergências sobre a interpretação e o alcance dos citados dispositivos jurídicos.

Acesso ao Sumário

Com efeito, ao suscitar este incidente de deslocamento, a Colenda Décima Câmara de Direito Público cuidou de apresentar um breve mapeamento das controvérsias jurisprudenciais existentes na Seção de Direito Público desta Corte, o qual merece ser aqui mencionado.

Como bem descreveu a douta Turma Julgadora a fls. 296 e 297, as egrégias 1ª, 4ª, 5ª, 6ª, 7ª, 8ª, 9ª e 12ª Câmaras de Direito Público têm razoável harmonia de entendimentos no tocante à matéria ora examinada e consideram que os aposentados e pensionistas da extinta FEPASA fazem jus à complementação, a cargo da Fazenda Estadual, reajustada regularmente tendo como paradigma os hoje empregados da CPTM.

Apenas para exemplificar, é possível citar, dentre os inúmeros julgados nesse sentido, os acórdãos proferidos nas apelações nº 1000806-86.2014.8.26.0047 (1ª Câmara de Dir. Público, Rel. Des. Danilo Panizza, v. u., j. 23.07.2013) e nº 1018078-75.2014.8.26.0053 (6ª Câmara de Dir. Público, Rel. Des. Sidney Romano dos Reis, v. u., j. 15.06.2015), cujas respectivas ementas são copiadas na sequência:

"APELAÇÃO – FERROVIÁRIO – APOSENTADO E PENSIONISTA DA FEPASA – REAJUSTES DADOS EM DISSÍDIO COLETIVO OU ACORDO COLETIVO DE TRABALHO – EXTENSIVO AOS APOSENTADOS E PENSIONISTAS PERMANTEMENTE – ADMISSIBILIDADE.

O reajuste concedido aos empregados da ativa é extensivo aos inativos, devendo o mesmo ser pago com os encargos cominados, uma vez que teve típica concessão genérica, atendendo ao que consta do artigo 4º, § 2º da Lei estadual 9.343/96 e foi reconhecido pela própria Procuradoria Geral do Estado no Parecer 109/2005 e do art. 193 do Estatuto dos Ferroviários (Dec. Est. 35 530/59) legislação que se coaduna ao disposto no art. 40, § 8º, da CF c. c. art. 7°, da EC n° 41/03. Enunciado nº 10, da Seção de Direito Público, do Tribunal de Justiça de São Paulo.

(...)".

"Apelação Cível – Ação ordinária – Aposentados e pensionistas da FEPASA – Complementação de aposentadoria – Paridade com os funcionários da ativa da CPTM – Sentença de parcial procedência – Recurso da Fazenda Estadual e dos autores.

1. Recurso da ré – É devida a revisão dos proventos de aposentadoria e das pensões sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade – Inteligência do § 2º do art. 4º da Lei Estadual nº 9.343/96 – Fácil constatar que os abonos concedidos por acordos/convenção/dissídio de trabalho se tratam, em essência, de verdadeiro benefício de caráter geral, destinados a todos os empregados da ativa, sem qualquer restrição, e que, via de consequência, se enquadram no conceito de vantagem extensível aos aposentados e pensionistas

Acesso ao Sumário

da ex-FEPASA – Devido o apostilamento, bem como o pagamento dos valores em atraso, atualizados e acrescidos de juros de mora desde a citação, porém nos termos da Lei Federal nº 11.960/09, nos termos da modulação pelo C. STF – Parcial provimento ao recurso da FESP neste ponto.

(...)".

Já as demais câmaras desta seção divergem quanto a essa possibilidade, ora por considerar que a utilização desse paradigma é restrita aos trabalhadores da região metropolitana; ora por entender que os trabalhadores fazem jus ao benefício apenas se a entidade sindical a que estiverem vinculados houver participado da negociação coletiva ensejadora do reajuste; e ora por não considerar a CPTM sucessora da extinta FEPASA.

Observa-se que a maioria das câmaras filia-se ao entendimento de que é cabível a equiparação entre os aposentados e os atuais empregados da CPTM.

Na verdade, mesmo nas Câmaras onde ainda sobrevive a divergência em torno da matéria, há vozes no sentido de se considerar correto o estabelecimento da sobredita paridade. É o caso, por exemplo, do Eminente Desembargador Antônio Carlos Malheiros, que, em acórdão de sua lavra, na Apelação nº 0617805-74.2008.8.26.0053 (3ª Câmara de Dir. Público, Rel. v. u., j. 23.07.2013), consignou a seguinte ementa:

"COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA – Ex-funcionários da FEPASA – Pretensão de aplicação à complementação de suas aposentadorias dos índices concedidos aos ferroviários da CPTM da ativa, por acordos e dissídios coletivos de trabalho – Admissibilidade – A CPTM, com a cisão da FEPASA, absorveu parte do patrimônio e dos empregados da FEPASA – Inteligência dos artigos 1º a 4º da Lei Estadual n. 9.343/96 – Aumento de caráter geral, com natureza de aumento salarial, que deve ser estendido aos aposentados (...) – Recursos oficial e da Fazenda Estadual parcialmente providos.".

Não por acaso, aliás, esta Seção de Direito Público consolidou tal orientação jurisprudencial com a edição, em 06.11.2009, do Enunciado nº 10 que tem a seguinte redação: "*OS FERROVIÁRIOS DA EXTINTA FEPASA TÊM COMO PARÂMETRO DE COMPLEMENTAÇÃO A EQUIVALÊNCIA COM OS SERVIDORES DA CPTM*".

Fica claro, porém, que a publicação desse enunciado não logrou dissipar a mencionada divergência, tanto que a Comissão de Estudos e Jurisprudência de Direito Público houve por bem suspendê-lo menos de um ano depois de publicado (02.09.2010).

De todo modo, deve prevalecer o entendimento da maioria das câmaras desta colenda Seção, por ser o que melhor interpretação confere aos preceitos legais acima referidos.

O posicionamento que nega à CPTM a qualidade de sucessora da FEPASA

Acesso ao Sumário

baseia-se no fato de que, quando, da cisão desta última, apenas parte de seu patrimônio foi afetada à então recém criada CPTM, conforme artigo 3º, *caput* e § 1º, da mencionada Lei nº 9.343/96, *in verbis*:

"*Artigo 3º - Fica o Poder Executivo autorizado a transferir para a RFFSA - Rede Ferroviária Federal S/A a totalidade das ações ordinárias nominativas representativas do capital social da FEPASA - Ferrovia Paulista S/A, de propriedade da Fazenda do Estado.*

§ 1º - A transferência a que se refere o "caput" deste artigo não abrangerá a parcela do patrimônio da Fepasa - Ferrovia Paulista S/A relativa aos sistemas de transportes metropolitanos de São Paulo e Santos a ser transferida, por cisão, à CPTM - Companhia Paulista de Trens Metropolitanos.".

De fato, apenas o complexo de bens atrelado aos sistemas de São Paulo e Santos ficou destinado à composição patrimonial da CPTM. Mas isso não retira a responsabilidade da Fazenda Estadual de arcar com a devida complementação de proventos, pois, como largamente explicado acima, essa mesma lei nº 9.343/96, em seu artigo 4º, incumbiu o Estado de São Paulo dessa obrigação, "*nos termos da legislação estadual específica e do Contrato Coletivo de Trabalho 1995/1996*". E a legislação estadual específica, por óbvio, é a que rege a remuneração dos ferroviários atualmente em atividade junto ao Estado de São Paulo o qual tem o controle acionário da CPTM.

Observe-se, ademais, que essas normas não distinguem entre os trabalhadores de uma e os de outras regiões servidas pela malha ferroviária, nem faz qualquer menção à necessidade de que seus sindicatos participem da convenção ou do acordo coletivo. De maneira que impor tais restrições equivaleria a mitigar direitos subjetivos que a lei não pretendeu limitar.

Essa, pois, a interpretação que convinha ser harmonicamente acolhida por esta Seção de Direito Público, a fim de se garantir a isonomia das decisões e de proporcionar maior segurança jurídica para os jurisdicionados.

Por outro lado, no caso concreto de que se cuida, como já explicado acima, o demandado Estado de São Paulo fundamenta seu recurso em basicamente três argumentos: i) o autor não provou ter exercido a função de eletricista no trecho ferroviário atualmente administrado pela CPTM; ii) o Instrumento de Protocolo de Cisão da FEPASA exonera a CPTM dessa responsabilidade; iii) o art. 4º da Lei nº 9.343/96, não estabelece que a complementação seja feita com base na integralidade do salário pago ao trabalhador da ativa.

Por tudo o que foi explicitado, tais argumentos não têm condições de florescer. Senão vejamos.

Consoante já se registrou, a legislação aplicável ao caso não faz distinção acerca da área em que o trabalhador exerceu suas funções, razão pela qual o autor não precisava mesmo ter feito prova alguma nesse tocante.

Acesso ao Sumário

Além disso, no que diz respeito à aplicação do item 9 do Instrumento de Protocolo de Cisão da FEPASA, tampouco se pode acolher a irresignação.

Realmente, o artigo 2º, e seu § 1º, da Lei Estadual nº 9.342/96, expressamente referiram-se a esse protocolo, nos seguintes termos:

"*Artigo 2º - As cisões de que trata esta lei compreenderão as parcelas do patrimônio da Fepasa - Ferrovia Paulista S.A. especificadas em Termos de Protocolo a serem assinados pelas empresas vinculadas à exploração do transporte ferroviário metropolitano de passageiros no Estado, referindo - se ao Sistema de Transporte Metropolitano da Grande São Paulo e ao TIM - Trem Intra - Metropolitano, de Santos e São Vicente. Ver tópico (10 documentos)*

§ 1º - Nos protocolos mencionados neste artigo serão relacionadas as obrigações nas quais a Companhia Paulista de Trens Metropolitanos - CPTM sucederá a Fepasa - Ferrovia Paulista S.A., especialmente as dívidas contraídas por conta de investimentos, que somarão, no máximo, valor igual ao do patrimônio cindido".

Em outras palavras, esse dispositivo confere às partes interessadas a prerrogativa de firmarem um acordo privado consubstanciado no dito instrumento de protocolo para, entre outras possibilidades, determinarem os termos em que a CPTM sucederia a FEPASA e as obrigações que aquela assumiria perante os credores desta.

É bem verdade que, na espécie, a Fazenda apelante, não obstante ter invocado cláusula desse protocolo para apoiar sua defesa, não juntou aos autos uma única página de seu instrumento.

No entanto, independentemente de tal prova documental, o fato é que, na conformidade do que se explanou, uma lei posterior de mesma hierarquia (a já mencionada Lei Estadual nº 9.343/96) cuidou de regular especificamente a questão da responsabilidade pela complementação de proventos dos aposentados e pensionistas. E atribuiu à Fazenda Pública do Estado de São Paulo, em seu artigo 4º, § 1º, a responsabilidade pelo adimplemento dessas obrigações. Cuida-se, então, de norma específica que prevalece sobre a do artigo 2º da Lei nº 9.342/96.

Por fim, quanto aos contornos da equiparação a que tem direito o autor, a interpretação sistemática das normas previstas no artigo 4º da Lei Estadual nº 9.343/96 e nos artigos 192 e 193 do Estatuto dos Ferroviários conduzem à conclusão de que o aposentado ou pensionista faz jus à percepção do mesmo provento "*assegurado aos demais funcionários ou servidores do Estado de acordo com a legislação que vigorar*" (art. 192 do Estatuto dos Ferroviários).

Vale dizer, ainda, que o acolhimento do pedido inicial não implica aumento de vencimentos com base no princípio da isonomia, o que era, de resto, vedado pela Súmula nº 339 do Supremo Tribunal Federal e continua hoje proscrito pela

Acesso ao Sumário

Súmula Vinculante nº 37, assim redigida: "*Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia*".

Ora, o que essa súmula proíbe é a utilização do princípio da isonomia para estender, ao arrepio da lei, vantagens a outros servidores. No caso presente, contudo, não se estendem vantagens de uma categoria a outra sem amparo legal: ao contrário, cuida-se, justamente, da regular aplicação de uma norma legal que expressamente assegura a equiparação entre aposentados e servidores ativos e que encontra perfeita incidência no presente caso.

É de ser mantida, portanto, a respeitável sentença que julgou procedente o pedido inicial.

Meu voto, então, ante o exposto, afora propor a assunção de competência, negava provimento aos recursos oficial e voluntário do Estado de São Paulo.

ERBETTA FILHO, Desembargador, Relator Sorteado

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 35.798)

1. Vencido quanto ao conhecimento da vertente assunção de competência – de cuja relevância pontual não me convenci –, profiro voto de mérito.

2. O autor, aposentado com vínculo empregatício pretérito com a Fepasa (Ferrovia Paulista S/A.), almeja a equiparação de seus **proventos** à remuneração percebida pelos servidores da Cptm (Companhia Paulista de Trens Metropolitanos), à conta de ter esta, supostamente, sucedido àquela.

3. **A Cptm não é , porém , sucessora da Fepasa**, salvo no tocante com a exploração do transporte ferroviário metropolita no de passageiros nos segmentos da Grande São Paulo e de Santos e São Vicente (*vide* Lei paulista nº 9.342/1996 - de 22-2-, art. 1º e *caput* de seu art. 2º, combinado este com o § 1º do art. 3º da Lei local nº 9.343, de 22 -2-1996, e com o *caput* do art. 12 da Lei estadual nº 7.861/1992 , de 28-5).

4. Com efeito:

(a) Em 1971, a Companhia Paulista de Estradas de Ferro, estatizando-se, teve alterada sua denominação, passando a designar-se Fepasa - Ferrovia Paulista S/A., e a ela se incorporaram a Companhia Mogiana de Estradas de Ferro, a Estrada de Ferro Araraquara S/A., a Estrada de Ferro Soro cabana S/A. e a Estrada de Ferro São Paulo e Minas.

(b) Em 1998, a Fepasa incorporou-se à Rede Ferroviária Federal S/A., e, adiante, privatizou-se a malha ferroviária paulista, adquirida pela Ferrovia Bandeirantes S/A.

Acesso ao Sumário

(c) Desse processo de privatização, contudo, se excluiu uma parte da malha ferroviária da Fepasa, que era conhecida como Fepasa – DRM divisão das regiões metropolitanas – e que se destinava , exclusivamente, ao transporte suburbano na Grande São Paulo. Essa parcela da malha ferroviária paulista permaneceu sob gestão estatal, agregando-se, em 1996, à Companhia Paulista de Transportes Metropolitanos.

(d) A Cptm, no entanto, criara-se em 28 de maio de 1992, com expressa reserva da maioria de seu capital para domínio do Estado de São Paulo e **uma previsão explícita de que a Fepasa poderia** "integralizar parte do capital da sociedade mediante a conferência de bens, móveis e imóveis, direitos, equipamentos e instalações da rede ferroviária por ela utilizada no transporte urbano ou metropolitano de passageiros…" (§ 1º do art. 4º, Lei paulista n. 7.861, de 28-5-1992).

(e) Vale dizer, a Fepasa poderia adquirir ações da Cptm. E assim o fez, por meio da agregação de parte de sua malha ferroviária (cifrada a o transporte suburbano). Mas **isso, nem se vê, não faz da Cptm uma sucessora da Fepasa**.

(f) A sucessão da Fepasa deu-se, em verdade, por meio de sua incorporação à Rede Ferroviária Federal S/A., em 1998.

Por sua vez, essa Rede Ferroviária já se extinguiu e foi sucedida pela União Federal (cf . art. 2º da Lei n. 11.483, de 31-5-2007).

Previu-se, quanto ao pessoal da **ativa** da Rede Ferroviária Federal, sua transferência para a Valec – Engenharia, Construções e Ferrovias S.A., quanto a esta, com a expressa condição de ser **sucessora trabalhista** (c f. art . 17 da Lei nº 11.483, cit.).

(g) Desse modo, para os fins das Leis paulistas ns. 9.343, 22 de fevereiro de 1996 (sobretudo § 2 º, art . 4 º), e 10.410, de 28 de outubro de 1971 (art. 9º), e do § 8º do art . 40 da Constituição federal, com a redação anterior à Emenda constitucional n, 41, de 19 de dezembro de 2003, e ainda da Constituição do Estado de São Paulo de 1989 (§ 4º do art. 126), **o parâmetro para a atração paritária das remunerações dos antigos empregados de empresas ferroviárias incorporadas à Fepasa e de seus pensionistas é , agora, a retribuição do pessoal da ativa da Rede Ferroviária Federal transferido para a Valec.**

Ressalva-se somente a situação - no âmbito dos pleitos trabalhistas- da exploração do transporte ferroviário metropolitano de passageiros nos trechos metropolitanos da Grande São Paulo e de Santos e São Vicente. Com efeito, o § 1º do art.3º da Lei local n. 9.343/1996, previu que a transferência das ações da Fepasa para a Rede Ferroviária Federal:

"(…) não abrangerá a parcela do patrimônio da Fepasa - Ferrovia Paulista

S/A relativa aos sistemas de transportes metropolita nos de São Paulo e Santos a ser transferida, por cisão , à CPTM - Companhia Paulista de Trens Metropolitanos",

matéria também objeto do *caput* do art. 2º da mesma Lei paulista n. 9.343:

"As cisões de que trata esta lei compreenderão as parcelas do patrimônio da Fepasa - Ferrovia Paulista S.A. especificadas em Termos de Protocolo a serem assinados pelas empresas vinculadas à exploração do transporte ferroviário metropolitano de passageiros no Estado, referindo-se ao Sistema de Transporte Metropolita no da Grande São Paulo e ao TIM – Trem Intra-Metropolitano, de Santos e São Vicente",

prevendo-se no *caput* do art. 12 da Lei estadual n. 7.861, de 1992:

"A CPTM deverá assumir os sistemas de trens urbanos da Região Metropolitana de São Paulo, operados pela Companhia Brasileira de Trens Urbanos – CBTU e pela Ferrovia Paulista S/A – FEPASA, de forma a assegurar a continuidade e a melhoria dos serviços, para isso podendo efetuar os necessários acordos operacionais."

Dessa maneira, é apenas no concernente com os sistemas de transporte metropolitano objeto dos trechos abrangida pelos Protocolos referidos que há de admitir a sucessão trabalhista da Cptm, à margem do previsto no art. 3º da Lei local n . 9.343, de 1996:

"Fica o Poder Executivo autorizado a transferir para a RFFSA – Rede Ferroviária Federal S/A a totalidade das ações ordinárias nominativas representativas do capital social da FEPASA – Ferrovia Paulista S/A, de propriedade da Fazenda do Estado."

Ora, não há nestes autos prova bastante – o que onerava o requerente – de que prestasse ele serviços em áreas discriminadas pelos Termos de Protocolo celebrados entre a Fepasa e a Cptm.

5. Averbe-se que os parâmetros buscados, em inúmeros processos símiles movidos por aposentados e pensionistas de empregados da Fepasa, são, de fato, variados – ora referentes ao pessoal da Cptm, ora da Ferroban, ora da Rffsa.

Trata-se de um dos melhores mundos possíveis para convocar a isonomia nas remunerações: todavia, considerar a questão sob o aspecto da isonomia maltrata o firme entendimento jurisprudencial consagrado no verbete n. 339 do Direito sumular do egrégio Supremo Tribunal Federal:

"Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia."

POSTO ISSO, meu voto, vencido em preliminar, acolhe a remessa obrigatória e a apelação da Fazenda do Estado de São Paulo para julgar **improcedente** a pretensão ajuizada por Benedito Palma nos autos de origem n.

0011350-37.2012 da 4ª Vara Cível da Comarca de Itapetininga.

É como voto.

RICARDO DIP, Desembargador, Terceiro Juiz

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº AC-16.043/15)

Ementa: Assunção de Competência. Complementação de aposentadoria. Aposentados da extinta Fepasa. Equiparação. Reajustes concedidos aos empregados da CPTM. Pretendida extensão aos inativos. – 1. Paridade. Complementação. A complementação de aposentadoria e pensão dos ex-empregados da FEPASA é regulada pelo § 2º do art. 4º da LE nº 9.343/96 tão somente, que não mais previu a paridade com os empregados em exercício, mas tão somente o reajuste segundo os índices e datas estabelecidos em acordo ou convenção coletiva de trabalho ou dissídio coletivo na data-base da respectiva categoria dos ferroviários. – 2. Equiparação. A CPTM não é paradigma para qualquer efeito (reajuste ou equiparação) dos ex-empregados da FEPASA com direito à complementação de aposentadoria ou pensão. – Procedência. Recurso oficial e voluntário provido, com as observações do voto.

1. A sentença de fls. 234/237 julgou procedente a ação para condenar a ré à revisão da complementação de aposentadoria do autor, equiparando seus proventos aos percebidos pelos ocupantes da respectiva função junto à Companhia Paulista de Trens Metropolitanos – CPTM; e ao pagamento das diferenças apuradas, corrigidas desde as datas em que seriam devidas, respeitada a prescrição quinquenal, acrescidos de juros, incidentes uma única vez até o efetivo pagamento, nos termos da LF nº 11.960/09. Sucumbente, arcará a ré com as despesas e custas processuais, além de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor das prestações vencidas.

Remetidos os autos pela 10ª Câmara de Direito Público, a Turma Especial, por maioria de votos proveu o recurso oficial e do Estado, Rel. Designada Luciana Bresciani, a que acrescento algumas observações.

2. O autor Benedito Palma foi contratado em 8-11-1954 como artífice pela Estrada de Ferro Sorocabana e desligou-se na função de Eletricista III (FEPASA) em 16-10-1978 (fls. 15, 17, 24); foi beneficiado pelo DE nº 35.530/59 de 19-9-1959 que, nos art. 192 e 193 (fls. 89) assegurou aos ferroviários a complementação por conta da Estrada da aposentadoria ou pensão paga pelo Instituto ou Caixa respectiva reajustada 'no caso de majoração geral dos salários dos ativos da categoria e funções iguais às que respectivamente pertencia [...] ou de aumento geral de salários concedido sob a forma de promoções que abranjam uma ou mais categorias de servidores do serviço ou repartição'.

3. O DLE s/nº de 18-9-1969, com a redação dada pela LE s/nº de 10-12-1970, autorizou o Executivo a constituir e organizar três sociedades de economia mista sob as denominações de Estrada de Ferro Sorocabana S/A, Estrada de Ferro Araraquara S/A e Estrada de Ferro São Paulo-Minas S/A; adotou o regime geral de trabalho (CLT) para seus empregados e determinou no art. 13 que os cargos e funções do pessoal admitido até 25-8-1967, da Estrada de Ferro Sorocabana, Araraquara e São Paulo-Minas integrassem, em cada uma delas, um Quadro Especial e fossem extintos na vacância; conforme o § único, o pessoal cujos cargos e funções foram integrados no Quadro Especial de que trata o artigo continuará regido pela legislação que lhe é própria; e vedou a extensão de qualquer vantagem aplicável aos integrantes dos quadros especiais aos empregados contratados após 25-8-1967.

A LE nº 10.410/71 de 28-10-1971 (fls.62/64) dispôs sobre o pessoal das ferrovias operadas pela Cia Paulista de Estradas de Ferro, Cia Mogiana de Estrada de Ferro, Estrada de Ferro Sorocabana S/A, Estrada de Ferro Araraquara e Estrada de Ferro São Paulo-Minas S/A absorvidas pela FEPASA então criada; dispôs no art. 2º que os Quadros Especiais da Estrada Sorocabana, Araraquara e São Paulo-Minas fossem integrados na Secretaria dos Transportes e permanecessem distintos entre si até total extinção; determinou no art. 5º igual integração a Quadros Especiais do pessoal admitido na Cia Paulista e na Cia Mogiana até 12-6-1968, acrescentando no § único que 'não há equivalência entre os quadros a que se refere este artigo, nem entre as diferentes carreiras e cargos que os compõem, inexistindo qualquer direito à equiparação entre os integrantes de um e outro'; permitiu no art. 8º a contratação pela FEPASA pela CLT de qualquer servidor posto à sua disposição ficando suspenso durante o contrato, a vinculação ao regime jurídico a que estiver sujeito; e transferiu para o Estado (art. 9º) a complementação da aposentadoria e pensão dos empregados componentes dos Quadros Especiais atuais ou futuros. O autor aposentou-se em 16-10-1978 na função de Eletricista III (FEPASA) e desde então recebe do Estado a complementação da aposentadoria (fls. 15, 17, 24) e os reajustes correspondentes à sua região sindical (fls. 223, vol. 2).

Acesso ao Sumário

4. Em suma, o autor foi admitido em 1954 na Estrada de Ferro

Sorocabana; foi integrado em 1969 ao Quadro Especial dessa Estrada, que foi integrado à Secretaria dos Transportes por ocasião da criação da FEPASA (há anotação nesse sentido em sua carteira profissional, fls. 16); posto à disposição da FEPASA, aposentou-se como Eletricista III em 1978. Sempre teve domicílio em Itapetininga, jamais tendo prestado serviços na região metropolitana de São Paulo.

A LE nº 9.343/96 de 22-2-1996 (fls. 59/61) autorizou o Executivo a transferir à Rede Ferroviária Federal S/A o controle acionário da FEPASA e manteve no art. 4º a complementação das aposentadorias e pensões nos termos da legislação estadual específica e do Contrato Coletivo de Trabalho 1995/1996, determinando no § 2º que a complementação fosse reajustada 'obedecendo aos mesmos índices e datas, conforme acordo ou convenção coletiva de trabalho, ou dissídio coletivo na data-base da respectiva categoria dos ferroviários'. A transferência não abrangeu (art. 3º, § 1º) a parcela do patrimônio da FEPASA relativa ao sistema de transporte metropolitano de São Paulo e Santos a ser transferida, por cisão, à CPTM Cia Paulista de Trens Metropolitanos. Nessa ocasião o autor não prestava serviços à FEPASA e não foi transferido à CPTM; inativo, permaneceu vinculado ao Quadro Especial da Sorocabana e à parte da FEPASA transferida à RFF.

A evolução legislativa denota que o quadro de pessoal das Estradas absorvidas pela FEPASA nunca foram misturados nem confundidos; permaneceram separados até a extinção pela vacância (art. 2º da LE nº 10.471/71), vedada pela lei a extensão de vantagens ou de equiparação de funções do Quadro Especial de uma Estrada ao de outra também absorvida. Com mais razão, impossível adotar-se como paradigma para reajuste salarial ou equiparação funcional os servidores da CPTM, empresa que sempre teve existência própria de todo desvinculada da FEPASA e que tão somente absorveu por cisão o sistema ferroviário metropolitano, onde o autor nunca trabalhou e de que não fez parte, pois já aposentado por ocasião da cisão. O paradigma dos ex-empregados da FEPASA eram os empregados ativos da FEPASA até 1998, depois os empregados da RFF, que poucos anos depois foi extinta e transferiu o patrimônio à VALEC então criada e às empresas concessionárias da denominada Malha Paulista, que abrange as cinco estradas que pertenceram à FEPASA. A completa alteração do contexto organizacional levou a uma nova disciplina legislativa.

5. Ao lado da inexistência de identidade entre a FEPASA, a RFF, as concessionárias da Malha Paulista de um lado e a CPTM de outro, outra é a determinação legal. A paridade entre inativos e ativos foi prevista no art. 193 do DE nº 35.530/59, mas exauriu-se pela inexistência de paradigma após a transferência da empresa à RFF e à rápida transformação societária que lhe seguiu; e não faria sentido que a complementação a cargo do Estado fosse

Acesso ao Sumário

vinculada a alterações organizacionais promovidas pela União ou por empresas privadas em outro contexto de fato e de direito; por isso o art. 4º § 2º da LE nº 9.343/96 determinou tão somente que os reajustes obedeçam aos mesmos índices e datas do acordo ou convenção coletiva de trabalho ou dissídio coletivo na data-base da respectiva categoria dos ferroviários. Apenas a isso, ao reajuste anual conforme previsto nesses instrumentos, o autor tem direito. Nesse sentido decidimos:

> 4. Paridade. Os autores pedem na petição inicial que as respectivas complementações de aposentadoria e pensão sejam calculadas com base no cargo paradigma do quadro da CPTM, segundo a "Tabela de Referência para Transposição de Cargos" acostada a fls. 5/7, haja vista que correspondentes às atividades; é um pedido de paridade, portanto e tão somente.
>
> A LF nº 9.343/96 de 22-2-1996 manteve no art. 4º o direito dos ferroviários da antiga FEPASA à complementação de aposentadoria e determinou a observância do Contrato Coletivo de Trabalho de 1995/1996 e da legislação estadual específica; mas ambas não podem ser interpretadas conforme pretende o autor.
>
> 5. O Contrato Coletivo de Trabalho de 1995/1996, na cláusula 4.3.1.1, estabelece que se as atribuições inerentes ao cargo em que se aposentar o empregado forem eliminadas da estrutura salarial ou nela modificadas, tomar-se-á por base o cargo de conteúdo profissional semelhante, inclusive no que diz respeito ao nível de responsabilidade, complexidade e grau de escolaridade exigido para o respectivo desempenho. A cláusula 4.3.1.2 estende aos inativos eventual reavaliação e reclassificação de cargo, desde que o desligamento na aposentadoria tenha ocorrido na mesma função dos empregados beneficiados pela medida (fls. 67).
>
> A equiparação se refere a cargos da própria FEPASA, pois com ela firmado o contrato coletivo, não de outra empresa ferroviária; e não há fundamento para a pretendida equiparação com os cargos existentes na CPTM, onde os autores não trabalharam. A inexistência do paradigma não leva à indicação aleatória de outro, mas à aplicação tão somente do § 2º do art. 4º que lhes garante o reajuste conforme acordo ou convenção coletiva de trabalho ou dissídio coletivo da respectiva categoria dos ferroviários. A equiparação não pode ser concedida, conforme entendimento da Seção de Direito Público: "Reenquadramento do quadro de maquinista A para maquinista. Inadmissibilidade. A equiparação prevista na LE nº 9.343/96 é referente à incidência de índices para reajuste e não ao salário pago a cargo similar após plano de cargos e salários instituído pela CPTM" (Diva da Silva Carmona e outros vs Fazenda Estadual, AC nº 1023031-82.2104, 7ª Câmara de Direito Público, 9-2-2015, Rel. Moacir Peres, com ampla citação de precedentes).
>
> 6. O § 2º do art. 4º da LE nº 9.343/96, por sua vez, não determinou

Acesso ao Sumário

a paridade, mas apenas que os reajustes da complementação de aposentadoria obedeçam aos mesmos índices e datas, conforme acordo ou convenção coletiva de trabalho, ou dissidio coletivo na data-base da respectiva categoria dos ferroviários. Nesse ponto, não há demonstração de que os índices e datas estejam sendo desrespeitados.

Importante destacar que o Enunciado TJSP nº 10 ('os ferroviários da extinta FEPASA têm como parâmetro de complementação a equivalência com os servidores da CPTM') encontra-se suspenso em decorrência da controvérsia existente a respeito na Seção de Direito Público. (Giovanni di Sevo e outros vs Fazenda Estadual, AC nº 1004386-72.2015, 10ª Câmara de Direito Público, 2015, Rel. Torres de Carvalho).

6. Prossiga-se na análise, para melhor compreensão.

O § 2º do art. 4º da LE nº 9.343/96 determinou que a complementação fosse reajustada 'obedecendo aos mesmos índices e datas, conforme acordo ou convenção coletiva de trabalho, ou dissídio coletivo na data-base da respectiva categoria dos ferroviários'. A lei respeitou a organização sindical e do trabalho então existente, em que diversos sindicatos congregavam os trabalhadores das diversas ferrovias e obtinham, em decorrência da negociação própria, direitos e benefícios próprios a cada uma. Tais sindicatos ainda existem e continuam a negociar os contratos coletivos com as empresas que sucederam à FEPASA em seus diversos ramos e reajustes que beneficiam os aposentados e pensionistas a eles vinculados; e tais reajustes, pois concedidos pela empresa privada, podem ser mais vantajosos que os reajustes concedidos pela CPTM. Em outras palavras, não há prova ou indício de que os complementados serão beneficiados pela vinculação exclusiva à CPTM, além de interferir na própria organização sindical que a lei preservou. O problema sindical vai mais além; está em formação um sindicato novo para representação dos empregados da Grande São Paulo na CPTM, sequer havendo certeza quanto à continuidade da representação dos sindicatos antigos na rede metropolitana.

No entanto, o Sindicato da Sorocabana comparece nos acordos coletivos firmados com a CPTM, e isso pode ser explicado. A CPTM foi criada pela LE nº 7.861/92 de 28-5-1992 para gerir o sistema de transporte de passageiros da região metropolitana de São Paulo mediante a absorção dos trilhos operados pela CBTU – Cia Brasileira de Trens Urbanos e pela FEPASA – Ferrovia Paulista S/A; a partir de então a FEPASA passou a operar unicamente o transporte intermunicipal de carga, pois já não havia transporte de passageiros no interior do Estado, e a CPTM assumiu o transporte de passageiros na região metropolitana e na baixada santista, o único remanescente. A FEPASA havia absorvido a duas vias de passageiros operadas pela Estrada de Ferro Sorocabana; as duas vias foram igualmente transferidas à CPTM, mas os empregados a ela vinculados continuaram a ser representados pelo Sindicato da Zona Sorocabana;

Acesso ao Sumário

os demais, que formam a maior parte, são representados pelo Sindicato dos Trabalhadores em Empresas Ferroviárias de São Paulo e Sindicato dos Trabalhadores em Empresas Ferroviárias da Zona Central do Brasil (com sede no Rio de Janeiro, a indicar a filiação à antiga CBTU). O Sindicato da Zona Sorocabana, portanto, representa junto à CPTM os antigos (não se sabe se atuais também) empregados do transporte de passageiros das duas vias férreas antes operadas pela Sorocabana e pela FEPASA, e junto à sucessora da FEPASA (Ferroban e sucessoras) os antigos e atuais empregados no transporte de carga que passara a ser o objeto único da FEPASA. O autor nunca atuou no transporte de passageiros, sua atividade não guarda similitude com ele e não manteve ou mantém vínculo com a CPTM. O contrato coletivo que o sindicato firma com esta empresa não é estendido aos empregados da antiga FEPASA; não há razão para estender as regras da complementação.

A vinculação ora pretendida interfere indiretamente na complexa organização sindical que norteou a complementação disciplinada no art. 4º, § 2º citado. Há problemas que, embora irrelevantes para o resultado imediato da ação, não podem ser de todo ignorados: interfere indiretamente na representação dos sindicatos das antigas ferrovias de carga, em que parte dos representados (os aposentados e pensionistas) passam a vincular-se à atuação de outro sindicato; traz para os dissídios da CPTM a substanciosa complementação das aposentadorias e pensões, onerando indiretamente a administração e permitindo a interferência indireta dela, controladora da CPTM, na discussão sindical dos empregados de hoje; e pode, conforme anotei, sequer beneficiar os aposentados e pensionistas, que obtém reajustes regulares decorrentes dos acordos feitos por seus sindicatos com as empresas que sucederam a FEPASA.

A conclusão é que inexiste vinculação de qualquer natureza, para qualquer fim, entre os aposentados e pensionistas da FEPASA e os trabalhadores da CPTM. É verdade, como observa com sensibilidade o relator vencido, que a maioria das câmaras comuns vem reconhecendo essa vinculação e um enunciado nesse sentido chegou a ser aprovado no nosso Centro de Apoio; mas tais precedentes tiveram em conta uma imperfeita compreensão da evolução do complexo sistema ferroviário e sindical, agora melhor compreendido ante a evolução dos processos e do estudo ora feito; e a errônea sensação de que os complementados não recebiam reajustes, quando agora se sabe que os reajustes de suas bases sindicais lhes foram regularmente estendidos. Cabe à Turma Especial, que reúne maior quantidade de informação, decidir a questão dentro do contexto que lhe é apresentado e que difere daquele examinado nos casos anteriores, sem desdouro para a maioria antes formada e que acompanhei diversas vezes.

Acesso ao Sumário

7. O pedido aqui feito não tem esteio no art. 4º § 2º da LE nº 9.343/96, que regula por inteiro a complementação das aposentadorias e pensões dos antigos ferroviários da FEPASA. Muitos perceberam, como se nota de vários

precedentes do voto dos Des. Luciana Bresciani e Ricardo Dip, que os autores procuram o melhor dos dois mundos: buscam os reajustes, abonos, equiparações e vantagens da ferrovias a que eram vinculados e, quando mais vantajosas, as vantagens concedidas pela CPTM; e isso não é possível.

Cabe à Turma Especial estabelecer a regra de direito e, a partir dela, julgar a apelação; e a regra a ser estabelecida é simples: **(a)** a complementação de aposentadoria e pensão dos ex-empregados da FEPASA é regulada pelo § 2º do art. 4º da LE nº 9.343/96 tão somente, que não mais previu a paridade com os empregados em exercício, mas tão somente o reajuste segundo os índices e datas estabelecidos em acordo ou convenção coletiva de trabalho ou dissídio coletivo na data-base da respectiva categoria dos ferroviários. No caso do autor, a respectiva categoria vem indicada no holerite de fls. 23: Sind 06 Trabalhadores da Zona Sorocabana; **(b)** a CPTM não é paradigma para qualquer efeito (reajuste ou equiparação) dos ex-empregados da FEPASA com direito à complementação de aposentadoria ou pensão.

Os aposentados não estão desprotegidos, pois recebem anualmente o reajuste respectivo à sua região sindical. A sugestão é prover o recurso para julgar a ação improcedente, com a afirmação da regra ou tese exposta no parágrafo anterior.

O voto **é pelo provimento do recurso oficial e voluntário**, com as observações ora expostas.

TORRES DE CARVALHO, Desembargador, 2º Juiz, vencedor

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0016954-35.2010.8.26.0564, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que são apelantes ARMANDO CAVINATO FILHO (E SUA MULHER) e TAIS TERESA BADDINI CAVINATO, é apelado 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 27.843)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CARLOS MALHEIROS (Presidente sem voto), MARREY UINT e CAMARGO PEREIRA.

São Paulo, 15 de dezembro de 2015.

AMORIM CANTUÁRIA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO. EMBARGOS DE TERCEIRO. FRAUDE À EXECUÇÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO DA MÁ-FÉ DOS ADQUIRENTES. AUSENTE PROVA DE CONLUIO OU DE CIÊNCIA INEQUÍVOCA DO ADQUIRENTE SOBRE A EXISTÊNCIA DA PENHORA DO REFERIDO IMÓVEL, QUE POR SUA VEZ, NÃO ESTAVA REGISTRADA NA ÉPOCA DA ALIENAÇÃO. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA Nº 375 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO RECURSO REPETITIVO Nº 956943/PR. INCIDÊNCIA. FRAUDE NÃO CONFIGURADA. SENTENÇA REFORMADA.

RECURSO PROVIDO.

VOTO

Apelação tempestiva (fls. 278/302) manejada pela **ARMANDO CAVINATO FILHO E TAIS TERESA BADDINI CAVINATO** nos autos dos embargos de terceiro opostos contra **FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO** objetivando a desconstituição da penhora efetivada na ação de execução e que recaiu sobre o imóvel por eles adquirido, inconformados com a r. sentença de fls. 271/273 que julgou improcedentes os embargos, considerando legítima a contrição judicial do imóvel em questão.

Alegam que a escritura de compra e venda do imóvel realizada entre os embargantes e a alienante (Sra. Irleny), se deu em manifesta boa-fé dos primeiros, eis que a aquisição do imóvel foi cercada de todas as cautelas de praxe inerentes aos negócios imobiliários, inclusive com as certidões pessoais da vendedora. Asseverou ainda, que a vendedora era sócia da empresa executada e foi incluída no polo passivo da ação de execução em "1993", sendo que a penhora do referido imóvel ocorreu em outubro de 1995 e somente foi levada á registro em junho de 2009, já a alienação do imóvel foi realizada em 06 de junho de 2007. Desta forma, requereu em sede de apelação, o quanto segue: a) o reconhecimento de ofício da inclusão indevida da vendedora-sócia no polo passivo da execução fiscal, por quanto a mesma não tinha acesso às operações e gestão da empresa para justificar sua responsabilização; b) seja declarada a equiparação dos recorrentes à condição de terceiro de boa-fé, com a consequente exclusão da vendedora sócia do polo passivo da execução fiscal e desconstituição da penhora aperfeiçoada sobre o imóvel objeto da presente ação; c) extinção do crédito pelo pagamento comprovado às fls. 23/24 (art. 156, I do CTN); por fim, pugnou pela condenação da apelada ao pagamento dos ônus sucumbenciais.

Acesso ao Sumário

Contrarrazões (fls. 314/318).

É o relatório.

Os apelantes alegam ter adquirido de boa-fé da Sra. Irleny Bedaque Sanches, o imóvel localizado na Rua Clara Bassani, nº 59, cuja área total encerra 162,75 m², mediante escritura pública de compra e venda devidamente registrada (fls.21/22). Pretendem por intermédio dos presentes embargos de terceiro, afastar a fraude à execução reconhecida no Processo de Execução de nº 511/93.

Inicialmente faz-se necessária uma breve digressão dos fatos.

A documentação coligida aos autos pelos apelantes dá conta que incialmente foi ajuizada ação de Execução Fiscal a penas contra a empresa "Transportadora Auge Ltda.", da qual a Sra. Irleny Bedaque Sanches e seu marido, Sr. Mario Eduardo Bedaque Sanches, eram sócios proprietários. A seguir, em 16 de setembro de 1993, o Juízo houve por bem deferir a inclusão dos sócios no polo passivo da ação (fls.35). Ato contínuo, no mesmo ano, mais precisamente em 18 de novembro de 1993, efetivou-se a citação dos mesmos (fls.65). Posteriormente, em 04 de outubro de 1995, procedeu-se a substituição da penhora, levando-se à constrição o imóvel objeto desta ação (fls.67).

Por sua vez, a Sra. Irleny Bedaque Sanches, em 2 de abril de 2007, alienou o imóvel em questão aos embargantes, ora apelantes. Por fim, a penhora só foi registrada em 30 de junho de 2009 (fls.177).

Pois bem, o Código de Processo Civil, ao tratar o tema em questão, prevê que:

> "Art. 593. Considera-se em fraude de execução a alienação ou oneração de bens:
>
> I - quando sobre eles pender ação fundada em direito real;
>
> II - quando, ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência;
>
> III - nos demais casos expressos em lei."

Nesse sentido, acerca da fraude à execução, ensina Cândido Rangel Dinamarco (Instituições de Direito Processual Civil, vol. IV, p. 372, Malheiros Editores, São Paulo, 2004):

> "A fraude de execução caracteriza-se quando a alienação ou oneração dos bens é feita na pendência de um processo, quer executivo, quer de conhecimento, monitório ou mesmo cautelar, cujo desfecho possa conduzir à imposição de medidas sobre o bem alienado ou gravado (CPC, art. 593); com essas condutas o obrigado não só quer prejudicar o titular do direito a ser satisfeito mediante o emprego do bem, como ainda rebela-se contra a autoridade exercida pelo Estado-juiz, procurando fazer com que caia no vazio tudo quanto no processo vier a ser decidido, determinado, comandado."

Acesso ao Sumário

Em sede de recurso repetitivo, o C. STJ estabeleceu as seguintes diretrizes para se apurar a fraude à execução. Confira-se:

> PROCESSO CIVIL. RECURSO REPETITIVO. ART.543-C DO CPC. FRAUDE DE EXECUÇÃO. EMBARGOS DE TERCEIRO. SÚMULA N. 375/STJ. CITAÇÃO VÁLIDA. NECESSIDADE. CIÊNCIA DE DEMANDA CAPAZ DE LEVAR O ALIENANTE À INSOLVÊNCIA. PROVA. ÔNUS DO CREDOR. REGISTRO DA PENHORA. ART. 659, § 4º, DO CPC. PRESUNÇÃO DE FRAUDE. ART. 615-A, § 3º, DO CPC. 1. Para fins do art. 543-c do CPC, firma-se a seguinte orientação: 1.1. É indispensável citação válida para configuração da fraude de execução, ressalvada a hipótese prevista no § 3º do art. 615-A do CPC. 1.2. O reconhecimento da fraude de execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente (Súmula n. 375/STJ). 1.3. A presunção de boa-fé é princípio geral de direito universalmente aceito, sendo milenar a parêmia: a boa-fé se presume; a má-fé se prova. 1.4. Inexistindo registro da penhora na matrícula do imóvel, é do credor o ônus da prova de que o terceiro adquirente tinha conhecimento de demanda capaz de levar o alienante à insolvência, sob pena de tornar-se letra morta o disposto no art. 659, § 4º, do CPC. 1.5. Conforme previsto no § 3º do art. 615-A do CPC, presume-se em fraude de execução a alienação ou oneração de bens realizada após a averbação referida no dispositivo. 2. Para a solução do caso concreto: 2.1. Aplicação da tese firmada. 2.2. Recurso especial provido para se anular o acórdão recorrido e a sentença e, consequentemente, determinar o prosseguimento do processo para a realização da instrução processual na forma requerida pelos recorrentes. (STJ – REsp: 956943PR 2007/0124251-8, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 20/08/2014, CE – CORE ESPECIAL, Data de Publicação: DJe 01/12/2014)

No caso presente, apesar de estar em curso a ação de execução fiscal, verifica-se que ao tempo da alienação do imóvel em questão, a constrição judicial (penhora) ainda não havia sido registrada, fato que só se efetivou em 30.06.2009 (fls.177). Desta forma, é de rigor concluir que os embargantes não tinha como presumir que recaía sobre o referido bem algum impedimento, notadamente a "penhora" nos autos da ação de execução fiscal.

Acesso ao Sumário

Nos termos do recurso repetitivo, era ônus do credor a demonstração da má-fé dos apelantes, terceiros adquirentes.

Todavia, não constam dos autos elementos indicativos de que tenha havido conluio entre as partes a fim de prejudicar a efetividade da execução, tampouco que eles tivessem conhecimento da penhora, que repise-se, não tinha sido registrada na época da alienação.

Ou seja, não há elementos indicativos da má-fé dos adquirentes, fato que incumbiria ao credor, no caso a Fazenda Pública, comprovar.

Desta forma, pelo meu sentir, o recurso comporta provimento.

Ante o exposto, **DÁ-SE PROVIMENTO AO RECURSO**, para julgar procedentes os embargos de terceiros, para declarar eficaz a alienação e insubsistente a penhora. Invertidos os ônus de sucumbência, condena-se a apelada ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, que fixo em 10% do valor da causa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0003327-22.2008.8.26.0244, da Comarca de Iguape, em que é apelante ROGÉRIO DE OLIVEIRA SOMBRIO, é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE IGUAPE.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.244)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EDUARDO GOUVÊA (Presidente), LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA e MOACIR PERES.

São Paulo, 18 de dezembro de 2015.

EDUARDO GOUVÊA, Relator

Ementa: AÇÃO DEMOLITÓRIA – Municipalidade busca demolição parcial de construção realizada em desacordo com a Lei 06/2006 – Firmado Termo de Ajustamento de Conduta em 2007 – Afastado o TAC – As partes evidenciam o interesse no prosseguimento do feito – Aplicação do artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal – Argui o requerido asseverando que a edificação construída em 1995 está em consonância com a Lei de Zoneamento nº 708/81 – Lei Municipal n 708/81 não incluía o imóvel no centro história da cidade – Reforma da r. sentença de procedência – Nova Lei não pode atribuir restrições às construções realizadas sob a égide da Lei de Zoneamento anterior.

Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de ação demolitória movida pela Prefeitura Municipal de Iguape em face de Rogério de Oliveira Sombrio, alegando, em essência, que as partes assinaram um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) aos 03/10/2007, no qual o requerido se comprometeu a demolir parcialmente seu imóvel para que o mesmo tenha a altura máxima de 8 metros e se adeque à nova Lei Municipal de Zoneamento nº 06/2006.

A r. sentença de primeiro grau julgou procedente o pedido da Municipalidade, determinando a demolição da parte superior do imóvel, que possui 11,8 metros de altura.

No prazo legal, sobreveio apelação do vencido, argumentando que a obra foi aprovada pela Prefeitura Municipal e que atendia às exigências da Lei Municipal nº 708/81, vigente à época da construção, na qual o imóvel não pertencia ao centro histórico da cidade de Iguape e por isso não havia restrições a sua construção. Assim, requer a reforma da r. sentença para julgar improcedente a ação e evitar a demolição.

É o relatório.

De inicio deve-se salientar que conforme informado na exordial, a área onde está edificado o imóvel objeto desta ação pertence atualmente ao centro histórico de Iguape e por isso não deve ultrapassar a 8 metros de altura, conforme determina a Lei Municipal nº 6/2006.

Em vista disso, o apelante assinou com a Municipalidade de Iguape em 2007 o TAC (termo de ajustamento de conduta), no qual assumiu o encargo de demolir parcialmente seu imóvel (fls. 05). Diante da inércia do requerido, a Municipalidade então ajuizou a presente ação demolitória.

Contudo, o requerido resiste no cumprimento asseverando que foi induzido a erro ao assinar o TAC e que o imóvel foi construído durante a vigência da Lei de Zoneamento nº 708/81, quando o imóvel não estava incluso na área do centro histórico da cidade, não havendo, portanto, que se arguir contra os dois pavimentos superiores, que ultrapassam o limite de altura de 8 metros.

Acesso ao Sumário

Apesar do Termo de Ajustamento de Conduta firmado pelas partes, observa-se que a requerente e o requerido evidenciam o interesse no prosseguimento do feito. Assim, passo ao julgamento do mérito, nos termos do artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal.

Observa-se pelos documentos acarreados aos autos que o prédio possui 11,08 metros de altura e foi construído em 1995, quando vigorava a Lei de Zoneamento 708/81. Apesar de a nova Lei de Zoneamento nº 6/2006 ter ampliado o centro histórico do Município de Iguape e incluído a Rua Cândida Sandoval Trigo, onde se encontra o imóvel do requerido, não pode a Lei nova impor novas restrições aos imóveis construídos sob a égide da lei anterior.

Acrescente-se que o laudo pericial (fls. 89/116) esclareceu que a obra nos termos da Lei 708/81 era regular, pois não havia restrições para a área onde a edificação foi inserida. Ademais, como ressaltou a Douta Procuradoria Geral de Justiça em seu parecer às fls. 188/191: "*Outrossim, as fotografias encartadas nos autos, em especial, a de fls. 98 e 100, ilustram e demonstram que não há uma discrepância visual significativa entre os edifícios que ali se encontram, entre ao prédio da Rua Cândida Sandoval Trigo, nº 605, e os edifícios que lhe são vizinhos e contínuos*."

Portanto, em razão da construção do imóvel ter sido realizada em 1995, quando estava em vigor a Lei nº 708/81, que não incluía o imóvel na área do centro histórico e não restringia a altura da construção. E, também por ter o autor ter apresentado projeto para aprovação da obra em 1995 e ter se mantido inerte a Municipalidade de Iguape. Bem como, por não haver discrepância visual significativa entre o imóvel do autor e os edifícios que ali se encontram. Entendo que a r. sentença proferida deve ser reformada, nos termos elencados acima.

Ante o exposto, **dá-se provimento** ao apelo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000100-59.2014.8.26.0579, da Comarca de São Luiz do Paraitinga, em que é apelante JULIA APARECIDA FIGUEIRA COELHO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Recurso parcialmente provido, por maioria de votos. Vencido o revisor, que declarará, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.062)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDSON FERREIRA (Presidente) e J. M. RIBEIRO DE PAULA.

São Paulo, 9 de novembro de 2015.

VENICIO SALLES, Relator

Ementa: Policial militar temporário voluntário – pretensão ao reconhecimento de direitos como titulares de cargo – ação julgada improcedente em primeira instância;

– Incidente de Inconstitucionalidade no qual o Órgão Especial declarou que a Lei Federal nº 10.029/00 e a

Acesso ao Sumário

Lei Estadual nº 11.064/2002 são inconstitucionais;

– a despeito da irregularidade da norma, o trabalho voluntário não pode receber o mesmo tratamento jurídico dos titulares de cargo – afronta ao princípio constitucional do concurso público – as atribuições dos voluntários, ademais, são diferenciadas, ostentam sentido de mero estágio, não envolvendo os afazeres do policial militar;

– indevidas verbas funcionais próprias do titular de cargo efetivo como o ALE e aquelas com escora na CLT e em outras verbas relativas aos servidores públicos não comprovadas como o adicional de insalubridade, mormente porque a voluntária ficou encarregada de funções administrativas;

– entretanto, cabe a aplicação do regime geral celetista, de forma que são devidos: o 13º salário; férias integrais e proporcionais; terço constitucional; e a contagem de tempo de serviço, inclusive para fins de recolhimentos previdenciários;

– consectários legais na forma estabelecida pelo STF nas ADIs 4.357/DF e 4.425/DF;

– QUESTÃO DE FATO envolvendo LEGISLAÇÃO LOCAL;

– ação parcialmente procedente – sentença parcialmente reformada.

Recurso parcialmente provido

VOTO

1. Trata-se de ação ordinária ajuizada por Julia Aparecida Figueira Coelho contra a Fazenda do Estado de São Paulo, objetivando ***(i)*** a declaração de inconstitucionalidade do § 2º do art. 6º da Lei Federal 10.029/2000 e do *caput* do art. 11 da Lei Estadual nº 11.064/2002 e o ***(ii)*** reconhecimento da natureza empregatícia do trabalho que desempenhou de **29 de outubro de 2008 a maio de 2010** na condição de Soldado Temporário da Polícia Militar Temporário deste Estado, de modo a que lhe sejam reconhecidos, apostilados e pagos os seguintes benefícios: 13º salário; férias integrais e proporcionais com 1/3 constitucional; adicional de insalubridade; parcelas referentes ao Adicional de Local de Exercício – ALE; contagem de tempo de serviço para fins previdenciários e estatutários, com juros e correção monetária; descontando-se apenas a contribuição previdenciária e do IR.

Acesso ao Sumário

A Fazenda Estadual contestou a ação.

A r. sentença julgou a ação improcedente.

Irresignada, a autora interpôs recurso de apelação.

Vieram as contrarrazões.

É o relatório.

2. O recurso comporta parcial acolhimento.

O litígio envolve a contratação, pela Polícia Militar de São Paulo, de trabalho ***voluntário*** de sentido ***temporário*** calcado na Lei Federal nº 10.029/00 e na Lei Estadual nº 11.064/02.

Por incidente de inconstitucionalidade arguido perante o Órgão Especial, no bojo do julgamento da Apelação Cível nº 0001511-76.2009.8.26.0597 levantada pela 12ª Câmara de Direito Público sob a relatoria do eminente Des. Edson Ferreira, redundou no reconhecimento da ***inconstitucionalidade*** das mencionadas leis no aspecto em que disciplinam a contratação de voluntários temporários para a Polícia Militar.

Entretanto, a despeito da irregularidade das normas, o trabalho voluntário não pode receber o mesmo tratamento assegurado aos titulares de cargo, sob pena de afronta ao princípio constitucional que exige o CORCURSO PÚBLICO.

A Carta Maior estabelece com bastante precisão a necessidade de ***concurso*** para o ingresso no serviço público, seja para a conquista de emprego público, seja para a obtenção de cargo efetivo. O concurso somente é dispensável, por razões óbvias, no caso de contratação para os cargos de confiança, que envolvem funções especiais de assessoramento, chefia ou direção.

Os servidores "voluntários" e "temporários" não se submetem às regras do concurso público, mas sim, a certame sem o mesmo rigor formal. Portanto, existem diferenças ontológicas entre eles e os concursados para cargos efetivos.

Ademais, a atividade dos "voluntários" é diferenciada, não envolvendo os afazeres do policial militar. Pelo contrário, as atribuições dos voluntários temporários ostentam sentido de mero ESTÁGIO.

O serviço voluntário temporário somente pode ser desenvolvido por jovens na faixa etária entre 18 a 23 anos, devendo ser desenvolvido por um ano ou dois, no caso de prorrogação, circunstâncias gerais que deixam patente a distância desta contratação, que visa apenas o APRIMORAMENTO FUNCIONAL do candidato, das hipóteses de cargo ou emprego público, que tem sentido de perenidade do desempenho da função.

A TEMPORANEIDADE da atribuição dos servidores "voluntários" não guarda qualquer relação com os ***cargos temporários*** de que trata o inciso IX do art. 37 da Carta Política, pois estes decorrem de excepcional interesse público, pressuposto que somente pode ser identificado no caso de circunstâncias especiais

Acesso ao Sumário

e não para a realização de atribuições rotineiras. Frise-se que diversamente do estágio dos voluntários, o servidor TEMPORÁRIO atende a carências anormais do Poder Público, ou para responder por emergências que afetam serviços públicos.

Não é o caso dos ***alunos voluntários temporários***, que sequer assumem cargos.

O art. 3º da Lei Estadual nº 11.064/02 afirma que os ***alunos voluntários temporários*** não podem cumprir os misteres típicos e próprios do soldado militar, estando vedado o porte ou uso de arma de fogo e o exercício do poder de polícia.

Sem poder exercer os atributos dos policiais militares, o "voluntário/temporário" representa um mero ajudante de tarefas simples, o que reafirma a distância entre este sistema jurídico e o sistema funcional desenhado na Carta Constitucional.

É certo que o Texto Supremo esgotou todas as formas de vínculo funcional, admitindo apenas os servidores (1) ***titulares de cargo***, geralmente reservados para aquelas atribuições que ligadas à realização de atribuições que envolvam o exercício de poder de polícia ou atreladas à confecção de ato administrativo, o que representa a realização de ATRIBUTOS DE PODER; (2) ***celetistas*** que são servidores que desenvolvem tarefas secundárias ou acessórias; os (3) ***comissionados***, que excepcionalmente ocupam cargos de confiança, com atributos de chefia, assessoramento ou direção; e por fim (4) ***servidores temporários*** ligados a funções de excepcional interesse público.

Nenhuma outra forma de contratação de servidor público pode ser desenvolvida pelas entidades da Administração Pública, o que não impede a contratação de servidores voluntários e temporários, que não assumem qualquer propósito com o cumprimento dos misteres próprios e ínsitos dos servidores públicos.

Não se trata de burla legal, mas da correta previsão de um serviço secundário, voltado ao aprimoramento dos candidatos, capaz de qualificá-los de forma mais eficaz e melhorando a performance dos futuros concursos.

Mesmo na composição do corpo funcional do Poder Público, a Constituição deixou espaço para novas previsões, desde que não conflitantes ou colidentes com as funções e cargos já existentes.

Lembre-se das contratações terceirizadas, onde o Poder Público contrata empresas que disponibilizam servidores para misteres secundários. A Constituição Federal não estabeleceu restrições maiores a tal prática, que normalmente é empregada para a realização de serviços auxiliares, que não reclamam por qualificação específica.

O serviço voluntário e temporário por alunos voltados ao aprimoramento ou

Acesso ao Sumário

à iniciação funcional, aparentemente não padece de vício de inconstitucionalidade e a decisão do E. Órgão Especial, em que pese a profundidade como o tema foi tratado, não gera efeitos VINCULANTES, permitido às Câmaras fracionárias julgar em atenção ao livre convencimento do julgador, que, no caso, apontam para a regularidade das normas federal e estadual no que diz respeito a instituírem um sistema para o serviço temporário, a exemplo do estágio, admitido no setor privado.

Incabível, portanto, a pretensão de equiparação e do recebimento de verbas funcionais próprias de titulares de cargo público como o **Adicional de Local de Exercício – ALE**, bem como verbas que também tem escora na CLT e em outras normas relativas aos servidores públicos, mas que não foram comprovadas, como o adicional de **insalubridade**, mormente porque a autora apenas realizou funções administrativas.

No entanto, a despeito do caráter voluntário, não se pode negar o pagamento de verbas decorrentes do REGIME SOCIAL GERAL celetista, que assegura a percepção de ***férias*** integrais e proporcionais, com 1/3 constitucional; ***13º salário*** integral e proporcional. A contagem do tempo de serviço para fins previdenciários decorre automaticamente do pagamento dessas verbas trabalhistas.

Sendo assim, a ação é **procedente em parte** para reconhecer as ***férias*** integrais e proporcionais, com 1/3 constitucional; o ***13º salário*** integral e proporcional; e o tempo de serviço para fins previdenciários.

Nesse sentido, são devidas as diferenças das parcelas pretéritas a serem apuradas em sede de execução, respeitada a prescrição quinquenal.

Os ***juros de mora*** devem incidir a partir da citação e a ***correção monetária*** a partir da data em que deveriam ser pagos os benefícios, ou, dito de outra forma, desde a "lesão patrimonial".

Aos consectários legais, de rigor o reconhecimento dos efeitos da **Lei nº 11.960/09**, que tem ***início com sua edição, se estendendo até o momento em que o débito é transformado em precatório.*** Nesse ínterim, a **correção monetária** deve ser calculada pela Taxa Referencial e os **juros** pela caderneta de poupança. A partir do início da ***execução coletiva***, as regras devem ser uniformes, com a aplicação do IPCA-E, na forma determinada pelo STF.

O débito tem caráter alimentar, para todos os efeitos legais.

Destarte, a r. sentença é parcialmente reformada para julgar parcialmente procedente a ação.

Em razão da sucumbência mínima da autora, condeno a Fazenda Estadual nas custas e despesas processuais e nos honorários advocatícios ora fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa.

Para fins de prequestionamento é de se reconhecer que a lide envolve

Acesso ao Sumário

apenas LEGISLAÇÃO LOCAL e se debruça sobre QUESTÕES DE FATO.

3. Pelo exposto, dá-se parcial provimento ao recurso.

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 20.608)

Divergência Parcial.

Por meu voto vencido concedia o Adicional de Local de Exercício e o Adicional de Insalubridade, como tenho decidido em todos os casos análogos.

Nesse sentido:

Policial Militar Temporário. Lei Estadual 11.064/2002 declarada inconstitucional pelo E. Órgão Especial deste C. Tribunal de Justiça. Voluntariedade da prestação de serviços descaracterizada. Décimo terceiro salário, férias e terço constitucional, Adicional de Local de Exercício (ALE), adicional de insalubridade, recolhimentos de contribuições previdenciárias e contagem de tempo para todos os fins. Direitos reconhecidos. Recurso provido. **(Relator(a): Borelli Thomaz; Comarca: Ribeirão Preto; Órgão julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 23/09/2015; Data de registro: 03/12/2015)**

Policial Militar Temporário. Contratação nos termos da Lei Federal nº 10.029/2000 e da Lei Estadual nº 11.064/2002. Normas declaradas inconstitucionais pelo Colendo Órgão Especial deste Egrégio Tribunal de Justiça. Jornada de trabalho, atividades e subordinação, os mesmos dos policiais militares efetivos. Igualdade de tratamento. Soldados temporários que fazem jus à percepção das mesmas vantagens. Pagamento devido. O valor devido será apurado em liquidação de sentença. Recurso provido. **(Relator(a): Ronaldo Andrade; Comarca: Santo André; Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 24/11/2015; Data de registro: 05/12/2015)**

Não vejo por que conceder certos direitos e negar outros. Afinal, deve ser observado o conjunto da obra, e os direitos de uns se estendem aos outros por identidade da função militar.

Votei parcialmente vencido.

RIBEIRO DE PAULA, Desembargador, Revisor (*vencido, em parte*)

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1054390-50.2014.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO – FESP, é apelado/apelante BRF BRASIL FOODS S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso da fazenda do Estado e ao reexame necessário e negaram provimento ao recurso da autora. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.797)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDSON FERREIRA (Presidente), JOSÉ LUIZ GERMANO e OSVALDO DE OLIVEIRA.

São Paulo, 12 de janeiro de 2016.

EDSON FERREIRA, Relator

Ementa: ICMS. Repetição do indébito. Juros de mora da Lei Estadual 13918/2009. Pedido genérico abrangendo todos os recolhimentos que tenham sido feitos por todos os estabelecimentos da autora e dos estabelecimentos das pessoas jurídicas por ela sucedidas nos cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação. Não se verifica nenhuma das hipóteses de pedido genérico autorizado pelo artigo 286 do Código de Processo Civil. Indispensável a identificação de todos os fatos que motivaram cada recolhimento, seja para permitir a defesa, no processo de conhecimento, em relação a cada fato individualmente considerado, também relevante para determinar o correto valor da causa, o rito processual e o base de cálculo da taxa judiciária. Ainda, o efeito da interrupção da prescrição só tem cabimento em relação a fatos específicos e determinados, não apenas determináveis. Sentença que deve ser certa, ainda quando decida relação jurídica condicional, de forma que não cabe relegar para o momento da execução o que concerne ao processo de conhecimento. CPC, artigo 460, parágrafo único. Não satisfeito o requisito do artigo 282, IV, de pedido, com as suas especificações, que

Acesso ao Sumário

reclama individualização. Extinção do processo na forma dos artigos 267, I e 282, IV, do CPC. Providos o recurso de Fazenda do Estado e o reexame necessário e não provido o recurso da autora.

VOTO

A sentença, proferida pela eminente juíza, Doutora Liliane Keyko Hioki, julgou parcialmente procedente demanda por afastar a aplicação da Lei Estadual 13918/2009 e atualizar débitos de ICMS pela taxa SELIC, com repetição dos valores pagos a maior desde cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação para os débitos próprios da autora e desde a sucessão ou cinco anos antes do ajuizamento da ação, o que for menor, para os débitos das empresas sucedidas pela autora, tendo fixado honorários advocatícios em vinte por cento do valor atualizado da causa (fls. 526/532).

Apela Fazenda do Estado pela improcedência da demanda, alegando falta de delimitação do pedido na petição inicial, ausência de documentos comprobatórios de todos os recolhimentos tributários realizados nos últimos anos, falta de interesse de agir quanto aos débitos pagos em parcelamento por consistirem em acordos aceitos pela autora de forma irretratável, não haver prova de que a autora suportou os ônus do tributo, constitucionalidade da taxa de juros de mora estabelecida pela Lei 13918/2009, não ter caráter vinculante a decisão do Órgão Especial deste Tribunal na arguição de inconstitucionalidade nº 0170909-61.2012.8.26.0000, impossibilidade de realizar restituição por compensação escritural, excesso na fixação dos honorários advocatícios (fls. 536/586).

Apela a autora pela procedência integral da demanda, alegando direito à incidência de correção monetária e juros de mora desde a data de cada pagamento a maior, pelo mesmo índice utilizado pelo Estado de São Paulo ou pelos índices de atualização monetária, e possibilidade de cobrança das quantias pagas a mais mediante expedição de precatório (fls. 587/611).

Recursos respondidos (fls. 630/662 e 694/706).

É o relatório.

Incide hipótese de reexame necessário, segundo o enunciado 490 do STJ, por se tratar de sentença ilíquida.

O pedido na petição inicial tem a seguinte formulação (fls. 29/30):

1) seja declarada a invalidade da exigência dos juros moratórios previstos no art. 96, §§ 1º a 5º da Lei nº 6.374/1989, na redação do art. 11 da Lei nº 13.918/2009, e nos atos regulamentares pertinentes, relativamente à parcela excedente à taxa SELIC, aplicados pelo Fisco Estadual, em face dos estabelecimentos da Autora, assim como dos estabelecimentos das pessoas

Acesso ao Sumário

jurídicas por ela sucedidas, (1.a) tanto para apuração dos valores originários das multas punitivas relacionadas à legislação do ICMS, (1.b) quanto para a atualização dos créditos tributários a título de ICMS e de multas punitivas; e

2) seja o Estado de São Paulo condenado a restituir à Autora, com atualização monetária desde cada pagamento indevido e o acréscimo de juros moratórios, ***todos os montantes indevidamente recolhidos àqueles títulos (vide Item 1 acima), durante os 5 (cinco) anos que antecederam ao ajuizamento deste feito, pelos estabelecimentos da Autora, bem como pelos estabelecimentos das pessoas jurídicas por ela sucedidas****, inclusive os pagamentos indevidos realizados no âmbito do Programa Especial de Parcelamento do ICMS ("PEP do ICMS") e outros Programas de Anistia e Parcelamento Fiscais; considerando-se, na apuração do "quantum" a ser restituído à Autora, todas as modalidades de recolhimentos de ICMS e encargos moratórios e punitivos utilizadas, como, por exemplo, o desembolso de recursos com a utilização de Guias de Recolhimento na rede bancária (GARE, DARE, GNRE etc), a conversão parcial ou integral em renda do Estado de São Paulo de depósitos judiciais realizados pelo Contribuinte etc.*

Embora tenham sido apresentados alguns documentos sobre recolhimentos da espécie, ou seja, com juros de mora da Lei 13918/2009 (aceites e recolhimentos efetuados em programa de parcelamento), o pedido foi formulado de forma genérica, para abranger todos os recolhimentos, dos estabelecimentos da autora e das pessoas jurídicas por ela sucedidas, que tenha sido feitos nos cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação.

Todavia, não se verifica nenhuma das hipóteses de pedido genérico autorizado pelo artigo 286 do Código de Processo Civil, de modo que seria indispensável a identificação de todos os fatos que motivaram os recolhimentos com o acréscimo questionado, para permitir a defesa em relação a cada um dos fatos, individualmente considerados.

Seria igualmente necessária a identificação para a determinação do valor correto da causa, do rito processual, norma de ordem pública, e da base de cálculo da taxa judiciária.

Ainda, porque o efeito da interrupção da prescrição só tem cabimento em relação a fatos específicos e determinados, não apenas determináveis.

Acrescente-se a imposição legal de que a sentença deve ser certa, ainda quando decida relação jurídica condicional, de forma que não cabe relegar para o momento da execução o que concerne ao processo de conhecimento (Código de Processo Civil, artigo 460, parágrafo único), ainda porque só cabe decidir sobre realidade concreta, não apenas hipotética.

Por fim, não foi atendido o requisito do artigo 282, IV, do CPC, de pedido com as suas especificações, que reclama individualização.

Acesso ao Sumário

Destarte, cumpre extinguir o processo, na forma dos artigos 267, I, 282, IV e 286 do Código de Processo Civil, com inversão dos ônus da sucumbência e fixação de honorários advocatícios, por equidade, em dez mil reais.

Para tanto, **DÁ-SE** provimento ao recurso de Fazenda do Estado e ao reexame necessário e **NEGA-SE** provimento ao recurso da autora.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0017719-10.2009.8.26.0477, da Comarca de Praia Grande, em que é apelante FÁBIO RAMALHO LUZIA, é apelado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 12.319)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VERA ANGRISANI (Presidente) e LUCIANA BRESCIANI.

São Paulo, 19 de janeiro de 2016.

CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. Responsabilidade civil do Estado. Prisão em flagrante delito do autor. Crime de roubo seguido de morte. Manutenção da prisão preventivamente para garantir a ação penal. Autor que foi reconhecido pelas vítimas dos delitos. Posterior absolvição. Inexistência de erro judiciário. Presença dos requisitos legais para a decretação da prisão preventiva. Legalidade da apuração do fato e de sua autoria. Autor que não foi absolvido por negativa de autoria. Precedentes. Sentença mantida. Recurso improvido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Fábio Ramalho Luzia contra a r. sentença de fls. 417/422, que julgou improcedente a ação de indenização por danos morais que lhe move em face da Fazenda do Estado de São Paulo.

Sustenta o apelante, às fls. 431/448, que teria sofrido danos morais, pois

foi preso indevidamente em flagrante delito por 6 meses, sob acusação de crime com incurso no art. 157, § 3º do CP, sendo após absolvido da ação penal, sendo tal erro passível de indenização pelo ente estatal, sob a égide da responsabilidade objetiva.

Pugna pelo provimento do recurso.

As contrarrazões, às fls. 454/460, pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

1. Cuida-se de ação de indenização por danos morais ajuizada pelo apelante em face da Fazenda do Estado de São Paulo, em que alega ter sido ilegalmente processado e preso, por 06 meses (24/11/2006 a 23/05/2007), sob acusação de roubo seguida de morte, com incurso no art. 157, § 3º do CP, sendo após concedido a liberdade provisória (fls. 39).

O feito criminal tramitou regularmente e em 09/12/2008 foi proferida a sentença de improcedência, com absolvição do autor, nos termos do art. 386, inc. IV do CP (fls. 49/56).

A r. sentença que julgou a ação improcedente deu correta solução à lide, razão pela qual deve ser mantida.

2. **A persecução criminal configura atividade legal e a prisão processual – qualquer que seja a espécie – está prevista no art. 5º da Constituição Federal.**

Incumbe ao Estado, nesse sentido, apurar o fato que tenha aparência de ilicitude e apontar sua autoria.

No caso dos autos, o autor foi preso em flagrante, mantido preso preventivamente, pela prática de crime de tentativa de roubo seguido de morte, nos termos do art. 157, § 3º do Código Penal.

Posteriormente, a ação penal em face do autor foi julgada improcedente, por ausência de provas de sua conduta delitiva, nos termos do art. 386, inc. IV do Código de Processo Penal (cf. fls. 49/56).

Ocorre que, compulsando os autos verifica-se que o apelante foi preso em virtude das circunstâncias do momento do flagrante que apontavam para a materialidade e sua autoria do ilícito penal, ou seja, logo após a ocorrência de tentativa de roubo que resultou na morte de Aylton José Simões Lima, em razão de disparo de arma de fogo.

A filha da vítima reconheceu o apelante como autor do disparo (fls. 22) e os policiais militares responsáveis pela condução à Delegacia de Polícia informaram que o recorrente possuía exatamente as mesmas características e vestes (fls. 18 e 20).

Nos dizeres dos Termos de Depoimentos em Auto de Prisão em Flagrante Delito "*a filha da vítima e o vigilante noturno reconheceram, sem qualquer*

Acesso ao Sumário

dúvida, o indivíduo identificado como FÁBIO RAMALHO LUZIA, como sendo o autor do disparo que atingiu a vítima" (fls. 18) e o vigilante noturno do local dos acontecimentos "*reconheceu com toda certeza o indivíduo identificado como FABIO RAMALHO LUZIA como sendo um dos dois rapazes que haviam passado momentos antes de bicicleta; que o depoente tem certeza de que era Fábio porque pôde ver bem seu rosto, além de suas vestimentas e corte de cabelo*" (fls. 21).

No dia 19.01.2007 a filha da vítima compareceu novamente à sede do 3º Distrito Policial de Itanhaém para novas declarações e de seu termo verifica-se o novo reconhecimento do detido, como autor da infração penal (fls. 27):

> **"...na data de hoje a declarante compareceu nesta unidade policial, onde efetuou o reconhecimento fotográfico dos autores do latrocínio; que, dentre várias fotografias exibidas reconheceu sem sombra de dúvidas como sendo um dos autores do delito, Bruno Henrique de Souza Santos, além de Fábio Ramalho Luzia, o qual já foi reconhecimento na data do flagrante..." (sic)**

Note-se que as autoridades policiais não agiram erroneamente ao recolher o apelante à prisão em sede de flagrante. Pelo contrário, agiram de acordo com o seu dever, pois a situação indicava que Fábio Ramalho Luzia teria efetuado o disparo de arma de fogo que vitimou Aylton José Simões Lima.

Apenas durante a tramitação processual na esfera criminal, mediante apresentações de alegações finais pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, foi requerida a absolvição do acusado (fls. 41/48). Isso porque, nas palavras do próprio *parquet*, apesar do reconhecimento de Fábio Ramalho Luzia na fase investigativa, perante o crivo do contraditório judicial não foi possível colher provas suficientes para a sua acusação.

A sentença proferida pelo douto juízo criminal entendeu que o conjunto probatório seria frágil e insuficiente para a responsabilização dos acusados por um delito tão grave e, em relação a Fábio Ramalho Luzia o absolveu, com fundamento no art. 386, IV do Código de Processo Penal (fls. 49/56).

Não obstante a final absolvição criminal, verifica-se pela narrativa dos fatos que todo o contexto apresentado contribuiu para a prisão do recorrente, tanto que na oitiva de testemunhas perante este feito cível, um dos policiais militares responsáveis pela condução na data do fato criminoso, ratificou suas alegações.

Pelo depoimento do PM Gerson Aparecido da Silva consta a abordagem feita aos suspeitos após a ocorrência do delito, bem como identificação pelo vigilante da rua e pela filha da vítima que "*compareceu na delegacia e fez um reconhecimento, sem sombra de dúvidas o Fábio, como sendo o que apontou a arma e efetuou o disparo contra o pai dela*" (fls. 374).

Não há, portanto, indícios de quaisquer ilícitos praticados pela autoridade quando efetuada a prisão do apelante. Assim como já suficientemente explanado, os indícios se mostraram suficientes para os policiais prenderem-no. Trata-se, portanto, de exercício regular da atividade estatal, o que não dá ensejo à indenização por danos morais.

Nas palavras da Fazenda Pública perante suas contrarrazões "*não se discute, nesta ação indenizatória, se o réu praticou ou não o crime do qual foi acusado, mas sim se havia indícios suficientes da autoria delitiva para embasar sua prisão em flagrante delito e o recebimento da denúncia*". Considerando a efetiva existência de motivos plausíveis para a prisão em flagrante do apelante, decorrente das circunstâncias do momento, em especial do reconhecimento dos depoentes, não há o que se falar em ilegalidade da prisão ou em erro judiciário.

Assim, presente estava a probabilidade de que os fatos apurados constituíssem crime, bem como, de que as pessoas indiciadas, incluindo o autor, fossem autores do ilícito, de maneira a concluir pela legalidade na decretação da prisão preventiva, necessária na instrução criminal.

3. Com efeito, inexistiu erro judiciário no caso dos autos, nem constrangimento por excesso de prazo, **mas prisão preventiva do autor, plenamente justificada diante dos fatos expostos, visando garantir a efetividade da instrução criminal, considerando que ficou demonstrado pelas provas produzidas na instrução criminal que o autor teria participado do crime em questão (cf. fls. 18, 21 e 27).**

Se déssemos azo à tese do autor, toda vez que o Estado iniciasse qualquer apuração penal em face de qualquer pessoa e após postulasse seu arquivamento ou em caso de improcedência da ação penal, sempre haveria o dever de indenizar do Estado, o que seria um efetivo absurdo.

Somente casos de flagrante abuso ou omissão grave do Estado é que se pode cogitar de eventual reparação indenizatória.

Com efeito, no caso em tela, ausente qualquer ato ilícito, não há que se falar, consequentemente, em responsabilidade civil do Estado.

4. Destarte, deve-se aplicar, na espécie, de maneira a cumprir o princípio constitucional da razoável duração do processo, o art. 252 do Regimento Interno deste Tribunal[1], conforme precedentes desta Corte[2], do Superior Tribunal de

1 Art. 252 – Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la.

2 Conforme Apelação nº 0007288-64.2008.8.26.0019, 6ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Evaristo dos Santos, j. em 26.03.2012; Apelação nº 0144234-03.2008.8.26.0000, 14ª Câmara de Direito Público, Re. Des. Marino Neto, j. em 22.03.2012; Apelação nº 0007387-11.2010.8.26.0586, 13ª Câmara de Direito Público, Re. Des. Ferraz de Arruda, j. em 21.03.2012; Apelação nº 9159745-82.2008.8.26.0000, 15ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. FORTES MUNIZ, j. em 22.03.2012; Apelação / Reexame Necessário nº 0123949-23.2007.8.26.0000, 3ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Camargo Pereira, j. em 20.03.2012; Apelação nº 9134611-19.2009.8.26.0000, 7ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Eduardo Gouvêa, j. em

Acesso ao Sumário

Justiça[3] e do Supremo Tribunal Federal[4], de forma a confirmar a sentença por seus próprios e bem deduzidos fundamentos, os quais são inteiramente adotados como razões de decidir:

> **"O apontamento realizado pelas testemunhas do crime sustentou o indício de autoria que serviu como base para a segregação do autor no início da investigação policial, onde as autoridades públicas, policiais e judiciárias, cientes desses indícios de autoria e materialidade criminosa, decretaram e mantiveram a sua prisão em flagrante delito até a decisão que lhe concedeu a liberdade provisória, valendo apontar que tanto o procedimento da apuração do cometimento de crime quanto à sua prisão provisória estavam dentro dos limites da legalidade." (cf. fls. 421)**

Em situações análogas (prisão preventiva, após absolvição), decidiu este E. Tribunal de Justiça:

> 0011390-55.2009.8.26.0000 Apelação/Responsabilidade da Administração
>
> Relator(a): Maria Laura Tavares
>
> Comarca: Campinas
>
> Órgão julgador: 3ª Câmara Extraordinária de Direito Público
>
> Data do julgamento: 20/05/2014
>
> Data de registro: 23/05/2014
>
> Outros números: 8973775500
>
> Ementa: Apelação Cível – Pedido de indenização por danos **morais – Prisão durante o tramitar do processo crime – Absolvição por falta de provas – Prisão regular –** Sentença de improcedência – Recurso improvido.
>
> 0010471-23.2011.8.26.0024 Apelação/Reexame Necessário/ Indenização por Dano Material
>
> Relator(a): Coimbra Schmidt
>
> Comarca: Andradina
>
> Órgão julgador: 7ª Câmara de Direito Público
>
> Data do julgamento: 12/05/2014
>
> Data de registro: 12/05/2014

Acesso ao Sumário

19.03.2012.

3 Conforme REsp n° 662.272-RS, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 04.09.2007; REsp n° 641.963-ES, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, j. em 21.11.2005; REsp n° 592.092- AL, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, j. em 17.12.2004; REsp n° 265.534- DF, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 1.12.2003.

4 Neste sentido, as decisões da lavra do Ministro Dias Toffoli, nos RE 591.797 e 626.307, em 26.08.2010, em que adota os fundamentos de parecer do Ministério Público para decidir: "Acompanho na íntegra o parecer da douta Procuradoria-Geral da República, adotando-o como fundamento desta decisão, ao estilo do que é praxe na Corte, quando a qualidade das razões permitem sejam subministradas pelo relator (Cf. ACO 804/RR, Relator Ministro Carlos Britto, DJ 16/06/2006; AO 24/RS, Relator Ministro Maurício Corrêa, DJ 23/03/2000; RE 271771/SP, Relator Ministro Néri da Silveira, DJ 01/08/2000)."

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. Prisão em flagrante. Policial militar. **Indenização a título de danos morais e materiais por suposta prisão ilegal. Existência de indícios suficientes para determinação da custódia cautelar e sua manutenção no curso da ação penal. Não configurado erro judiciário ou de qualquer outra causa que deflagre responsabilidade civil da Administração**. Pedido de pagamento das férias no período de encarceramento. ADMISSIBILIDADE mercê da manutenção dos descontos previdenciários oportunos. Sentença mantida. Recursos improvidos.

0025880-49.2011.8.26.0344 Apelação/Indenização por Dano Moral

Relator(a): Aroldo Viotti

Comarca: Garça

Órgão julgador: 11ª Câmara de Direito Público

Data do julgamento: 10/09/2013

Data de registro: 13/09/2013

Ementa: Ação de Indenização por danos morais e materiais. **Alegação de erro judiciário. Pessoa que foi presa e processada, terminando por ser absolvida, por negativa de autoria. Demanda julgada improcedente. Recurso do autor buscando a inversão do julgado. Inadmissibilidade. A prisão provisória não gera ao Estado obrigação de indenizar o acusado diante de sua absolvição**. O dano indenizável deve provir de dolo, fraude ou culpa dos agentes responsáveis pela sua apuração, imputação e julgamento. Recurso improvido.

5. Considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional aventada, observado que é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido analisada.

Isto posto, **o recurso é conhecido, mas improvido**, ficando mantida na íntegra a r. sentença de fls. 417/422.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0010228-86.2000.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante IRAÍDE DE OLIVEIRA JACINTO, é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE CAMPINAS.

ACORDAM, em 1ª 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 13.598)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores DANILO PANIZZA (Presidente) e VICENTE DE ABREU AMADEI.

São Paulo, 15 de dezembro de 2015.
ALIENDE RIBEIRO, Relator

Ementa: AGRAVO RETIDO – Perícia – Ausência de resposta aos quesitos – Cerceamento de defesa – Inocorrência – Questão já decidida em sede de agravo de instrumento – Coisa julgada – Recurso improvido. APELAÇÃO – Ação indenizatória – Acidente de trabalho – Lesão por Esforços Repetitivos – Realização de perícia à luz do contraditório – Ausência de comprovação do nexo causal entre lesão e atividade desempenhada – Sentença mantida – Recurso não provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de ação indenizatória por danos morais, materiais e estéticos ajuizada por **Iraíde de Oliveira Jacinto** em face da **Fazenda Pública Municipal de Campinas**, com fundamento em acidente de trabalho sofrido na condição de empregada da Municipalidade.

Aduziu a autora ter desenvolvido "Lesão por Esforços Repetitivos grau III" em razão dos serviços prestados como cozinheira à Municipalidade e requereu o ressarcimento dos danos sofridos, fundamentando o feito nas condições nas quais laborava.

A r. sentença de f. 238/244 julgou os pedidos improcedentes, razão pela qual apela a autora (f. 247/252), com vistas à inversão do julgado.

Reitera o agravo retido interposto (f. 248), com vistas à reabertura da instrução processual para esclarecimentos periciais.

Nas razões recursais, aponta divergência entre o laudo pericial produzido no feito e o juntado à inicial (f. 24), repisa os argumentos já expostos no curso do processo quanto ao nexo causal entre as funções desempenhadas e a lesão sofrida e aponta cerceamento de defesa.

Recursos recebidos e processados, com contrarrazões (f. 257/262).

Conforme acórdão de f. 279/282, os autos foram inicialmente remetidos à 14ª Câmara de Direito Público, especializada em tributos municipais, a qual, declarando-se absolutamente incompetente, remeteu o feito ao distribuidor.

Recebidos os autos pela 17ª Câmara de Direito Público, especializada em acidente do trabalho, esta se declarou incompetente (f. 293/295), razão pela qual foi a ação distribuída livremente a esta Câmara.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

Preliminarmente, é caso de julgamento do agravo retido interposto à f. 146/150 e reiterado na apelação.

Verifica-se que sua interposição se deu junto à do agravo de instrumento de f. 136/146 e em face da mesma decisão por este atacada (conforme se verifica às f. 140, do agravo de instrumento, e 148, do agravo retido).

Julgado o agravo de instrumento por este Tribunal, questão referente aos quesitos periciais foi estabilizada pela coisa julgada, razão pela qual **nego provimento ao agravo retido.**

As razões de apelação se fundamentam na discordância com o laudo pericial, na divergência entre as conclusões da perícia oficial (f. 99/104) e do relatório médico do Ambulatório de Medicina do Trabalho da UNICAMP (f. 24/25), e no cerceamento de defesa, decorrente da não realização de nova perícia e da ausência de resposta, pelo perito oficial, aos quesitos formulados, de modo a não restar provado nexo causal entre as atividades desempenhadas pela autora e a lesão constatada.

O mérito referente aos quesitos periciais já foi decidida em sede de agravo de instrumento, conforme salientado *supra* no julgamento do agravo retido interposto.

No que tange à divergência entre as conclusões médicas, o recurso tampouco prospera.

O relatório médico de f. 24/25 se reveste de caráter documental, não tendo sido produzido no curso do processo com observância do contraditório, diferentemente da perícia médica.

Desta feita, não se configura efetiva divergência entre laudos periciais, mas elementos probatórios distintos e com teores dissonantes a serem valorados pelo magistrado quando da prolação da sentença, em observância ao livre convencimento motivado, conforme disposto no art. 131 do Código de Processo Civil.

Pelos mesmos fundamentos, igualmente se afasta a alegação de cerceamento de defesa pela não realização de nova perícia médica, tendo-se em conta o quanto disposto no art. 130 do CPC, no sentido de que "*caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias*".

Postas essas questões, observa-se, conforme concluído da r. sentença recorrida, não ter a autora se desincumbido do ônus probatório no caso dos autos e, diante do conjunto probatório produzido no processo, o que melhor esclarece o feito é o laudo oficial, que concluiu pela inexistência do nexo causal necessário à responsabilização estatal.

Acesso ao Sumário

O caso é, assim, de negar provimento ao recurso de apelação e ao agravo retido interposto por **Iraíde de Oliveira Jacinto** nos autos da ação movida em face da **Fazenda Municipal de Campinas** (proc. nº 0010228-86.2000.8.26.0114 – 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Campinas).

Consigne-se, para fins de eventual pré-questionamento, inexistir ofensa aos artigos de lei mencionados nas razões recursais.

Resultado do julgamento: nego provimento aos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0501149-10.2006.8.26.0116, da Comarca de Campos do Jordão, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE CAMPOS DO JORDÃO, é apelado ANTONIO CARLOS GONÇALVES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 8.908)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OCTAVIO MACHADO DE BARROS (Presidente), HENRIQUE HARRIS JÚNIOR e MÔNICA SERRANO.

São Paulo, 29 de janeiro de 2016.

OCTAVIO MACHADO DE BARROS, Relator

Ementa: APELAÇÃO – EXECUÇÃO FISCAL – IPTU – Exercícios de 2001 a 2004 – Decurso de mais de cinco (5) anos contados do despacho que ordenou a citação – Não incidência de causa suspensiva do prazo prescricional – Inaplicabilidade da Súmula 106 do STJ – Prescrição intercorrente consumada – Extinção do crédito – Sentença confirmada – Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Apelação contra sentença que reconheceu a prescrição intercorrente e julgou extinta a execução fiscal do IPTU, exercícios de 2001 a 2004, com fulcro no art. 269, IV, do CPC.

Sustenta a apelante, em suma, que a prescrição pressupõe o decurso do

prazo fixado em lei aliado à inércia do titular do direito, o que não ocorreu no caso. Afirma, ainda, que o parcelamento suspende a exigibilidade do crédito tributário, razão pela qual a decisão deve ser reformada.

Recurso recebido e processado em seus regulares efeitos.

Relatado.

A presente execução fiscal foi ajuizada quando já vigorava a LC nº 118/2005, que adequou o inciso I, do artigo 174, do CTN, aos termos do § 2º, do artigo 8º, da Lei 6.830/80, incluindo o despacho ordinatório da citação como causa interruptiva da prescrição.

Assim, operada a interrupção com a prolação do despacho que ordenou a citação em 01/12/2006, o prazo extintivo da obrigação tributária retomou o seu curso consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça: *A prescrição intercorrente é concernente ao reinício da contagem do prazo após a ocorrência de uma causa de interrupção* (AgRg no RE nº 1.074.051-PE).

Ocorre que entre o despacho inaugural e a sentença prolatada em 26/06/2014, se passaram mais de cinco (5) anos ininterruptos, operando-se irremediavelmente o lapso extintivo.

Não se olvida do direito da exequente em ser intimada dos atos processuais, no entanto, o comando do artigo 25, da LEF, não afasta a sua responsabilidade pelo impulso processual nem interrompe o prazo extintivo do crédito tributário, até porque, cuida-se de prazo decadencial regulada por lei complementar.

Com efeito, prescrição e decadência são matérias de ordem pública, reservadas à lei complementar, como dispõe o artigo 146, inciso III, letra "b", da Constituição Federal, não cabendo apurar culpa circunstancial pela demora no chamamento do devedor ou atraso no andamento do processo (Súmula 106/STJ), mas, tão somente, aplicar o Código Tributário Nacional – Lei nº 5.172/66, porque recepcionado como lei complementar pela Magna Carta, descartada a aplicação da Lei nº 6.830/80 e do art. 219, do CPC.

Esse o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal ao editar a Súmula Vinculante nº 8, que declara a inconstitucionalidade do parágrafo único, do art. 5º, do DL nº 1.569/77, bem como, dos artigos 45 e 46, da Lei nº 8.212/91, que também tratam de prescrição e decadência do crédito tributário (STF – RE 560.626-1, Rel. Ministro Gilmar Mendes).

O pagamento do tributo efetivado em parcelas não suspende o crédito tributário. O parcelamento a que se refere o CTN é aquele decorrente de acordo firmado pelos interessados.

Eventual acordo de parcelamento deveria ser comprovado documentalmente para o fim de interromper o curso da prescrição nos termos do art. 174, inciso IV, do CTN, o que, contudo, não ocorreu.

Acesso ao Sumário

Daí porque, **nega-se provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1003829-35.2014.8.26.0663, da Comarca de Votorantim, em que é apelante FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado W.P.S. (JUSTIÇA GRATUITA).

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 E, DE OFÍCIO, AFASTARAM A APLICAÇÃO DA LEI Nº 11.960/09. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.385)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CARLOS EDUARDO PACHI (Presidente) e DÉCIO NOTARANGELI.

São Paulo, 1 de fevereiro de 2016.

MOREIRA DE CARVALHO, Relator

Ementa: "APELAÇÃO – Servidor público aposentado – Pedido de conversão em pecúnia de benefício de licença-prêmio não usufruído – Possibilidade – Indeferimento que poderia levar ao enriquecimento sem causa da Fazenda – Inaplicabilidade da Lei nº 11.960/09 – Verba honorária mantida – Sentença parcialmente reformada, de ofício, apenas afastar a aplicação da Lei nº 11.960/09 – Recurso desprovido, com observação."

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação sob o rito ordinário ajuizada por **W.P.S.** em face da **FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO**. Alega ser policial militar na reserva e não ter usufruído do período de 90 dias de licença-prêmio, motivo pelo qual, requer a sua conversão em pecúnia, com os acréscimos legais.

A sentença de fls. 40/45 julgou parcialmente procedente a ação, para condenar a ré ao pagamento em pecúnia de 90 dias de licença prêmio adquiridas e não gozadas pelo autor, sem incidência de imposto de renda e descontos previdenciários, acrescidos de correção monetária e juros de mora, nos termos da Lei nº 11.960/09 e condenou o ente público ao pagamento das custas, despesas

processuais e verba honorária, fixada em 10% do valor a ser executado.

Apela a Fazenda do Estado (fls. 49/54). Alega a impossibilidade da conversão da licença prêmio em pecúnia, impossibilidade de indenização e ausência de enriquecimento ilícito. Postula, subsidiariamente, a redução da verba honorária.

Foram apresentadas contrarrazões ao recurso (fls. 58/64).

Vieram os autos para julgamento.

RELATEI.

De acordo com a certidão de fls. 17/19, verifica-se que o apelado deixou de usufruir um período de noventa dias de licença-prêmio, tendo posteriormente, passado para a inatividade, motivo pelo qual busca a indenização.

Nesta linha, tem-se que em 10 de junho de 2008 adveio a Lei Complementar Estadual nº 1.048/2008, cujo art. 3º dispõe, *in verbis*:

Art. 3º - Na hipótese de se tornar inviável o gozo de licença-prêmio, na forma prevista nesta lei complementar, em virtude de exoneração 'ex officio', aposentadoria por invalidez permanente ou falecimento, será paga ao ex-servidor ou aos seus beneficiários, conforme o caso, indenização calculada com base no valor dos vencimentos do cargo ocupado, referente ao mês de ocorrência.

E, a modificação procedida pela Lei Complementar Estadual n° 1.048/2008, no sentido de que "*O funcionário deverá aguardar em exercício a apreciação do requerimento de gozo da licença-prêmio*" (art. 1º - que alterou o art. 214, "caput", da Lei n° 10.261/1968), *ou mesmo, a necessidade de prévia e oportuna apresentação de requerimento de gozo* (art. 1º - que alterou o art. 213, § 2º, da Lei n° 10.261/1968), não impedem o pagamento, em pecúnia do benefício, pois, o próprio art. 213, § 1º , item "1", da Lei n° 10.261/1968 (alterada pela Lei Complementar Estadual n° 1.048/2008), determina que "*Caberá à autoridade competente: "adotar, após manifestação do chefe imediato, sem prejuízo para o serviço, as medidas necessárias para que o funcionário possa gozar a licença-prêmio a que tenha direito*;"

Dessa forma, se tais medidas não foram tomadas (como ocorreu na hipótese em estudo), ao permitir a Administração que o servidor se aposentasse sem usufruir todos os direitos que, por lei, lhe são atribuídos, estaria praticando verdadeiro ato ilícito, com imposição do dever de indenização; no caso, com o pagamento em pecúnia.

In casu, houve, no mínimo, indeferimento tácito ao gozo, pois a Administração calou-se permitindo que o servidor se aposentasse sem que tomasse as medidas exigidas pela nova legislação.

Por outro lado, ainda que não houvesse norma jurídica expressa a inspirar

Acesso ao Sumário

o caso concreto, o Superior Tribunal de Justiça posiciona-se no sentido de que a licença-prêmio não usufruída por servidor público deve a ele ser indenizada após passar à inatividade, sob pena de haver locupletamento da Administração Pública, a saber:

> *ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. APOSENTADORIA. VIOLAÇÃO AO ART. 459 DO CPC. LEGITIMIDADE PARA A ARGÜIÇÃO DA NULIDADE. AUTOR. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO PARA O RÉU. CONVERSÃO EM PECÚNIA. LICENÇA-PRÊMIO NÃO GOZADA. DIREITO DO SERVIDOR. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. PRECEDENTES. DESNECESSIDADE DE PREVISÃO LEGAL. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE E DA SUPREMA CORTE. O julgador pode remeter os auto /à liquidação, em face do princípio do livre convencimento, na hipótese de pedido de indenização de férias ou licença-prêmio não gozadas, sem que tal procedimento implique ofensa ao art. 459 do Código de Processo Civil, sendo certo que a legitimidade para se argüir a sua violação é apenas do Autor.*
>
> *A conversão em pecúnia das licenças-prêmios não gozadas, em razão do interesse público, independe de previsão legal, uma vez que esse direito está calcado na responsabilidade objetiva do Estado, nos termos do art. 37, § 6°, da Constituição Federal, e não no art. 159 do Código Civil, que prevê a responsabilidade subjetiva. Precedentes do STF. É cabível a conversão em pecúnia da licença-prêmio não gozada, em razão do serviço público, sob pena de configuração do enriquecimento ilícito da Administração. Precedentes desta Corte. Recurso especial conhecido e desprovido.* (REsp 631858/SC, 5ª Turma, Rel Min. Laurita Vaz, j . em 15/03/2007, DJU 23/04/07)
>
> *ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. LICENÇA-PRÊMIO NÃO GOZADA. CONVERSÃO EM PECÚNIA. APOSENTADORIA. POSSIBILIDADE. JUROS DE MORA. PERCENTUAL. FAZENDA PÚBLICA. MEDIDA PROVISÓRIA N° 2.180/2001 1. Conforme entendimento firmado pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, é devida a conversão em pecúnia da licença-prêmio não gozada e não contada em dobro, quando da aposentadoria, sob pena de indevido locupletamento por parte da Administração Pública. 2. A Medida Provisória n° 2.180/2001, que modificou o artigo 1°-F da Lei n° 9.494/97, determinando que os juros moratórios sejam calculados em 6% (seis por cento) ao ano nas condenações impostas à Fazenda Publica para pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores públicos, tem incidência nos processos iniciados após a sua edição. 3. Recurso parcialmente provido (*REsp 829911/SC, 6ª Turma, Rel Min.

Acesso ao Sumário

Paulo Gallotti, julgado em 24/11/2006, DJU 18/12/06)

No mesmo sentido, STF RE-Ag 234093/RJ; STJ REsp 829911/SC, REsp 693728/RS, REsp 413300/PR, AgRg no Ag 735966/TO, REsp 693728/RS.

Tendo o apelado passado para a inatividade, torna-se impossível o gozo dos dias de licença-prêmio a que faz jus. E, em se tratando de direito adquirido, já juridicamente integrado ao patrimônio do servidor, mediante preenchimento de todos os requisitos para a concessão do benefício, cabível é a sua conversão em pecúnia.

Com efeito, não havendo o servidor usufruído do benefício enquanto na ativa, é devida sua conversão em pecúnia, conferindo-se lhe caráter indenizatório, sob pena de enriquecimento sem causa da Fazenda e de violação de direito subjetivo.

Neste sentido também é o entendimento deste Tribunal:

PRESCRIÇÃO. Aplicação do art. 3º do Decreto nº 20.910/32, que determina a prescrição quinquenal. Prazo que começa a fluir a partir da aposentadoria, pois até tal situação é possível o gozo da licença-prêmio. Prejudicial de mérito afastada. ILEGITIMIDADE PASSIVA. A FESP possui legitimidade para a demanda que envolve relação jurídica anterior a inatividade do autor, sendo responsável apenas a Fazenda do Estado de São Paulo. Prejudicial de mérito afastada. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. Inativo. Licença-prêmio não gozada. Conversão em pecúnia. Admissibilidade. Com a aposentadoria do servidor, a licença a que faz jus deve ser indenizada, sob pena de locupletamento ilícito por parte da Administração. Não incidência do imposto de renda, em virtude do caráter indenizatório da verba. Súmula 136 do STJ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Fixação por equidade. Vencida a Fazenda Pública, os valores devem ser fixados consoante critério do art. 20, § 4º, do CPC. Valor arbitrado corretamente. Recurso da Fazenda improvido. (TJSP, 2ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Claudio Augusto Pedrassi, Apelação nº 3036671-27.2013.8.26.0224, j. 06/10/2015).

REEXAME NECESSÁRIO – Considerado interposto em observância ao enunciado da Súmula nº 490 do C. STJ. INDENIZAÇÃO – LICENÇA-PRÊMIO – Policial Militar Estadual Aposentado – Pretensão à percepção em pecúnia da licença-prêmio não usufruída em atividade – Admissibilidade – Benefício administrativo que se incorpora ao patrimônio funcional do servidor – De rigor o direito à indenização, sob pena de enriquecimento ilícito da Fazenda Pública Estadual – Desnecessidade de prévio pedido administrativo – R. Sentença de procedência mantida. JUROS DE MORA E CORREÇÃO – Possibilidade de modificação, de ofício, da r. sentença, por se tratar de matéria de ordem pública – Os

Acesso ao Sumário

juros devem ser de 6% ao ano, na forma do art. 1º-F da Lei 9.494/97, na sua redação original – A correção se dará de acordo com a Tabela Prática para Cálculo de Atualização Monetária dos Débitos Judiciais – Declaração de inconstitucionalidade por arrastamento do art. 5º, da Lei nº 11.960/09 exarada pelo STF – Efeitos vinculantes. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – Fixação em R$ 800,00 – Observância às regras do artigo 20 do CPC. Recursos oficial, considerado interposto, e da FESP improvidos. (TJSP, 9ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Carlos Eduardo Pachi, Apelação nº 1005075-44.2015.8.26.0562, j. 14/08/2015).

Portanto, possui o apelado o direito ao recebimento em pecúnia do benefício da licença prêmio a que faz jus, sem a incidência de imposto de renda.

No entanto, indevida a incidência da Lei nº 11.960/09. Isto porque o Plenário do STF, no julgamento das ADIs 4357 e 4425, decidiu pela declaração de inconstitucionalidade por arrastamento do art. 5º da mencionada lei, em Seção de 13 e 14 de março de 2013, o que encerra juízo de exclusão da norma.

Assim, a sentença merece ser reformada de ofício, por tratar-se de matéria de ordem pública, para que o valor a ser pago seja corrigido com juros de mora com base na Lei nº 9.494/97, sem a alteração dada pela Lei nº 11.960/2009, bem como correção monetária, com base na Tabela Prática do Tribunal de Justiça.

Por fim, no que tange à condenação em verba honorária, verifico que o art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil não veda que referida verba seja fixada em porcentagem sobre o valor da condenação, bastando que sejam observados os requisitos lá descritos.

Assim, correto o arbitramento dos honorários advocatícios em 10% do valor da condenação.

Ocorrendo isto, **NEGO PROVIMENTO AO RECURSO E, DE OFÍCIO, AFASTO A LEI Nº 11.960/09**, nos termos supramencionados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1015262-86.2015.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO, é apelado A. TONANNI CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS LTDA.

ACORDAM, em 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Afastada a preliminar. Acolheram a prejudicial e, em face da prescrição, julgaram extinto o processo (art. 269, IV, do CPC). V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

(Voto nº 33.436)

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EVARISTO DOS SANTOS (Presidente), LEME DE CAMPOS e SIDNEY ROMANO DOS REIS.

São Paulo, 1 de fevereiro de 2016.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator

Ementa: PRESCRIÇÃO. Ocorrência. Decreto-Lei nº 20.910/32, art. 4º. Suspensa a prescrição por requerimento administrativo, retorna a fluir da data da decisão administrativa. Acolho a prejudicial e julgo extinto o processo.

VOTO

1. Trata-se de **apelação** de sentença (fls. 127/146) acolhendo **cobrança** (fls. 01/13) de reajuste anual de preço do período entre 21.09.08 a 31.12.08, relativo ao contrato administrativo nº 017/SPPI/2008 (fls. 35/50).

A Fazenda Municipal arguiu a prescrição. Iniciou-se o prazo com a confissão do débito, em 23.12.08. Subsidiariamente, no mérito, aplica-se a Lei nº 11.690/09. Incidência dos juros moratórios é a partir da citação. Daí a reforma. (fls. 154/164).

Respondeu-se (fls. 167/196).

É o relatório.

2. Acolho a prejudicial de prescrição.

Aponta a Prefeitura sua **ocorrência**, com razão.

Ela, nas demandas contra a Fazenda é **quinquenal** (**HELY LOPES MEIRELLES** "*A prescrição das ações pessoais contra a Fazenda Pública e suas autarquias é de cinco anos, conforme estabelece o Dec. ditatorial (com força de lei) 20.910, de 6.1.32, complementado pelo Dec.-lei 4.597, de 19.8.42*. – "Direito Administrativo Brasileiro – Ed. Malheiros – 2.005 – p. 710).

Como aqui já se decidiu, *"... incide a regra do art. 1º do Decreto nº 20.910/32, como bem posto na r. sentença..."* (AC nº 343.868.5/0 - v.u. j. de 20.10.03 – de que fui Relator).

E:

"É o entendimento do C. STJ: 'É quinquenal o prazo prescricional da ação de cobrança por descumprimento de contrato administrativo, iniciando-se o prazo na data do descumprimento – art. 1º, do Decreto nº 20.910/32." (RESP 512.468- PB, Min. Francisco Falcão, pub. em 28.12.2003)" (AC nº 612.662-5/6 – v.u. j. de 11.08.08 – Rel. Des.

Acesso ao Sumário

OLIVEIRA SANTOS).

A r. sentença considerou estar o PAdm. nº 2009-0.024.862-5, instaurado para cobrança dos valores de reajuste aqui reivindicados (fls. 64/96), ainda em trâmite, mantendo-se, consequentemente, paralisado o fluxo do lapso prescricional.

Porém, nos termos do art. 4º, do Decreto-Lei nº 20.910/32, *"... não corre a prescrição* ***durante a demora que****, no estudo, ao reconhecimento ou* ***no pagamento da dívida****, considerada líquida, tiverem* ***as repartições ou funcionários encarregados de estudar e apurá-la****".*

No caso, não se verifica **demora na apuração ou no estudo** de pagamento de dívida, pois o processo administrativo nº 2009-0.024.862-5 possui manifestação favorável ao pagamento e, sobretudo, com informação de imprevisibilidade de solvência (fls. 96).

A decisão da Administração quanto ao requerimento da apelada, confirmando o débito e expressando a necessidade de se aguardar a liberação de recursos (fls. 96), em 08.10.09, constitui inequívoco termo ***a quo*** para a retomada da prescrição.

Como ensina **YUSSEF SAID CAHALI**:

> *"A revisão administrativa tem o caráter de recurso e suspende a prescrição, isto é,* ***faz paralisar a fluência pelo tempo em que o pedido estiver em estudo até a data de decisão final da Administração****, quando então o prazo prescricional recomeça a fluir, deduzindo-se o período já transcorrido do tempo total estabelecido na lei.".* (grifei – "Prescrição e Decadência" – Editora Revista dos Tribunais – 2008 – p. 302).

Esse também o entendimento do **C. Superior Tribunal de Justiça**:

> *"CONTRATO ADMINISTRATIVO. COBRANÇA DE CRÉDITOS. LAPSO PRESCRICIONAL. DECRETO N. 20.910/32. SUSPENSÃO POR REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. TERMO FINAL. REINÍCIO DO PRAZO PRESCRICIONAL. CONSUMAÇÃO DA PRESCRIÇÃO. (...) É pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que as ações contra as Fazendas prescrevem em cinco anos, por conta do que determina o art. 1º do Decreto n. 20.910/32. 3. Sobre a ocorrência da prescrição, constatou o Tribunal de origem, soberano para avaliar o conjunto fático-probatório carreado aos autos, que a ação foi deflagrada em 7.5.2002, buscando, por meio de ação monitória, valores referentes à contratação para realização de obras concluídas em novembro de 1991. 4. Quanto à suspensão do prazo prescricional, disse a instância ordinária (fl. 113): "Deve-se ressaltar todavia, que a suspensão da prescrição ocorridas com o requerimento administrativo em novembro de 1995 [...] obstou o prazo prescricional apenas até a decisão administrativa*

que reconheceu a dívida (fls. 25 e 25v) em 24/09/96". 5. Como se nota, a origem seguiu fielmente a jurisprudência desta Corte Superior, ***segundo a qual o art. 4º do Decreto n. 20.910/32 defere a suspensão do prazo prescricional apenas até a data da decisão administrativa****. 6. Note-se que, ainda segundo a Corte a quo e contrariamente ao que sustenta o recorrente no especial, houve reconhecimento da dívida pela Administração em 1996 (fl. 113)"* (AgRg no REsp 1003294/SC – DJ-e de 17.02.09 – Rel. Min. **MAURO CAMPBELL MARQUES**).

"DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. PEDIDO ADMINISTRATIVO. SUSPENSÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. PRECEDENTES. AGRAVO IMPROVIDO. 1. É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, nos termos do art. 4º do Decreto 20.910/32, ***realizado o requerimento administrativo, há a suspensão da contagem do prazo prescricional, que só se reinicia após a manifestação da Administração.*** *2. Hipótese em que, após o reinício da contagem do prazo prescricional, transcorreu prazo inferior a 5 (cinco) anos, razão pela qual não há falar em prescrição das parcelas vencidas no período entre a data da formulação do pedido administrativo e a data do reconhecimento, pela Administração, do direito pleiteado pela parte agravada. 3. Agravo regimental improvido."*

"... Na hipótese dos autos, o prazo prescricional esteve suspenso no período de 20/6/00 (data em que o pedido administrativo foi formulado) a 20/3/03 (data em que a Administração reconheceu o direito pleiteado pelo agravado)." (AgRg no Ag 963.029/SE – DJ-e de 15.05.08 – Rel. Min. **ARNALDO ESTEVES LIMA**).

Com a decisão de 08.10.09, portanto, cessa o óbice à fluência do prazo prescricional.

Até porque, a exteriorização de incerteza de quando se daria o pagamento já configurava pretensão resistida e/ou não satisfeita, o que tornava, desde então, plenamente possível submissão do débito ao Judiciário (princípio da *actio nata*).

Inexoravelmente exaurido suposto direito, uma vez que a apelada ingressou em Juízo apenas em 28.04.15 (fls. 01/13), sem exercício do direito no prazo cabível.

Responde a vencida pelas custas e honorários de advogado fixados em R$ 200,00 (duzentos reais), à luz dos parâmetros legais (art. 20, § 3º, do CPC).

Mais não é preciso acrescentar.

3. Afasto a preliminar. Acolho a prejudicial e, em face da prescrição, julgo extinto o processo (art. 269, IV, do CPC).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0008663-60.2010.8.26.0624, da Comarca de Tatuí, em que é apelante LUIZ GONZAGA VIEIRA DE CAMARGO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 11.543)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALIENDE RIBEIRO (Presidente sem voto), DANILO PANIZZA e RUBENS RIHL.

São Paulo, 2 de fevereiro de 2016.

VICENTE DE ABREU AMADEI, Relator

Ementa: APELAÇÃO – Ação Civil Pública – Município de Tatuí – Improbidade administrativa – Demissão de servidora pública - Perseguição política – Ato demissionário revisto em outro feito, anulado por vícios insanáveis, com decisão para a reintegração ao cargo – Danos ao erário em sentido próprio inexistente – Ausência de má-fé, dolo, culpa grave, desvirtuamento moral ou perseguição política – Ato ímprobo no quadro dos artigos 10 e 11, ambos da LIA, não configurado – Sentença de procedência reformada para a improcedência da demanda – APELAÇÃO DO RÉU PROVIDA.

1. Sem comprovação de ato lesivo ao erário, em sentido próprio, é inviável qualificação de improbidade administrativa no molde do art. 10 da Lei nº 8.429/92.

2. Sem desonestidade, má-fé, dolo ou culpa grave não se configura improbidade administrativa no quadro dos arts. 10 e 11, ambos da Lei nº 8.429/92.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelação interposta por **Luiz Gonzaga Vieira de Camargo** (réu), na qualidade de Prefeito do Município de Tatuí, em ação civil pública por improbidade administrativa movida pelo **Ministério Público do Estado de São**

Paulo (autor), em face da r. sentença (fls. 1.425/1.441), que extinguiu o feito sem resolução do mérito com relação à Prefeitura Municipal de Tatuí, nos moldes do art. 267, VI, do CPC e, quanto ao corréu Luiz Gonzaga, julgou procedente a demanda, para reconhecer a prática de ato de improbidade administrativa por violação do art. 10, *caput*, e do art. 11, I, ambos da Lei de Improbidade Administrativa (LIA), condenando-o à suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 5 (cinco) anos e ressarcimento integral do dano correspondente à condenação nos autos do Processo nº 0001000-60.2010.8.26.0624, nos termos do art. 12, II e III, da LIA, sem condenação do autor ao pagamento da verba honorária, todavia, condenando-o ao pagamento das despesas do processo.

Os Embargos de Declaração (fls. 1.446/1452) foram rejeitados (fls. 1458).

Irresignado, apela o réu (fls. 1462/1491) para a reforma total da r. sentença, alegando, **preliminarmente**, a nulidade da r. sentença, ante a ausência de representação válida no processo e o cerceamento de defesa; e, **no mérito**, em síntese, que não houve trânsito em julgado do Processo nº 0001000-60.2010.8.26.0624, e, daí, impossível a sua condenação no presente feito ao ressarcimento dos danos, cuja decisão pende de apreciação de recurso interposto nesta Corte; a legalidade do processo administrativo disciplinar que culminou com a demissão da servidora pública, ressaltando que o mérito do ato praticado não pode ser atacado pelo Poder Judiciário; a referida servidora fez acusações infundadas, caracterizando, assim, denunciação caluniosa; não houve melhorias no serviço público prestado após a denúncia da servidora demitida, pois nunca houve deficiência no serviço prestado, apontando, em reforço, a decisão do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, que aprovou as contas de sua gestão frente à Prefeitura Municipal de Tatuí; e, inexistir, nos autos, qualquer prova de perseguição política à servidora demitida, desvio de finalidade na pena aplicada, má-fé ou dolo que possa caracterizar o ato praticado como ímprobo.

Recebido o recurso no duplo efeito (fls. 1.504), foi contrariado (fls. 1.509/1.514), e os autos subiram a esta C. Câmara de Direito Público, em virtude do anterior julgamento do AI nº 0018167-85.2011.8.26.0000.

A D. Procuradoria Geral de Justiça manifesta-se pelo desprovimento do recurso do autor (fls. 1.518/1.522).

É o relatório, em acréscimo ao da r. decisão recorrida.

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade do recurso.

Não há nulidade alguma que possa contaminar a r. sentença atacada, em virtude de ausência de representação processual no período em que se abriu a fase de produção de provas.

Observe-se, ainda, que apenas se justifica nulidade para dilação probatória, quando a prova pretendida for lícita, pertinente e necessária à intelecção do Juízo para a distribuição do justo, não se encontrando, no caso, satisfeito este

Acesso ao Sumário

último requisito.

De fato, as exaustivas provas produzidas neste feito, inclusive as emprestadas daquele outro, foram e são suficientes para formar a convicção do Juízo acerca dos fatos necessários à declaração do direito, respeitados os limites postos pela demanda.

Assim, nulidade da r. sentença não há, apontando-se, ainda, que as provas se destinam ao magistrado, e não às partes, e livre é o seu convencimento motivado.

Dessa forma, a preliminar não vinga.

Cuida-se de ação de improbidade administrativa cujo cerne é saber se houve a prática ilegal e ímproba, no ato de demissão de servidora pública estatutária, em virtude de suposta situação de perseguição política, vergastando, assim, os princípios da moralidade administrativa.

Em que pese o entendimento contrário, sobretudo o esposado na r. sentença, a demanda é improcedente e, daí, o apelo do réu vinga.

A r. sentença baseou-se na decisão de outro feito (Processo nº 0001000-60.2010.8.26.0624) para condenar o réu à perda da função pública e ao ressarcimento do dano provocado ao erário em virtude da condenação ao pagamento de danos morais naquele processo.

Pois bem, de saída, observe-se que, em segundo grau de jurisdição, neste outro feito, afastou-se a indenização por dano material referente aos gastos contratuais com honorários de advogado, bem como por dano moral, sob a tese de que o processo administrativo disciplinar classificou-se no âmbito do "*regular exercício de direito, em que pese os desvirtuamentos dissecados na presente decisão*" (cf. voto do relator na AP nº 0001000-60.2010.8.26.0624, j. em 20/05/2015). Confira, ainda, a ementa deste julgado:

> *"ADMINISTRATIVO - AÇÃO ANULATÓRIA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE - SERVIDORA PÚBLICA APENADA COM DEMISSÃO - INFRINGÊNCIA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO REGULAR E DA AMPLA DEFESA - INAUGURAL DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR FULCRADA NA LEI Nº 8.112/90, PORTANTO, EM FRANCA INOBSERVÂNCIA À LEGISLAÇÃO PRÓPRIA A QUE SE SUBMETEM OS SERVIDORES PÚBLICOS DO MUNICÍPIO DE TATUÍ, E DE CUJO CONTEÚDO SEQUER SE INFERE A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA PENA DE DEMISSÃO - DECISÃO FINAL QUE, ADEMAIS, SURPREENDEU A AUTORA COM A IMPUTAÇÃO DE INFRAÇÕES FUNCIONAIS NÃO CONTIDAS NA PORTARIA INAUGURAL - NULIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO MANIFESTA E HÁBIL A AUTORIZAR A RESPECTIVA REINTEGRAÇÃO AO CARGO PÚBLICO - DESCABIMENTO, CONTUDO, DO DANO MORAL E DO*

Acesso ao Sumário

PAGAMENTO DOS DANOS MATERIAIS CONSUBSTANCIADOS NO RESSARCIMENTO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS, NOS TERMOS DA FUNDAMENTAÇÃO - REMESSA NECESSÁRIA PARCIALMENTE PROVIDA E RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO." (Ap. nº 0001000-60.2010.8.26.0624, 13ª Câmara de Direito Público, rel. **Des. Ferraz de Arruda**, j. em 20/05/2015).

Assim, está enfraquecida a assertiva de ocorrência de dano ao erário, pois a mera reintegração no cargo acompanhada da condenação ao pagamento dos vencimentos no período de afastamento, a rigor, classifica-se como reflexo automático do *status quo* anterior ao rompimento forçado do vínculo funcional, não propriamente como diminuição ou prejuízo patrimonial do ente público. Logo, observada a ausência de lesão patrimonial ao erário, em sentido próprio, afasta-se a hipótese de improbidade pelo art. 10 da LIA, restando, então, apenas a hipótese do art. 11 da mesma lei. Mas, ainda que assim não se entenda, os demais argumentos pelos quais se verifica a não ocorrência do ato ímprobo no quadro do art. 11 da LIA, adiante expostos, também vingam, aqui, para, afastar o enquadramento de improbidade no art. 10 da mesma lei.

Com efeito, quanto à suposta imoralidade praticada pelo réu, é preciso considerar, ainda, a independência entre a ação de reintegração no cargo (e indenizatória) e a de improbidade administrativa (de feição censória ou punitiva). Logo, o fato de que naquele feito ter sido reconhecida a nulidade do ato administrativo praticado, por alguma ilegalidade, isso, em si, não é razão para se afirmar ocorrência de improbidade administrativa, que exige a verificação de ato manifestamente desonesto, com dolo rompedor dos princípios da moralidade administrativa própria, ou, pelo menos, culpa grave nesta direção.

É, ainda, o mesmo entendimento esposado pela Suprema Corte, que se extrai, *mutatis mutandi*, do seguinte aresto:

"(...) A jurisprudência da Suprema Corte é pacífica no sentido da independência entre as instâncias cível, penal e administrativa (...)." (RMS 28919 AgR, rel. **Min. Dias Toffoli**, Primeira Turma, j. em 16/12/2014, Acórdão Eletrônico DJe-029, divulg. em 11/02/2015, public. em 12/02/2015).

E, repita-se, para a aferição do ato ímprobo, é necessária a comprovação do dolo, conforme o entendimento do E. STJ, mormente nas capitulações apontadas no art. 11 da LIA:

"(...) Não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do artigo 10. (...)" (AIA 30 AM, rel. **Min. Teori Albino Zavascki**, Corte

Acesso ao Sumário

Especial, j. em 21/09/2011, DJe 28/09/2011);

"(...) 'este Superior Tribunal já se manifestou no sentido de que, para fins de caracterização de aplicação da regra contida no art. 11 da Lei 8.429/92, faz-se necessário perquirir se o gestor público comportou-se com dolo, ainda que genérico. (...) não se pode perder de vista o caráter excessivamente aberto das palavras utilizadas pelo legislador quando formulou o citado dispositivo legal (...). O art. 11 exige adequada interpretação, pois não seria razoável, por exemplo, entender que a simples violação ao princípio da legalidade, por si só, ensejaria a caracterização de ato ímprobo. Seria confundir os conceitos de improbidade administrativa e de legalidade. (...) o legislador infraconstitucional peca pelo excesso e acaba por dizer que ato de improbidade pode ser decodificado como 'toda e qualquer conduta atentatória à legalidade, lealdade, imparcialidade etc. Como se fosse possível, de uma penada, equiparar coisas, valores e conceitos distintos. O resultado é o arbítrio. Em síntese, não pode o legislador dizer que tudo é improbidade'. (...) é de se registrar a grande preocupação com o assustador caráter aberto do caput do art. 11 da LIA. Isto porque uma lei tão severa como a de improbidade administrativa, capaz de suspender direitos políticos, determinar a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário (...), traz em seu contexto que o descumprimento, por qualquer ação ou omissão, dos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, bem como as hipóteses exemplificadas nos incs. I ao VII do art. 11 caracterizam a improbidade. Há que se ter temperamentos ao interpretar a presente norma, pois o seu caráter é muito aberto, devendo, por esta razão, sofrer a devida dosagem de bom senso para que mera irregularidade formal, que não se subsume como devassidão ou ato ímprobo, não seja enquadrado na presente lei, com severas punições. Todavia, não são todos os atos administrativos ou omissões que colidem com a imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições que darão azo ao enquadramento na Lei de Improbidade Administrativa. Apesar de serem objeto de inserção no caput do art. 11, dado o caráter bem aberto da norma, como dito alhures, não podem ser enquadrados como ímprobos os atos omissivos ou comissivos que firam a legalidade ou a imparcialidade, caracterizando-se em meras ilegalidades. A má-fé, caracterizada pelo dolo, comprometedora de princípios éticos ou critérios morais, com abalo às instituições, é que deve ser penalizada, abstraindo-se meros pecados venais, suscetíveis de correção administrativa.' (...)"

(EDcl no MS 16385 DF, rel. **Min. Arnaldo Esteves Lima**, Primeira Seção, j. em 27/02/2013, DJe 06/03/2013);

"(...) As infrações tratadas nos arts. 9º e 10, da Lei nº 8.429/92, além de dependerem da comprovação de dolo ou culpa por parte do agente supostamente ímprobo, podem exigir, conforme as circunstâncias do caso, a prova de lesão ou prejuízo ao erário. Com relação ao artigo 11 da Lei de Improbidade, no tocante ao elemento subjetivo, [...] pacificou a

Acesso ao Sumário

jurisprudência desta Corte em reconhecer que as condutas descritas no artigo 11 da Lei de Improbidade dependem da presença do dolo, ainda que genérico. Consequentemente, afasta-se a responsabilidade objetiva dos administradores, não se fazendo necessária a demonstração da ocorrência de dano para a Administração Pública. (...)" (EREsp 917437 MG, rel. **Min. Castro Meira**, Primeira Seção, j. em 13/10/2010, DJe 22/10/2010);

"(...) extremo seria exigir, para fins de enquadramento no art. 11 da LIA, que o agente ímprobo agisse com dolo específico de infringir determinado preceito principiológico. Caso fosse essa a intenção do legislador, poderíamos dizer que as situações previstas nos incisos do mencionado dispositivo configurariam rol enumerativo das condutas reprováveis, o que é absolutamente inaceitável, diante da redação do caput, ao mencionar ações e omissões que 'notadamente' são passíveis de sanção. (...)" (EREsp 654721 MT, rel. **Minª Eliana Calmon**, Primeira Seção, j. em 25/08/2010, DJe 01/09/2010).

E, no caso em tela, má-fé, imoralidade, dolo ou culpa grave não houve no ato de demissão praticado pelo réu.

É que, nada obstante o vício formal que justificou a nulidade da demissão e a reintegração da servidora no cargo (falta de adequada correlação entre o ato demissional e a portaria inaugural em face da motivação expressa no ato de demissão, que terminou colhendo a servidora de surpresa e cerceando seu direito de defesa: cf. Ap. nº 0001000-60.2010.8.26.0624, j. em 20/05/2015), havia, à época dos fatos, pelo ângulo da análise material da infração, fundadas razões que autorizavam vislumbrar possível infração funcional grave, que se amoldava aos normativos municipais invocados pelo Prefeito para basear a demissão, nada obstante o erro formal em que incidiu.

Reporto-me às denúncias que a servidora fez ao Conselho Federal de Serviço Social - CFESS, juntado naquele outro processo (fls. 358/363), no qual ela fez pesadas acusações à primeira dama, à gestão política desastrosa e corrupta, além de ineficiência por ignorância do secretário, por exemplo.

Note-se, ainda, que essas graves acusações, ora genéricas, ora despidas de comprovação, em tese, poderiam configurar infração funcional igualmente grave, pela forte carga do ataque à honra dos gestores públicos.

Ora, de acordo com o art. 318, I e IV, da Lei Municipal nº 826/68, o réu, então, entendeu, até mesmo ante o arquivamento do inquérito civil promovido pelo Ministério Público e o resultado da fiscalização do Conselho Regional de Serviço Social - CRESS, que a autora havia praticado ato passível de demissão (art. 318 da LM nº 826/68), por prática de ilícito contra a Administração (inciso I) e insubordinação (inciso II).

Daí, no exercício de suas atribuições, o réu, na qualidade de Prefeito Municipal, demitiu a servidora, nada obstante houvesse, no processo

Acesso ao Sumário

administrativo correlato, parecer contrário, pela inocência dela.

É verdade que a reintegração da servidora demitida era devida e que houve ilegalidade na demissão dela pelo mencionado vício formal; todavia, daí, descambar para ato imoral e ímprobo é distância que não se vence sem a comprovação da má-fé, do dolo ou da culpa grave.

E, repita-se, má-fé, deslealdade, dolo ou culpa grave, no caso, não estão configurados, ante a possível infração funcional grave pelo teor, a princípio, e em tese, falso de denúncias efetuadas pela servidora, que poderia apontar, então, para a figura ilícita do abuso de denúncia ofensiva à honra alheia (desacompanhadas de provas, de circunstâncias comprobatórias, de nomes, etc., com especial observação de que nada ficou comprovado no inquérito civil correlato do Ministério Público do Estado de São Paulo).

Houve, então, ilegalidade no ato praticado pelo réu, mas nem toda ilegalidade é imoralidade administrativa estrita, passível de punição, observando que, se, de um lado, não foi possível afirmar serem verdadeiras as acusações feitas pela servidora, de outro, também não é possível afirmar teratologia ou motivo torpe, fundado apenas em perseguição política, no ato demissionário do Prefeito.

Anote-se, ainda, que é do autor, em ação civil pública por improbidade administrativa, o ônus probatório do alegado ato ímprobo, que inclui a má-fé, dolo, culpa grave ou desonestidade do agente (Ap. nº 994.09.315209-9, 11ª Câmara de Direito Público, rel. **Des. Francisco Vicente Rossi** j. 02/08/2010).

Portanto, neste quadro, mesmo que se ventile a assertiva de ilicitude, forçoso reconhecer, mais uma vez, que dela, em si, não se pode saltar para afirmação de desonestidade, perseguição política ou má-fé, comprometendo, deste modo, a configuração da improbidade (afinal, "*improbidade administrativa pressupõe um ato ímprobo, desonesto, eivado de má fé*": Ap. nº 0018692-23.2008.8.26.0566, rel. **Des. Franklin Nogueira**, j. 22/02/2011).

Verifique-se, mais uma vez, o posicionamento do E. STJ sobre a matéria, nas doutas assertivas do eminente **Min. Napoleão Nunes Maia Filho**:

> *"O ato ilegal só adquire os contornos de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvada pela má-intenção do administrador, caracterizando a conduta dolosa; a aplicação das severas sanções previstas na Lei 8.429/92 é aceitável, e mesmo recomendável, para a punição do administrador desonesto (conduta dolosa) e não daquele que apenas foi inábil (conduta culposa)."* (AgRg no AREsp 21.662/SP, rel. **Min. Napoleão Nunes Maia Filho**, Primeira Turma, j. em 07/02/2012, DJe de 15/02/2012);
>
> *"Não há, pois, violação culposa dos princípios explicitados no art. 11. Ninguém é desonesto, desleal ou parcial por negligência. Ou o agente público labora movido pelo dolo (e pratica ato de improbidade) ou não se*

Acesso ao Sumário

aperfeiçoa a figura do art. 11. Seja in vigilando, seja in committendo, seja in omittendo, seja in custodiendo, a culpa não cabe na consideração dos atos de improbidade alocados no art. 11, conforme orienta a doutrina." (REsp 1530234/SP, rel. **Min. Napoleão Nunes Maia Filho**, Primeira Turma, j. em 06/10/2015, DJe 15/10/2015).

Enfim, equívocos formais, até os de interpretação de preceitos legais e falhas na compreensão do real ilícito, ou na aplicação exata dos princípios do processo administrativo disciplinar (entre eles o de correlação entre a portaria acusatória e o ato demissional, em seus fundamentos jurídicos, por exemplo), podem, de fato, indicar irregularidades, mas sem grave teratologia, deslealdade administrativa, desonestidade e má-fé, não há improbidade, quer no quadro do art. 11, quer no quadro do art. 10, ambos da LIA.

Por estas razões, então, vinga o apelo do réu e a r. sentença deve ser reformada para a improcedência da demanda.

Por fim, dou por prequestionados todos os preceitos apontados nesta fase recursal, observando ser desnecessário o destaque numérico dos dispositivos legais (STJ, EDcl no RMS 18.205, rel. **Min. Felix Fischer**).

Pelo exposto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso voluntário do réu, para, reformando a r. sentença, decretar a improcedência da demanda, sem condenação em verba honorária.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 3003229-39.2013.8.26.0590, da Comarca de São Vicente, em que é apelante JOSÉ ROBERTO DE AZEVEDO, é apelado INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS.

ACORDAM, em 16ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.363)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VALDECIR JOSÉ DO NASCIMENTO (Presidente sem voto), CYRO BONILHA e JOÃO NEGRINI FILHO.

São Paulo, 24 de novembro de 2015.

LUIZ DE LORENZI, Relator

Ementa: ACIDENTÁRIA – REVISÃO DE

Acesso ao Sumário

BENEFÍCIO – DIFERENÇA APURADA PELO INSS COM PREVISÃO DE PAGAMENTO CONFORME ACORDO CELEBRADO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA – AÇÃO INDIVIDUAL PROPOSTA PELO AUTOR BENEFICIÁRIO COM PROPÓSITO ÚNICO DE ANTECIPAR A DATA DO PAGAMENTO – INADMISSIBILIDADE.

"Uma vez revisto o benefício e fixada a data para pagamento com base em acordo celebrado em sede de Ação Civil Pública, tem-se por configurada a carência a obstar o trâmite de demanda individual ajuizada pela parte com o propósito único de se antecipar o pagamento correspondente".

Apelação desprovida.

VOTO

José Roberto de Azevedo move a presente ação contra o INSS objetivando, em síntese, a cobrança dos valores em atraso referentes ao auxílio-doença que recebeu sob NB 91/530.942.999-5, já revisto em razão da Ação Civil Pública nº 0002320-59.2012.403.6183, cujo trâmite ocorreu perante a 2ª Vara Previdenciária da Subseção Judiciária de São Paulo, à luz do artigo 29, II, da Lei 8.213/91. Almeja receber os valores em atraso desde agora, sem sujeição aos calendários de pagamentos impostos pela Previdência.

Citado, apresentou o INSS contestação arguindo, preliminarmente, prescrição e decadência. No mérito, aduz, em suma, que o pedido de revisão é genérico e que, nos casos em que a aposentadoria por invalidez decorre de mera transformação do auxílio-doença, não incide a regra do artigo 29, § 5º, da Lei nº 8.213/91, de modo que o benefício do autor foi calculado corretamente e não há diferença a serem pagas (fls. 18/43 verso).

Sobreveio a r. sentença que julgou improcedente o pedido inicial e condenou o autor ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R$300,00, observada a gratuidade judicial (fls. 48/49).

Inconformado, apela o autor pugnando pela reforma do julgado. Aduz, em suma, não se cogitar de sujeição ao cronograma de pagamento previsto no referido acordo, de modo que faz jus ao imediato recebimento das diferenças devidas (fls. 53/56 verso).

O INSS não apresentou resposta (certidão nas fls. 60).

É o relatório.

Passo a decidir.

Acesso ao Sumário

Não há controvérsia a respeito da revisão do benefício na medida em que, conforme se infere do contexto dos autos, o INSS efetivamente procedeu a revisão da base de cálculo na forma delineada pelo artigo 29 da Lei nº 8.213/91, dada pela Lei nº 9.876/99 (adoção dos 80% maiores salários-de-contribuição de todo o período contributivo, limitado a julho de 1994 para efeito de apuração do salário-de-benefício), gerando crédito a favor do autor no importe de R$563,25 com previsão de pagamento para maio de 2020 (ver verso de fls. 06).

A questão a se dirimir cinge-se à observância, ou não, do cronograma de pagamento previsto pelo acordo.

A r. sentença, ao julgar o feito, deliberou pela falta de interesse de agir diante do entendimento de que não existe pretensão resistida na hipótese, insistindo o autor, ora apelante, na pretensão deduzida.

Conquanto o tema trazido à apreciação tenha se revestido de certa complexidade a ensejar aqui a formação de convencimento pacificado a respeito, é certo que a existência de Ação Civil Pública não impede que os segurados que dela possam se beneficiar postulem, em ações individuais, a mesma pretensão.

Não obstante, a opção por ação individual implica, necessariamente, a desconsideração de todos os efeitos provenientes do acordo celebrado na Ação Civil Pública, de modo que não se pode admitir a propositura de demanda autônoma com o propósito único de se modificar o cronograma de pagamento oriundo daquela ação coletiva, sob pena de implicar a sua desfiguração.

No caso concreto, embora aparente o interesse de agir, **o que efetivamente almeja o autor é tão-somente antecipar a data do pagamento da diferença proveniente da revisão, já efetuada por força do acordo celebrado na Ação Civil Pública,** a que faz jus**.**

Tal pretensão peculiar, entretanto, como exposto, não pode ser albergada em sede de ação individual.

Mantenho, pois, a r. sentença apenas com a ressalva de que a figura processual para a hipótese, a meu juízo mais adequada, é de carência da ação na forma do artigo 267, VI, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, pelo meu voto, nego provimento à apelação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1005496-23.2014.8.26.0577, da Comarca de São José dos Campos, em que é apelante INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS, é apelado ALDAIR

Acesso ao Sumário

SOARES DOS SANTOS.

ACORDAM, em 16ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.646)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CYRO BONILHA (Presidente sem voto), LUIZ FELIPE NOGUEIRA e LUIZ DE LORENZI.

São Paulo, 26 de janeiro de 2016.

VALDECIR JOSÉ DO NASCIMENTO, Relator

Ementa: EMBARGOS À EXECUÇÃO ACIDENTÁRIA. ALEGAÇÃO DE EXCESSO EM RAZÃO DA NÃO UTILIZAÇÃO DOS ÍNDICES PREVISTOS NA LEI N.º 11.960/09. INCONSTITUCIONALIDADE, NO PARTICULAR, DECLARADA NO JULGAMENTO DA ADI Nº 4.357 PELO E. STF.

RECURSO DO INSS IMPROVIDO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de embargos à execução de crédito acidentário, propostos em autos digitais, opostos pelo INSS – Instituto Nacional de Seguro Social em face de Aldair Soares dos Santos, sustentando, em síntese, haver excesso de execução, porquanto a) o V. Acórdão determinou a utilização dos juros de mora aplicáveis à poupança, o que não teria sido observado pelo exequente; b) o autor utilizou em todo o período das prestações em atraso o IGP-DI, deixando de aplicar a Lei n.º 11.960/09. Defendeu ainda encontrar-se pendente de modulação os efeitos das ADIs nos 4.357/DF e 4.425/DF, sendo, portanto, válida a aplicação da referida lei. Em suma, a diferença de R$ 3.163,39 entre os cálculos do autor (R$ 32.593,39) e o que apresentou (R$ 29.430,09) seria decorrente de tais divergências.

O Juízo suspendeu toda a execução por conta dessa pequena alegação de excesso (fl. 58).

O autor impugnou as pretensões do INSS (fls. 59/69), argumentando que o IGP-DI substituiu o INPC e que a EC 62/09 foi declarada inconstitucional pelo STF, não podendo ser aplicada a TR, sendo certo que a modulação seria uma medida excepcional. Quanto aos juros de mora, ressaltou não ter empregado em

seus cálculos 1% ao mês.

O Juízo "*a quo*" determinou a remessa dos autos à Contadoria (fl. 71), a qual prestou as informações de fl. 72, esclarecendo que o INSS utilizou a TR a partir de julho/2009 enquanto o autor utilizou o IGP-DI e juros de 0,5% ao mês.

Seguiu-se sentença prolatada pela Magistrada Ana Paula Theodosio de Carvalho julgando improcedentes os embargos (fls. 82/83).

Inconformado, apelou o INSS (fls. 90/95) sustentando, em resumo, que o autor contrariou o acórdão, violando coisa julgada material, ao não aplicar para o cálculo da correção monetária o disposto no art. 1º-F da Lei n.º 9.494/97, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 11.960/09. Aduziu ter o STF concluído o julgamento das ADIs nos 4.357/DF e 4.425/DF determinando a aplicação da TR. Assim, tanto no que tange à correção monetária, quanto em relação aos juros, permanece válida a utilização da TR e variação da poupança ao mês até a data da requisição do precatório.

O apelo foi recebido pela r. decisão de fl. 96. O segurado embargado apresentou contrarrazões (fls. 98/107).

É o relatório.

Observo, desde logo, que a insatisfação do INSS no que se refere aos juros é destituída de qualquer fundamento, porque o credor utilizou juros de 0,5% ao mês, o que pode ser facilmente aferido nos cálculos por ele apresentados (fls. 50/51).

Em relação à correção monetária, importante asseverar que o V. Acórdão foi prolatado no processo de conhecimento em 11/12/2012. Realmente dele constou a determinação de que, a partir da edição da Lei n.º 11.960/09, a correção monetária deveria ser feita de acordo com os índices aplicáveis à caderneta de poupança.

Todavia, em 14.03.2013 o Excelso Pretório declarou a inconstitucionalidade da Lei n.º 11.960/09, quanto à utilização da TR como fator de correção. O autor apresentou os cálculos em dezembro de 2013, ocasião em que a inconstitucionalidade já era patente.

A declaração de inconstitucionalidade tem, em princípio, os mesmos efeitos da nulidade. Lei inconstitucional é nula "*ipso iure*"; a eficácia dessa declaração é "*ex tunc*", ou seja, desde o momento em que a lei – *flagrantemente inconstitucional* – entrou em vigor.

Há situações, todavia, em que lei, mesmo inválida, gera efeitos que não podem ser desprezados e devem ser convenientemente regulados. Uma dessas hipóteses é a modulação, cujos parâmetros estão regulados no art. 27 da Lei n.º 9.868/99, vazado nos seguintes termos:

> Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse

Acesso ao Sumário

> 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. [destaques nossos]

A modulação é, como se vê, uma medida excepcional, pois, como já dito, lei inconstitucional é lei inválida.

Diante da modulação efetuada pelo E. STF, em março de 2015, **que atingiu somente os precatórios, esta Colenda Câmara tem admitido a aplicação da Lei n.º 11.960/09 para a correção monetária nos casos em que o pagamento do precatório ocorreu até dezembro de 2013**, ou seja, antes do advento da Lei n. 12.919/13, que entrou em vigor em janeiro de 2014.

Entretanto, admitir-se a aplicação de uma lei **reconhecidamente inconstitucional, no presente caso**, seria, s.m.j., uma aberração, **pois a declaração ocorreu antes da apresentação dos cálculos.**

Recordo, mais uma vez, que as disposições contidas na Lei nº 11.960/2009 e na Emenda Constitucional nº 62/09, **acerca de atualização monetária - TR -, foram declaradas inconstitucionais**, em face do **julgamento da ADI nº 4.357 pelo E. STF (Rel. Min. Ayres Britto e redator do acórdão Min. Luiz Fux - DJe 59/2013, 02.04.2013),** razão pela qual **não podem ser aplicadas.**

Não é demais lembrar que, conforme pacífico entendimento da Excelsa Corte, "*a decisão de inconstitucionalidade produz efeito vinculante e eficácia erga omnes desde a publicação da ata de julgamento e não da publicação do acórdão*" (STJ, TP, Ag. Reg. na Recl. 3.632-4/AM, Rel. p/ acórdão Min. Eros Grau, j. 02.02.2006).

No mesmo sentido:

1. STF – TP – Ag. Reg. na Recl. 3.473-9/DF – Rel. Min. Carlos Veloso – j. 31.08.2005.

2. STF – Reclamação 2.576/SC – Rel. Min. Ellen Gracie – DJU 20.08.2004.

Nada há, portanto, que justifique a reforma da sentença, que deve ser mantida pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1028371-07.2014.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado PROCON – FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR, é apelado/apelante VIA VAREJO S/A.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "deram provimento ao apelo do PROCON e negaram ao da Via Varejo S/A por V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 10.090)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CARLOS MALHEIROS (Presidente sem voto), MARREY UINT e CAMARGO PEREIRA.

São Paulo, 19 de janeiro de 2016.

RONALDO ANDRADE, Relator

Ementa: Apelação cível. Anulatória de ato administrativo. Ação ajuizada por grande cadeia varejista de móveis e eletrodomésticos. Práticas abusivas que não podem ser chanceladas pelo judiciário. Infração aos artigos 39, *caput*, e 55, §4º, do Código de Defesa do Consumidor. Inclusão no momento da compra de produtos, à revelia e desconhecimento dos clientes, de garantia estendida e seguro de vida (morte em caso de roubo), os quais não foram pedidos ou mesmo autorizados pelos clientes, que tampouco receberam qualquer contrato, informativo ou apólice. Demandante que não logrou demonstrar que os contratos de garantia estendida e seguro de vida, atrelados aos produtos comercializados foram vendidos em decorrência de expressa solicitação dos consumidores, vez que juntou ao feito formulários de proposta e certificado de seguro, não trazendo, todavia, qualquer prova de que os consumidores tenham assinado estes documentos. Não demonstrando, pois, a anuência ou conhecimento dos consumidores acerca destas operações. Correição dos critérios utilizados para imposição da penalidade administrativa pelo Procon e também dos parâmetros adotados para a estimação dos rendimentos diante da recusa da demandante em apresentar documentos para esta finalidade. Bem dimensionado, na hipótese, o poder discricionário e as atribuições institucionais voltadas à defesa da coletividade de consumidores e das boas relações e práticas entre estes e os fornecedores. Poder de polícia fiscalizatório conferido

Acesso ao Sumário

pela Lei Estadual 9192/95. Prática que não se referiu apenas a algumas lojas da rede, revelando, ao revés, verdadeira política institucional a abranger todo o conjunto de filiais. Negado provimento ao apelo da cadeia varejista autora. Provido o apelo da Fundação Procon.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto em face da r. sentença de fls. 979/986 proferida nos autos de ação anulatória de ato administrativo ajuizada por Via Varejo S/A, razão social da cadeia varejista Ponto Frio em face da contra Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor – PROCON.

Referida sentença, de relatório adotado, julgou parcialmente procedente o pedido constante da inicial para declarar a nulidade do AIIMP nº 00587- D8 apenas no tocante à multa aplicada, sendo determinado o seu recálculo pelo PROCON, mantida a causa que lhe serviu de fundamento.

Assentando o juízo, na oportunidade, quanto à análise da multa, nos termos estabelecidos nos artigos art. 29 da Portaria nº 26/2006, com redação dada pela Portaria nº 33/2009 que a condição econômica do infrator é tirada da média da receita bruta, apurada com base nos 03 meses anteriores à lavratura do auto de infração, tendo o Procon apresentado o valor de 290 milhões de reais para cada um dos três meses anteriores, sem apontar de onde colhera tais dados.

Não obstante, que a autora, por sua vez, demonstrou que as vendas se deram por seis unidades, com receita bruta mensal bastante inferior aos apontados R$ 290.000.000,00 [fls. 127], o que inquina de nulidade o auto de infração lavrado e, por consequência, a multa fixada, devendo a Administração corrigi-los de acordo com os valores documentalmente comprovados, que, no caso, perfazem a quantia de R$6.893.742,15 (seis milhões, oitocentos e noventa e três mil, setecentos e quarenta e dois reais e quinze centavos).

Ressaltando, no mais, o órgão judicante de primeira instância que o dispositivo da Portaria era suficientemente claro ao estabelecer que a receita a ser considerada é a da unidade infratora ou a soma daquelas onde se cometeram as infrações e não de toda a rede de lojas. De modo, que a requerida, deixara de observar seus próprios normativos.

Dessarte, em conclusão, sendo o valor da multa estipulado conforme 03 critérios – gravidade da infração, vantagem auferida e condição econômica do fornecedor e tendo a Administração inobservado a correta análise/indicação de dois destes (gravidade da infração e condição econômica do fornecedor), declarou a nulidade do auto de infração de fls. 98 e condenou o PROCON a lavrar outro, com as observações acima, para que após fosse dado vista à

Acesso ao Sumário

demandante, prosseguindo-se no processo administrativo.

Contra a sentença em referência apelaram ambos os litigantes.

O Procon, pugnando por sua reforma no que se refere à sistemática estabelecida para o cálculo da multa e a parte demandante, pugnando pelo acolhimento integral dos pedidos deduzidos na peça inauguratória.

As razões recursais do Procon estão acostadas, às fls.997/1001.

Nestas defende a regularidade e legalidade dos critérios utilizados apontando a correição destes sob o fundamento de que as práticas que ensejaram a autuação tinham dimensão institucional, não se restringindo, apenas, a algumas lojas da rede.

A demandante, por seu turno, acostou ao feito suas razões recursais, às fls. 1030/1056, nas quais requer a reforma para decretar a total procedência da demanda, haja vista a má instrução das reclamações que fundamentaram o auto de infração *sub judice*, em clara inobservância à Portaria Normativa nº 21, de 12/04/2005 (fls. 594/597), da própria apelada, que inviabilizou seu exercício ao direito de ampla defesa; ou ainda, subsidiariamente, (ii) seja reformada a sentença para decretar a total procedência da demanda, haja vista a ausência de infração às normas consumeristas, pois a aquisição de produtos pelos consumidores se deu na modalidade bilhete, admitida – consoante alega – pelo ordenamento, sendo impossível à demandante produzir prova de solicitação verbal, de modo que não restou caracterizada a infração ao artigo 39, *caput*, afastando, consequentemente, a infração ao artigo 55, § 4º, ambos do Código de Defesa do Consumidor; ainda subsidiariamente, (iii) seja reformada para decretar a parcial procedência da demanda, haja vista a impossibilidade de aplicação de pena pecuniária ante a infração ao artigo 55, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor, à luz de sua própria redação que prevê como pena a desobediência; bem como, (iv) na remota hipótese de ser afastada a nulidade total do auto de infração em razão de sua má instrução, seja reformada para decretar a parcial procedência da demanda, mantendo como fundamento do auto de infração apenas as reclamações F.A.s n.º 0810-249.020-9, n.º 0810-300.805-2 e n.º 0810-299.404-1, pois todas as demais enumeradas no auto não foram instruídas com documentos que não identificaram o consumidor que as formulou, nulidade parcial que implica frontalmente no valor da multa, cujo recálculo foi determinado na r. sentença; e ainda, caso desacolhidos os pedidos acima, seja reformada a r. sentença para condenar o Procon em custas e honorários advocatícios, pugnando pela fixação em sua alíquota máxima.

Ambos os recursos receberam resposta.

Contrarrazões recursais da demandante, às fls. 1017/1029, nas quais defende a ratificação do julgado.

Nesse passo, sustenta que as práticas em referência limitaram-se a 06

Acesso ao Sumário

(seis) lojas, sendo, ainda registradas apenas 10 reclamações num período de 09 meses, diante de um total de 400 filiais e milhares de operações de venda realizadas diariamente.

Assim, advoga que a conduta descrita nas reclamações não pode, em hipótese alguma, ser considerada institucional, nos termos do próprio artigo 32, da Portaria Normativa Procon nº 33 (fls. 654/662):

> Art. 32. A condição econômica do infrator será aferida pela média de sua receita bruta, apurada preferencialmente com base nos 3 (três) meses anteriores à data da lavratura do auto de infração, podendo a mesma ser estimada pelo órgão.
>
> § 3º A receita considerada será referente à do estabelecimento onde ocorrer a infração, salvo nos casos de infrações que atinjam outros estabelecimentos do mesmo titular, caso em que suas receitas também deverão ser computadas.

Pontua, no mais, que a apelante não impugnou especificamente a r. sentença no tocante à inobservância de sua própria Portaria, de modo que sua manutenção à luz do ordenamento jurídico pátrio é medida que se impõe, pois deu a solução adequada ao caso concreto.

Contrarrazões do Procon, às fls. 1061/1075, nas quais refuta o inconformismo recursal da demandante.

É o relatório.

Cuida a controvérsia de ação anulatória ajuizada por Via Varejo S/A (Ponto Frio), em face do PROCON/SP, tendo por objeto o auto de infração 00587-D8 (fls. 98), que ensejou a abertura do Processo Administrativo n.º 1360/2011 no âmbito daquela Fundação (fls. 98/fls. 533).

De acordo com a aludida autuação, a demandante teria infringido os artigos 39, *caput*, e 55, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor, tudo conforme reclamações de consumidores que instruíram o Auto em comento (fls. 102/126).

Quanto ao mérito das autuações tem-se que estas estão muito bem delineadas, não havendo, pois se falar em seu afastamento.

Acesso ao Sumário

Acertado o entendimento do Procon ao asseverar que nestes autos não se discute a possibilidade de contratação de seguro por "bilhete", como defende a empresa autuada, ao revés, a falta de prova da manifestação inequívoca da vontade de contratar o seguro por parte de seus consumidores, extraindo-se dos autos que a varejista demandante incluiu, no momento da compra de produtos, à revelia e desconhecimento de seus clientes, garantia estendida e, pasme, seguro de vida (morte em caso de roubo), os quais não foram pedidos ou mesmo autorizados pelos clientes, que tampouco receberam qualquer contrato, informativo ou apólice.

Sob esse enfoque a demandante não logrou demonstrar que os contratos de garantia estendida e seguro de vida, atrelados aos produtos comercializados foram vendidos em decorrência de expressa solicitação dos consumidores, pois juntou ao feito formulários de proposta e certificado de seguro, não trazendo, todavia, qualquer prova de que os consumidores tenham assinado estes documentos. Não demonstrando, pois, a anuência ou conhecimento dos consumidores acerca destas operações.

Valendo, ainda, mencionar que os seguros em questão estavam atrelados a produtos diversos como móveis, para o quarto, móveis para a cozinha, mesa, cadeiras, não se vislumbrando qualquer pertinência ou utilidade na contratação de seguro de vida por morte por roubo relativo a estes bens.

Nesse contexto, o fornecimento de produto ou serviço não solicitado é vedado pelo artigo 39 do CDC, cujo rol de condutas, como cediço, é meramente exemplificativo. Assim, ao haver qualquer conduta limitativa ou ofensiva ao direito do consumidor, como na hipótese em apreço, enquadrar-se-á esta como infratora do *caput* do mencionado artigo, tratando-se, pois de prática abusiva, a qual não pode ser chancelada pelo judiciário. Não merece chancela, ainda, diante de todos os elementos e circunstâncias que permeiam a presente casuística alegações acerca do diminuto número de reclamações se comparadas ao tamanho da rede de lojas da demandante.

Quanto à infração ao artigo 55, § 4º do Código de Defesa do Consumidor, antes da lavratura do auto de infração, a partir das reclamações registradas por consumidores, a Fundação Procon proporcionou o contraditório para a comprovação das contratações por parte da ora Recorrente, tendo sido expedido auto de notificação 00132 - Série D8, instruído com cópia das reclamações feitas, determinando a apresentação de cópia do contrato de seguro assinado pelos consumidores no dia 10.03.2011, recebida em 24fevereiro2011, no entanto, não respondida referida notificação que constitui meio relevante para atuação fiscalizatória, de modo que seu descumprimento é considerado desobediência.

Nesse diapasão, mencione-se que a responsabilidades civil, penal e administrativa são autônomas entre si, ou seja, a responsabilidade no campo administrativo independe de consequências civis e penais decorrentes do descumprimento da norma jurídica. Ademais, o artigo 56 do Código de Defesa do Consumidor é expresso em determinar que as infrações das normas previstas no Código ficam sujeitas às penas por ele relacionadas, sem prejuízo de sanções criminais ou civis.

Quanto à pena aplicada, vale anotar que a sentença comporta reforma.

Nesse diapasão, revelam os autos que as vendas de seguro de vida e garantia estendida não se restringiam apenas a algumas lojas da rede, apresentando em verdade características contundentes de política empresarial afeita a toda rede.

Acesso ao Sumário

Portanto nota-se que a pena base fora fixada nos termos do artigo 32, §1°, da Portaria Normativa Procon nº 26/06 (com nova redação dada pela Portaria Normativa Procon n° 33/09) que dispõe sobre os critérios de apuração da condição econômica do ofensor. Assim sendo, a receita bruta mensal do fornecedor, referente, a três meses contemporâneos à infração, consiste em base de cálculo válida, consoante critério já utilizado pelas Leis 9317/1996 e Leis 9841/99 para distinção do porte econômico da empresa.

Não devendo ser olvidado que um dos objetivos da pena em dinheiro é justamente desestimular a prática de novas condutas violadoras das disposições consumeristas.

Não havendo, pois, irregularidade dos critérios de aferição da pena, tampouco do critério adotado para a estimação dos rendimentos diante da recusa da demandante em apresentar documentos a este mister, nos termos do artigo 17 da Portaria.

Portanto, sob qualquer ótica que se analise a casuística não se constata qualquer impropriedade ou mácula na gradação da conduta, pois em consonância com os ditames da Portaria 26/2006, valendo-se a requerida, na ocasião, de seu poder discricionário e atribuições institucionais voltadas à defesa da coletividade de consumidores e das boas relações destes com os fornecedores, exercendo o poder de polícia que lhe foi conferido pela Lei Estadual 9192/95, observando, no mais, o regramento disciplinar imposto pela Portaria 26/06 e os parâmetros dos artigos 56 e 57 do Código de Defesa do Consumidor.

Deve, assim sendo, ser negado provimento ao apelo da demandante, Via Varejo S/A e dado provimento ao apelo da Fundação Procon, restabelecendo-se, dessarte, o valor original da multa aplicada.

Com a reforma do julgado a requerida passa a condição de sucumbente; deverá, portanto, arcar com os ônus que da sucumbência decorrem, incluso o pagamento de verba honorária advocatícia ao patrono da requerida esta arbitrada no importe de 10% do valor atribuído à causa, devidamente atualizado.

Consideram-se prequestionados, para fins de possibilitar a interposição de recurso especial e extraordinário, todos os dispositivos de lei federal e normas da Constituição Federal mencionados pelas partes.

Ante os fundamentos exposto dá-se provimento ao apelo da requerida e nega-se provimento ao apelo da demandante.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1042301-

92.2014.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante IVANILDO MARTINS DE ARAUJO, é apelado INSTITUTO NACIONAL DE SEGURO SOCIAL – INSS.

ACORDAM, em 16ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.683)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CYRO BONILHA (Presidente sem voto), VALDECIR JOSÉ DO NASCIMENTO e LUIZ FELIPE NOGUEIRA.

São Paulo, 26 de janeiro de 2016.

JOÃO NEGRINI FILHO, Relator

Ementa: ACIDENTE DO TRABALHO – EMBARGOS À EXECUÇÃO – COISA JULGADA – DESCABIMENTO – EXCESSO DE EXECUÇÃO – POSSIBILIDADE DE DISCUSSÃO NESTA FASE – EXEGESE DO ARTIGO 741, INCISO V DO CPC – AUXÍLIO-ACIDENTE – CONTA DE LIQUIDAÇÃO – JUROS DE MORA – IRRETROATIVIDADE – ÍNDICES DE ATUALIZAÇÃO – INCONSTITUCIONALIDADE DA TR RECONHECIDA NO JULGAMENTO DA ADI 4357 – MODULAÇÃO PENDENTE – CÁLCULO DA CONTADORIA QUE APLICA O IGP-DI/TR – NECESSIDADE DE REFAZIMENTO DOS CÁLCULOS – SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.

Recurso parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de apelação digital interposta contra a sentença de fls. 76/77, que julgou parcialmente procedentes os embargos opostos pelo INSS acolhendo os cálculos da Contadoria no valor de R$ 124.444,21 para março de 2014.

Apela o embargado, pugnando pela reforma do *decisum*. Sustenta que não houve decisão expressa nestes autos para que os juros fossem computados à razão de 0,5% ao mês, nem tampouco que se adotasse a TR para atualização nos termos da Lei nº 11.960/2009, desrespeitando-se, assim, a coisa julgada. Aponta a inconstitucionalidade da TR, índice utilizado na atualização das

Acesso ao Sumário

parcelas atrasadas, aplicando-se, neste ponto, o IGP-DI como fator de correção monetária. O percentual relativo aos juros veio a ser alterado, passando de 0,5% para 1% de acordo com o CC/2002.

Requer o provimento do recurso para que se garanta o atendimento à coisa julgada, adotando-se juros de 1% ao mês e índices de atualização conforme determinado, acolhendo-se a conta de liquidação apresentada pelo autor.

O recurso foi recebido e não respondido. O Ministério Público não mais opina em questões acidentárias.

É o relatório.

Cabe observar de plano que a execução, no caso, processa-se de acordo com a disposição dos artigos 730 e 731 do Código de Processo Civil.

Por sua vez, a matéria debatida nos embargos está disciplinada no rol do artigo 741 do mesmo ordenamento processual, observando-se no inciso V, o excesso de execução, tema este aqui versado, não havendo que se falar em coisa julgada, portanto.

Assim, é perfeitamente possível nesta fase processual (execução) discutir-se a questão atinente aos juros de mora, entre outras, para fins de definição dos cálculos de liquidação.

Pois bem, o apelo merece parcial acolhimento.

Trata-se de embargos à execução opostos pelo INSS, sob fundamento de excesso de execução pelo cálculo inadequado da RMI e pela aplicação incorreta dos índices de correção monetária e dos juros.

Não há mais discussão quanto à necessidade de refazimento do cálculo da RMI apresentado pela contadoria judicial, nos termos da r. Sentença. A lide permanece somente quanto ao índice de atualização das parcelas em atraso e ao percentual dos juros aplicado pela Contadoria, à razão de 0,5% ao mês, após a Lei nº 11.960/2009.

Com relação aos juros de mora, a irresignação não prospera, visto que o título executivo judicial apenas delimitou o seu cômputo ao estabelecer o total acumulado em relação às parcelas vencidas até a citação e sobre o valor de cada parcela, mês a mês, a partir desse marco (fls. 13).

Portanto, nesse aspecto, com a entrada em vigor da Lei 11.906/09, os juros devem ser aqueles aplicados às cadernetas de poupança, nos termos da nova redação dada ao artigo 1º-F da Lei 9.494/97, que, aliás, não foi julgada inconstitucional neste ponto.

Ademais, os juros previstos na conta de liquidação da Contadoria Judicial (fls. 66/68), referentes a período anterior à Lei nº 11.960/09, obedecem a taxa de 12% ao ano, consoante lei vigente ao tempo de sua aplicação. Vê-se que aplicou o percentual de 1% ao mês até 30/06/2009 e, a partir daí, o de 0,5% ao mês,

Acesso ao Sumário

conforme estabelece a Lei 11.960/09.

Visto isso, passo analisar a questão dos índices de correção monetária.

As disposições contidas na Lei nº 11.960/2009 e na Emenda Constitucional nº 62/09 acerca do emprego da TR para atualização monetária foram declaradas inconstitucionais pelo E. Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 4.357, razão pela qual não podem ser aplicadas na espécie.

Note-se que, embora os efeitos da decisão de inconstitucionalidade tenham sido modulados recentemente (25.03.2015) quanto aos débitos da Fazenda já convertidos em precatórios, o C. STF ainda não se manifestou sobre a forma de aplicação daquele *decisum* quanto aos débitos da Fazenda ainda em fase de liquidação, como no caso vertente.

O I. Ministro Luiz Fux, também Relator da referida ADI, reconheceu a repercussão geral do tema no RE nº 870.947, o que inegavelmente permite concluir que a decisão de inconstitucionalidade da TR, no que tange a débitos não liquidados (Lei 11.960/09), ainda não teve seus efeitos modulados:

> *"DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIME DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA E JUROS MORATÓRIOS INCIDENTE SOBRE CONDENAÇÕES JUDICIAIS DA FAZENDA PÚBLICA. ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494/97 COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.960/09. TEMA 810. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA."*
>
> (RE 870947 RG, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 16/04/2015)

Assim, deve prevalecer o entendimento desta E. 16ª Câmara quanto aos efeitos *ex tunc* da declaração proferida na ADI 4.357, já sufragado em outros feitos semelhantes.

Observo que o IGP-DI era empregado para este fim antes da vigência da Lei 11.960/09, segundo entendimento pacificado por esta Corte, como se verifica no recente julgamento da Apelação nº 9126075-02.2008.8.26.0000, de relatoria do I. Desembargador Valdecir José do Nascimento (j. em 16.07.2013), sendo certo que, julgada inconstitucional a norma que o revogou, torna-se novamente vigente a norma revogada.

Enfim, diante de tudo isso, deve ser parcialmente reformada a sentença, a fim de que o cálculo de liquidação apresentado pela Contadoria Judicial seja refeito (fls. 66/68), aplicando-se o IGP-DI até a data da conta de liquidação (a partir daí, a correção monetária será feita pelo INSS, nos termos da legislação atinente aos precatórios, cabendo ao obreiro, após o depósito, pleitear as diferenças que entender cabíveis), prevalecendo o percentual de juros de mora indicado na referida conta, visto que atende ao disposto na lei vigente ao tempo de sua aplicação.

De todo o exposto, **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso, nos termos supra.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0013562-22.2000.8.26.0505, da Comarca de Ribeirão Pires, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DA ESTÂNCIA TURÍSTICA DE RIBEIRÃO PIRES, são apelados CLODOMIRA DE LIMA CAMPOS e ANTÔNIO PINTO DE LIMA.

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 1.437)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EUTÁLIO PORTO (Presidente sem voto), ERBETTA FILHO e SILVA RUSSO.

São Paulo, 29 de janeiro de 2016.

RAUL DE FELICE, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – Execução Fiscal – IPTU dos exercícios de 1996 (principal) e 1997 a 1999 (apensos) – Município de Ribeirão Pires – Executado falecido em julho de 1988 – Execuções ajuizadas entre agosto de 2000 e fevereiro de 2005 – Impossibilidade de alteração do polo passivo da demanda – Ilegitimidade passiva – Proposta a execução fiscal, essa deve prosseguir contra a pessoa cujo nome foi indicado na CDA – Impossibilidade de alteração no curso da demanda – A modificação do sujeito passivo da relação tributária em razão do que dispõem os artigos 121 a 123 e 128 do CTN só é permitida na fase administrativa – Súmula 392 do STJ – Acolhimento da exceção de pré-executividade, com extinção da execução fiscal – Possibilidade de condenação da exequente em honorários advocatícios – Sentença mantida – Recurso improvido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de execução fiscal ajuizada em agosto de 2000 pela

PREFEITURA MUNICIPAL DE RIBEIRÃO PIRES proposta, inicialmente, em face de **ANTONIO PINTO DE LIMA**, objetivando a cobrança de IPTU do exercício de 1996 na qual houve o apensamento de três execuções fiscais referentes à cobrança do IPTU relativo aos exercícios de 1997 a 1999, propostas, respectivamente, em 7/5/2001, 8/1/2004 e 4/2/2005.

Verifica-se inicialmente que a citação do devedor original não se efetivou conforme fls. 11/12 e, conforme certidão do oficial de justiça às fls. 18, houve notícia de que o executado era falecido.

Instada a se manifestar, a Municipalidade, em junho de 2006, requereu a substituição do polo passivo do executivo fiscal para constar João Pinto de Lima (fls. 27) e, posteriormente, em outubro de 2010, para Espólio de Antonio Pinto de Lima (fls. 55).

Após as devidas anotações, a inventariante Clodomira de Lima Campos opôs exceção de pré-executividade alegando legitimidade e impossibilidade de substituição do polo passivo, uma vez que quando da interposição as execuções fiscais, o executado originário já havia falecido.

Devidamente respondido (fls. 79/84), o incidente foi acolhido pela sentença de fls. 87/91, que julgou extinto o processo, sob o fundamento de que a execução fiscal foi interposta contra quem já era falecido, impossibilitando a alteração do polo passivo nos termos da Súmula 392 do STJ. Condenou a Municipalidade excepta ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios que fixados em 10% sobre o valor atualizado dos débitos.

A Municipalidade de Ribeirão Pires apelou às fls. 98/104 requerendo a reforma da sentença. Sustentou que não se trata de modificação do sujeito passivo, mas mera sucessão processual, e que o redirecionamento da execução decorre da responsabilidade do adquirente, nos termos do art. 131, II do CTN, sendo inaplicável Súmula 392 do STJ.

Contrarrazões do excipiente às fls. 108/113.

É O RELATÓRIO

O recurso não merece provimento.

No presente caso, as execuções fiscais para a cobrança de IPTU dos exercícios de 1996 a 1999 (principal e apensos) foram ajuizadas no período compreendido entre agosto de 2000 e fevereiro de 2005, em face do executado Antonio Pinto de Lima, que, conforme consta dos autos, falecera em 29/7/1988 (fls. 73), ou seja, anos antes da ocorrência do fato gerador e da constituição dos créditos tributários incluídos nos executivos fiscais.

Cabia ao Município, neste caso, utilizar-se da esfera administrativa para acionar os responsáveis tributários, nos termos do disposto no art. 131 do CTN, para que, quando da propositura da ação, em março de 2000, o requisito da

legitimidade estivesse devidamente atendido, prosseguindo-se a ação em face de quem de direito.

Isto porque, em julgado recente do Superior Tribunal de Justiça, foi decidido que não é possível a alteração do polo passivo para constar espólio ou herdeiros, em especial quando o falecimento ocorreu antes da citação, por esbarrar na Súmula 392, do mesmo STJ (AgRg no AREsp 178.713/MG, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, 1ª Turma, j. 21/08/2012, DJe 27/08/2012), cuja ementa encontra-se lavrada da seguinte forma:

> "PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. CDA EXPEDIDA CONTRA PESSOA FALECIDA ANTERIORMENTE À CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. NULIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO EM SINTONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. SÚMULA 83/STJ. 1. O redirecionamento contra o espólio só é admitido quando o falecimento do contribuinte ocorrer depois de ele ter sido devidamente citado nos autos da execução fiscal, o que não é o caso dos autos, já que o devedor apontado pela Fazenda Pública falecera (6/4/1983) antes mesmo da constituição do crédito tributário (IPTU e TSU do ano de 2001). Precedentes: REsp 1.222.561/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 25/05/2011; AgRg no REsp 1.218.068/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 08/04/2011; REsp 1.073.494/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 29/09/2010. 2. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 178.713/MG, Rel. Min. Benedito Gonçalves, 1ª Turma, julg 21/08/2012, DJe 27/08/2012).

Ademais, os artigos 121 e 128 do CTN, que tratam da sujeição passiva e atribuição de responsabilidade tributária, autorizam a Fazenda Pública a exigir o crédito de quem de direito, alterando se necessário o polo passivo, desde que na esfera administrativa. Em sede judicial, quando já definido o legítimo devedor, passam a incidir as normas processuais que vedam qualquer alteração no curso da demanda por ter sido o crédito já consolidado na esfera administrativa. É a inteligência dos artigos 41 e 267, inciso VI do CPC:

"Art. 41. Só é permitida, no curso do processo, a substituição voluntária das partes nos casos expressos em lei."

"Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:

.....

VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;".

A Súmula 392 do STJ pacificou a questão, quando dispôs que: "*A Fazenda Pública pode substituir a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da*

Acesso ao Sumário

sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito passivo da execução" *(Súmula 392, 1ª Seção, j. 23/09/2009, DJe 07/10/2009).*

Consigna-se ainda a existência de inúmeros julgados deste E., conforme se observa na ementa abaixo transcrita:

> *"Tributário e processual. Execução fiscal. IPTU e taxa de coleta de lixo do exercício de 2010. Contribuinte (executado) falecido antes do ajuizamento da ação. Ausência de pressuposto de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo. Súmula n. 392 do STJ. Incidência. Recurso não provido" (*Apelação nº 0500578-83.2011.8.26.0562, Rel. Des. Mourão Neto, Comarca de Santos, 18ª Câmara de Direito Público, julg. 11/4/2013).
>
> *"APELAÇÃO – EXECUÇÃO FISCAL – Serviços de limpeza de terrenos, exercício de 1995 – Município de Santos – CDA – Pretendida substituição do título e prosseguimento da execução contra outro devedor em razão do falecimento do executado em data anterior a propositura da execução – Não cabimento – Sentença mantida – RECURSO IMPROVIDO."* (Apelação nº 0087221-24.1999.8.26.0562, Rel. Des. Rodrigues de Aguiar, 15ª Câmara de Direito Público, julg. 13/6/2015).

Assim, tendo ocorrido o falecimento do sujeito passivo em data bastante anterior à constituição do crédito tributário e ao ajuizamento da ação, conforme entendimento jurisprudencial é de rigor, então, a manutenção da sentença de primeiro grau.

Consigna-se, ademais, que, quanto aos honorários advocatícios, já é pacífico o entendimento de que havendo o acolhimento do incidente, com a extinção da execução fiscal, é devida a condenação da Municipalidade nos honorários advocatícios em razão do princípio da causalidade.

Nesse sentido, o STJ possui entendimento no sentido de que: "*A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que não obstante a exceção de pré-executividade se trate de mero incidente processual na ação de execução, o seu acolhimento com a finalidade de declarar a ilegitimidade passiva ad causam do recorrente torna cabível a fixação de honorários advocatícios, ainda que tal ocorra em sede de agravo de instrumento*" (REsp 884389/RJ).

Em outro julgado, (AgRg no REsp 1051393/ES), a mesma Corte consignou que: "*A verba honorária é devida pela Fazenda exequente tendo em vista o caráter contencioso da exceção de pré-executividade e da circunstância em que ensejando o incidente processual, o princípio da sucumbência implica suportar o ônus correspondente*."

Assim, é de rigor a condenação da exequente no pagamento de honorários advocatícios, devendo, pois ser mantida.

Acesso ao Sumário

Face ao exposto, **nega-se provimento ao recurso do Município.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0423809-57.2009.8.26.0577, da Comarca de São José dos Campos, em que é apelante INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS, é apelado MARCOS ROBERTO MARIANO.

ACORDAM, em 16ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.996)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CYRO BONILHA (Presidente), JOÃO NEGRINI FILHO e VALDECIR JOSÉ DO NASCIMENTO.

São Paulo, 26 de janeiro de 2016.

CYRO BONILHA, Relator

Ementa: ACIDENTÁRIA – Embargos à execução – Auxílio-acidente – Contribuições previdenciárias – Prevalência do disposto no art. 34 da Lei nº 8.213/91 – Erro na apuração da RMI constatado pela contadoria – Cálculo que, porém, é superior ao do autor – Impossibilidade – Princípio da congruência entre o pedido e a sentença – Proibição de "reformatio in pejus" – Improcedência dos embargos mantida – Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

A r. sentença de fls. 184/187, cujo relatório se adota, julgou improcedentes embargos à execução acidentária que é movida por Marcos Roberto Mariano contra o INSS.

Apela a autarquia embargante, pretendendo a reforma da decisão. Sustenta haver excesso de execução, aduzindo que no cálculo apresentado pelo segurado foram utilizados salários-de-contribuição divergentes dos efetivamente pagos e que constam do CNIS. Alega que as discordâncias referem-se às contribuições de junho/1997, maio/1998 e novembro/2000, além das compreendidas no período de janeiro/1999 a outubro/2000, no qual não houve pagamento pela

empresa. Entende que deve prevalecer a relação das contribuições fornecida pela empregadora Orion S/A.

Recebido e processado o recurso, a parte contrária apresentou contrarrazões.

A Procuradoria Geral de Justiça não mais se manifesta em ações acidentárias.

Os autos foram remetidos à Contadoria Judicial (fls. 213), sobrevindo a informação e o cálculo de fls. 216/219, seguidos de impugnação do INSS (fls. 225/241) e da discordância parcial do embargado (fls. 244/245).

É o relatório.

Trata-se de ação acidentária em fase de execução de sentença (fls. 24/27) que condenou o INSS ao pagamento de auxílio-acidente de 50% do salário-de-benefício a partir de 19/06/2001 (fls. 117), data da citação.

Restringe-se a controvérsia aos salários-de-contribuição a serem considerados para a obtenção da renda mensal inicial do benefício.

Extrai-se da relação de contribuições ao INSS trazida aos autos pela empresa ORION S/A (fls. 171/173) que a empregadora não efetuou o recolhimento da contribuição previdenciária no mês de novembro de 2000, bem como recolheu a menor nos meses de junho de 1997 e maio de 1998.

Em relação ao lapso compreendido entre janeiro de 1999 e outubro de 2000, quando o autor estava em gozo do auxílio-doença previdenciário nº 111.114.869-1 (fls. 76), deve ser observada a regra prevista no art. 29, § 5º, da Lei nº 8.213/91, "verbis":

"§ 5º Se, no período básico de cálculo, o segurado tiver recebido benefícios por incapacidade, sua duração será contada, considerando-se como salário-de-contribuição, no período, o salário-de-benefício que serviu de base para o cálculo da renda mensal, reajustado nas mesmas épocas e bases dos benefícios em geral, não podendo ser inferior ao valor de 1 (um) salário mínimo".

Não é demais consignar que o obreiro não pode ser penalizado por eventual falta de recolhimento por parte da empresa ou por desatualização de informações perante o INSS.

Com efeito, é de ser aplicado o disposto no art. 34 da Lei nº 8.213/91, segundo o qual: "*No cálculo do valor da renda mensal do benefício, inclusive o decorrente de acidente do trabalho, serão computados: I - para o segurado empregado e trabalhador avulso, os salários-de-contribuição referentes aos meses de contribuições devidas,* ***ainda que não recolhidas pela empresa, sem prejuízo da respectiva cobrança e da aplicação das penalidades cabíveis****; (...)*" (negritei).

Acesso ao Sumário

Tal posição está em consonância com o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça:

"*PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. TEMPO DE SERVIÇO. ANOTAÇÃO EM CARTEIRA DE TRABALHO. SENTENÇA TRABALHISTA. PROVA MATERIAL. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. EXECUÇÃO. POSSIBILIDADE. MUNUS DA AUTARQUIA. 1. Consoante remansosa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a sentença trabalhista pode ser considerada como início de prova material, desde que fundada em elementos que demonstrem o labor exercido na função e os períodos alegados pelo trabalhador; tornando-se, dessa forma, apta a comprovar o tempo de serviço enunciado no art. 55, § 3º da Lei n.º 8.213/91, ainda que a Autarquia Previdenciária não tenha integrado a respectiva lide. Precedentes. 2. A inaplicabilidade, in casu, do comando constitucional que determina a execução ex officio, no juízo trabalhista, das contribuições previdenciárias, não afasta a possibilidade de sua cobrança mediante procedimento iniciado pela autarquia, sendo descabido o argumento de prejuízo ao erário. 3.* ***Não é admissível a penalização do trabalhador em decorrência do descumprimento das obrigações trabalhistas por seu ex- empregador****. 4. Embargos rejeitados*." (EDcl no REsp 497708/RN, 5ª Turma, rel. Min. Laurita Vaz, j. em 17/02/2004, DJ de 22/03/2004, p. 344).

"*AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. REVISÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. ALTERAÇÃO DO SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO EM SEDE DE RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. CONDENAÇÃO AO RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES. COBRANÇA DE CONTRIBUIÇÕES NÃO RECOLHIDAS EM ÉPOCA PRÓPRIA. RESPONSABILIDADE DA AUTARQUIA. INCIDÊNCIA DOS ARTIGOS 11, PARÁGRAFO ÚNICO, ALÍNEA "A", E 33 DA LEI Nº 8.212/1991. 1. O objeto da ação é a revisão de benefício previdenciário em virtude da majoração dos salários-de-contribuição perante a Justiça Laboral. Portanto, não há falar em desaproveitamento da sentença trabalhista em razão da falta de prova material apta ao reconhecimento do tempo de serviço. 2. Asseveraram as instâncias ordinárias que houve recolhimento das contribuições previdenciárias em face da condenação judicial aos acréscimos salariais (fls. 44 e 79). 3. Ainda que assim não fosse, caso não cumprida a ordem judicial, o que não se coaduna com as guias de fls. 13 e 14, de igual modo inexiste prejuízo em face de o INSS não ter participado da mencionada reclamatória, pois, desde então, tornou-se legalmente habilitado a promover a cobrança de seus créditos, conforme disposto nos artigos 11, parágrafo único, alínea "a", e 33 da Lei nº 8.212/1991. 4. A par da inexistência de fundamentação recursal no intuito de ver reformada a correção monetária, percebe-se que esta foi fixada em sintonia com o*

Acesso ao Sumário

entendimento jurisprudencial desta Corte sobre o tema em ações de natureza previdenciária. 5. Agravo regimental improvido." (AgRg no REsp 1048187/MG, 5ª Turma, rel. Min. Jorge Mussi, j. em 07/08/2008, DJe de 08/09/2008).

Por fim, remetidos os autos à Contadoria Judicial para verificação de eventual incorreção na apuração da RMI (consideradas as diferenças entre os salários-de-contribuição adotados na conta do autor e os informados no CNIS), sobreveio o cálculo de fls. 216/219 que apurou um salário- de-benefício de R$ 572,81 (RMI de R$ 286,40), valor maior que o apontado pelo autor (R$ 501,46 – RMI de R$ 250,73).

Contudo, cabe observar que, por força do princípio da congruência entre pedido e sentença e da proibição de "reformatio in pejus", não pode ser o INSS compelido a pagar quantia superior a que é postulada pelo segurado.

Diante disso, de ser acolhido o cálculo do obreiro, merecendo, pois, ser mantida a r. sentença de improcedência dos embargos.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 3001675-21.2013.8.26.0218, da Comarca de Guararapes, em que são apelantes/apelados MAURO ROBERTO MARÃO e EMERSON CARLOS DE OLIVEIRA & CIA. LTDA., é apelado/apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE GUARARAPES/SP.

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 DO AUTOR E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DA CORRÉ EMERSON CARLOS DE OLIVEIRA LTDA. ME. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 1.829)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VERA ANGRISANI (Presidente) e RENATO DELBIANCO.

São Paulo, 3 de fevereiro de 2016.

CARLOS VIOLANTE, Relator

Ementa: Ação ordinária. Indenização por danos materiais e morais. Acidente de trânsito. Responsabilidade civil do Poder Público não configurada. Culpa concorrente entre vítima e

ré proprietária da empresa de recolhimento de entulhos. Vítima que, sob efeito de alta concentração alcoólica, conduzia motocicleta. Maior grau de culpa. Negligência da empresa ré caracterizada. Falta de sinalização refletiva na caçamba. Indenização devida. Dano moral decorrente da dor psicológica sofrida pelo autor. Dano material não configurado. Sentença de parcial procedência. Recurso do autor não provido. Recurso da corré Emerson Carlos de Oliveira Ltda. ME. parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de apelações interpostas contra r. sentença de lavra da eminente Magistrada **Dra. Sabrina Salvadori Sandy Severino** que julgou parcialmente procedente a ação para condenar a corré Emerson Carlos de Oliveira & Cia. Ltda. ME. ao pagamento, a título de indenização por danos morais, da quantia de R$ 30.000,00 corrigidos monetariamente a partir do trânsito em julgado da r. sentença, com base na Tabela Prática do TJSP, acrescido de juros de mora contados da citação, condenando a corré, ainda, ao pagamento de custas e honorários advocatícios fixados em 10% do valor da condenação, acrescido de juros e correção monetária. A ação foi julgada improcedente em relação ao Município de Guararapes.

Tal condenação é decorrente do reconhecimento da culpa concorrente da corré Emerson Carlos de Oliveira & Cia. Ltda. ME. e do filho do autor no acidente automobilístico na rua Duque de Caxias, nº 560, na cidade de Guararapes, em 10/08/2012, que vitimou fatalmente Ivo Marão Neto (filho do autor).

Apela o autor, sob argumento de que há culpa do Município de Guararapes no acidente, que foi omisso na fiscalização das empresas de entulho, permitindo que fossem colocadas na via pública caçambas em desconformidade com a legislação, o que causou a morte de seu filho, pretendendo a condenação dos réus ao pagamento da indenização pelos danos materiais e morais sofridos.

Apela a corré Emerson Carlos de Oliveira & Cia. Ltda. ME., alegando que a culpa pelo acidente é exclusiva da vítima fatal, que dirigia em alta velocidade sob efeito de álcool em grande concentração e que a caçamba foi atingida pós a queda do motociclista, ou, alternativamente, a redução do valor da indenização para 20 salários mínimos.

Foram apresentadas contrarrazões.

As partes foram consultadas e não se opuseram ao julgamento virtual (fls. 372/374).

Acesso ao Sumário

É o Relatório.

Afasta-se a preliminar de cerceamento de defesa, suficientes as provas carreadas aos autos para a solução da lide.

O exame toxicológico realizado em sangue colhido da vítima (fls. 37) apresentou resultado positivo para álcool etílico na concentração de 2,2 g/l de sangue.

De acordo com o laudo da perícia técnica (fls. 38/48), observou-se "que havia sinal de atrito no leito carroçável *anterior ao acidente*; que o leito carroçável da via encontrava *seca e em boas condições para o tráfego*, não apresentando irregularidades físicas relevantes" e, por fim, aduz que na dinâmica do acidente "o condutor da motocicleta experimentou descontrole direcional, tombou pelo seu flanco esquerdo, chocou contra a caçamba de entulho ali existente, e ali imobilizou".

A conclusão, então, é que a vítima conduzia a motocicleta sob efeito de álcool, em altíssima concentração, quando, no local do acidente, desgovernou-se, tombou, atritando-se ao solo antes de chocar-se com a caçamba, atingindo-a na sequência e ali se imobilizou.

Convém esclarecer que a caçamba estava posicionada junto ao meio-fio, no local destinado a estacionamento de veículos e, pelas condições de condução – velocidade e embriaguez –, a vítima teria colidido com o que estivesse ali estacionado, seja caçamba, seja veículo.

É dos autos, ainda, que a caçamba de entulhos estava em desconformidade com a Lei Municipal nº 2.684/10, pois não era pintada na cor amarela e não ostentava sinalização refletiva (fls. 40 e 42/48).

A hipótese de responsabilidade subjetiva do ente público, por omissão consistente na falta de fiscalização, também não comporta guarida, posto que não há demonstração da culpa, necessária à espécie. Não se tem elementos suficientes para concluir pela culpa e responsabilidade do Município no evento.

Está demonstrado, então, que o acidente se deu em razão da acentuada imprudência do condutor da motocicleta e negligência da corré Emerson Carlos de Oliveira & Cia Ltda. ME. (pela falta da sinalização refletiva na caçamba), configurada, assim, a culpa concorrente.

Contudo, em razão de estar conduzindo a motocicleta sob efeito de álcool em alta concentração, a culpa da vítima é em maior grau.

Desta forma, passa-se a análise dos valores devidos em decorrência do dano sofrido.

Correto o afastamento do dano material, não demonstrada a dependência econômica do autor em relação à vítima, como bem observado na r. sentença.

Em se tratando de indenização pelo dano moral, considerando que o

Acesso ao Sumário

montante indenizatório, por um lado, objetiva propiciar ao lesado compensação pelo dano experimentado, de modo a amenizar a dor sofrida, sem gerar enriquecimento ilícito e, por outro lado, dissuadir o causador do dano a novas práticas lesivas, bem ainda, considerando no caso concreto as condições econômicas do autor e ré, e a ocorrência da culpa concorrente em maior proporção por parte da vítima, razoável a redução da indenização, em decorrência da morte do filho do autor, para R$ 20.000,00.

Para fins de acesso às Instâncias Superiores, considero prequestionada toda a matéria debatida, relativa à Constituição e à Lei Federal, desnecessária a menção específica a cada um dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais invocados e pertinentes aos temas em discussão.

Ante o exposto, pelo meu voto, NEGO PROVIMENTO ao recurso do autor e DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso da corré Emerson Carlos de Oliveira Ltda. ME., reduzindo o valor da indenização pelos danos morais para R$ 20.000,00 (vinte mil reais), mantida, no mais, a r. sentença.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000846-54.2015.8.26.0531, da Comarca de Santa Adélia, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE SANTA ADÉLIA, é apelado PROPRIETÁRIOS DE IMOV DESAB FECHADOS ABAND COM AC RESTRITO OU NAO PERMIT PELO MORADOR EM TODO MUNIC DE STA ADÉLIA.

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 31.744)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores COIMBRA SCHMIDT (Presidente sem voto), EDUARDO GOUVÊA e LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA.

São Paulo, 1 de fevereiro de 2016.

MAGALHÃES COELHO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Pretensão de autorização para que agentes públicos adentrem em imóveis, com a finalidade de combater os criadouros do mosquito *Aedes Aegypti* – A adoção das medidas cabíveis para a proteção/preservação da saúde coletiva,

a exemplo daquelas aptas ao combate de focos de um mosquito transmissor de doenças, além de ser uma questão de interesse público, constitui um dever dos entes políticos (artigo 196 e seguintes da Constituição Federal) – Supremacia do interesse público sobre o particular – Poder de Polícia – Autoexecutoriedade dos atos administrativos – Prescindibilidade da tutela jurisdicional – Recurso não provido.

VOTO

Vistos etc.

I. Trata-se de ação civil pública, c/c obrigação de fazer, com pedido de liminar, ajuizada pelo **Município de Santa Adélia** em face dos **proprietários de imóveis desabitados, fechados, abandonados ou com acesso não permitido pelo morador**, por meio da qual pretende a autorização para os agentes públicos adentrarem em todos os imóveis localizados no Município, com a finalidade de combater os criadouros do mosquito *Aedes Aegypti*, causador da dengue.

Sustenta, em síntese, a ausência de zelo por parte de proprietários de lotes urbanos e imóveis fechados, bem como a existência de residências com descuido dos moradores. Pleiteia, assim, a autorização judicial para que os agentes públicos adentrem em todos os imóveis existentes no Município e tomem as medidas cabíveis ao combate dos focos do transmissor de doenças.

II. A petição inicial foi indeferida por carência de ação, nos termos do artigo 295, III, do CPC, e o feito foi extinto sem resolução do mérito, de acordo com o artigo 267, I, do mesmo diploma legal.

III. Interposto recurso de apelação pela Municipalidade, no qual pugna pela reforma da sentença monocrática.

É o relatório.

Trata-se, como se vê, de recurso de apelação interposto pelo Município de Santa Adélia, por meio do qual pretende a reforma da sentença de primeiro grau, que indeferiu sua petição inicial por carência de ação, nos termos do artigo 295, III, do CPC, bem como extinguiu o feito sem resolução do mérito, de acordo com o artigo 267, I, do mesmo diploma legal.

O recurso, porém, não merece provimento.

Dada a análise dos autos, tem-se que o juízo formulado em primeiro grau não carece da reforma pretendida.

Como se sabe, um dos atributos dos atos administrativos é a *autoexecutoriedade*, consistente no poder que os referidos têm de serem executados pela própria Administração Pública, sem a necessidade de

Acesso ao Sumário

intervenção judicial – observados, evidentemente, os princípios que norteiam a atuação administrativa, sobretudo os da legalidade, razoabilidade e da proporcionalidade.

Posto isso, tem-se que a adoção das medidas cabíveis para a proteção/preservação da saúde coletiva, a exemplo daquelas aptas ao combate de focos de um mosquito transmissor de doenças, além de ser uma questão de interesse público, constitui um dever dos entes políticos.

Nesse sentido, dispõe a Constituição Federal, em seu artigo 196:

> *Art.196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à* ***redução do risco de doença*** *e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços* ***para sua promoção, proteção e recuperação*** *(destacamos).*

Importante consignar, ainda, que uma das formas de concretização desse preceito consiste, justamente, nas *medidas preventivas* a serem adotadas pelo poder público, como a vigilância sanitária e epidemiológica.

Para isso, cabe recordar as lições de Hely Lopes Meirelles[1], no sentido de ser o Estado dotado de poderes administrativos que se efetivam de acordo com as exigências do serviço público e com os interesses da comunidade, apresentando-se como meios de atuação da Administração Pública.

Dentre esses poderes, destaca-se o *poder de polícia*, em virtude do fato de a Administração o exercer sobre atividades e bens que afetam ou possam afetar a coletividade, bem como pelo fato de representar o condicionamento da liberdade e dos direitos individuais ao interesse coletivo.

Isso considerado, em que pese sustentar-se a existência de um suposto conflito entre bens jurídicos amplamente tutelados pelo ordenamento – a saber, de um lado, os direitos à inviolabilidade do domicílio, à privacidade e à intimidade, e de outro, o direito à saúde –, tem-se que *o interesse público inerente à causa justifica a atuação administrativa*, mediante seu poder de polícia, no combate aos focos do mosquito *Aedes Aegypti*, ainda que contra a vontade de particulares.

Acesso ao Sumário

E o referido poder administrativo, conforme observado, tem, dentre suas principais características, a discricionariedade, a coercibilidade e a *autoexecutoriedade*, de modo que é dispensável a provocação e tutela judicial para o fim de aplicá-lo.

Nesses termos, se, de um lado, é exigível do Estado, por quaisquer dos seus entes federados, a implementação de políticas públicas preventivas e curativas de saúde, inclusive sob pena de eventual responsabilidade civil, de outro, é indispensável que disponha dos meios para sua eficaz aplicação.

Dadas essas razões, atentando-se à autoexecutoriedade dos atos

1 *Direito Administrativo Brasileiro*, 36ªEdição, Malheiros Editores, p. 132.

administrativos e ao interesse público – *prevalente sobre o particular* –, bem como observando-se as limitações legais e principiológicas às quais está o Poder Público adstrito, imperiosa se torna a manutenção da sentença monocrática.

Para eventual efeito, considera-se prequestionada toda a matéria infraconstitucional e constitucional deduzida no recurso, observando-se que é pacífica a desnecessidade de menção expressa de todos os dispositivos, bem como manifestação expressa acerca de todos os argumentos invocados pelas partes, e sim somente daqueles que julgar pertinentes para lastrear a decisão.

Daí o porquê, **nega-se provimento ao recurso**, mantendo-se a decisão de origem em sua integralidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1025586-38.2015.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante LEANDRO FERREIRA LEITE, é apelado DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRANSITO DE SÃO PAULO – DETRAN/SP.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso, nos termos que constarão do acórdão. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.401)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores REBOUÇAS DE CARVALHO (Presidente) e DÉCIO NOTARANGELI.

São Paulo, 10 de fevereiro de 2016.

CARLOS EDUARDO PACHI, Relator

Ementa: OBRIGAÇÃO DE FAZER – Pretensão ao desbloqueio do prontuário de motorista – Admissibilidade – Não noticiado o término do procedimento administrativo não incidirá nenhuma restrição no prontuário do infrator – Inteligência do artigo 24, da Resolução CONTRAN nº 182/2005 – R. Sentença reformada.

Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos, etc.

Trata-se de apelação interposta pelo Autor contra a r. sentença de fls. 68/70, cujo relatório adoto, que julgou improcedente a ação, condenando-o ao pagamento das custas processuais e verba honorária fixada em R$ 1.000,00.

Sustenta violação do direito de dirigir, já que foi impedido de renovar sua CNH, mesmo que não finalizado o processo administrativo de cassação. Assevera que não foi observada a regra da notificação da infração de trânsito (fls. 72/79).

Contrarrazões a fls. 82/86.

Processado o recurso, subiram os autos.

Instadas, as partes não se manifestaram quanto ao julgamento virtual, conforme certidão a fls. 91.

É o Relatório.

Cuida-se de ação proposta pelo recorrente visando ao imediato desbloqueio de seu prontuário de habilitação com vistas à renovação de sua CNH, julgada improcedente.

Assevera violação em seu direito de dirigir, pois foi impedido de renovar sua CNH antes do término do processo administrativo de cassação, originada por infração de trânsito.

Ressalta que está sendo punido em detrimento aos princípios do contraditório, devido processo legal, e da ampla defesa.

Respeitado o entendimento do MM. Juízo singular, o recurso merece provimento.

Prevê a Resolução CONTRAN n° 182/2005, em seu artigo 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*".

A administração admite que instaurou processo administrativo, visando à cassação da CNH do apelante: "*o autor cumpria pena de suspensão de seu direito de dirigir veículo automotores, conforme competente e regular procedimento administrativo, sendo que, durante o referido período, teve contra si registrada nova autuação, configurando infração ao disposto no artigo 263, inciso I, do Código de Trânsito Brasileiro, passível de aplicação de penalidade de cassação...Com base no fato descrito, foi instaurado, por meio de portaria inaugural, o procedimento administrativo competente*."

E, não houve comprovação de que o Procedimento Administrativo para Cassação do Direito de Dirigir promovido pelo DETRAN contra o Autor tenha terminado.

Assim, enquanto não houver informação do trânsito em julgado da

decisão administrativa, de rigor o afastamento da restrição no prontuário de condutor aplicada ao recorrente.

Neste sentido, precedentes desta Nona Câmara de Direito Público:

"MANDADO DE SEGURANÇA - Pretensão de renovação da Carteira Nacional de Habilitação - Inexistência de notificação de instauração de procedimento administrativo de suspensão da CNH - Decisão de intempestividade do recurso administrativo que não fora notificada ao autor - Impossibilidade de imposição de restrição administrativa ao prontuário do condutor enquanto pendente processo administrativo para suspensão da CNH - Inteligência da Resolução nº 182/2005 - Presença do direito líquido e certo - Recurso provido." (AC nº 1005268-42.2014.8.26.0482, Rel. Des. Moreira de Carvalho, j. 04.02.2015).

"MANDADO DE SEGURANÇA - Impetração objetivando a renovação da Carteira Nacional de Habilitação (CNH), enquanto pendente recurso administrativo interposto contra a penalidade de suspensão do direito de dirigir - Sentença que concedeu parcialmente a segurança, para possibilitar a renovação da CNH - Manutenção necessária - Artigos 24 da Resolução nº 182/2005 do CONTRAN e 290 do Código de Trânsito Brasileiro - Decisão Monocrática - Negado seguimento ao recurso, nos termos do artigo 557, caput, do Código de Processo Civil." (AC nº 0247185-41.2009.8.26.0000, Rel. Des. Rebouças de Carvalho, j. 26.02.2013).

"CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - LIMINAR - PROCESSO ADMINISTRATIVO - DEVIDO PROCESSO LEGAL - BLOQUEIO DE PRONTUÁRIO NA PENDÊNCIA DE RECURSO - INADMISSIBILIDADE 1. Para concessão de liminar em mandado de segurança é necessária a concorrência dos requisitos da relevância da fundamentação e da irreparabilidade do dano (art. 7º, III, da Lei nº 12.016/09). 2. No curso do processo administrativo instaurado para suspensão ou cassação da Carteira Nacional de Habilitação não incidirá nenhuma restrição no prontuário do infrator. Inteligência dos arts. 5º, LV, CF, 265 e 290, parágrafo único, CTB, e art. 24 da Resolução nº 182/05 do CONTRAN. Liminar indeferida. Inadmissibilidade. Decisão reformada. Recurso provido." (AI nº 0069536-21.2011.8.26.0000, Rel. Des. Décio Notarangeli, j. 11.05.2011).

Pelo exposto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso, para afastar o bloqueio do prontuário de motorista do Autor enquanto pendente de julgamento final o procedimento administrativo de cassação. Condeno o réu ao pagamento das custas, despesas processuais e verba honorária fixada em R$ 1.000,00.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002597-84.2014.8.26.0572, da Comarca de São Joaquim da Barra, em que são apelantes A.T.C. (MENOR), A.C. (JUSTIÇA GRATUITA) e V.A.T.C. (JUSTIÇA GRATUITA), 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 15.863)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente sem voto), NOGUEIRA DIEFENTHALER e MARCELO BERTHE.

São Paulo, 11 de fevereiro de 2016.

FRANCISCO BIANCO, Relator

Ementa: RECURSO DE APELAÇÃO – AÇÃO DE PROCEDIMENTO ORDINÁRIO – INDENIZAÇÃO – DANOS MORAIS – INOCORRÊNCIA. 1. Preliminarmente, ilegitimidade ativa dos genitores da autora, suposta vítima de dano moral, não demonstrado. 2. No mérito, a publicação da parte dispositiva de sentença judicial, proferida em ação penal, que tramitou em segredo de justiça, no site deste E. TJSP, não configura abalo moral, passível de indenização. 3. O acesso a tal informação é restrito aos advogados cadastrados no sistema digitalizado. 4. A divulgação do inteiro teor da referida decisão judicial, na imprensa sensacionalista, não caracteriza ato imputável à Administração Pública. 5. Ação de indenização por danos morais, julgada improcedente. 6. Sentença, mantida, nos termos do artigo 252 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça. 7. Recurso de apelação, apresentado pela parte autora, desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls.

148/151, de relatório adotado, que julgou improcedente ação de indenização por danos morais, condenando a parte autora ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados no valor de R$ 5.000,00, observado o disposto no artigo 12 da Lei Federal nº 1.060/50.

A parte apelante, em razões recursais, sustentou, em síntese, o seguinte: a) preliminarmente, legitimidade ativa dos genitores; b) no mérito, aduziu que a divulgação de sentença judicial, proferida em ação penal, que tramitou em segredo de justiça, configura dano moral indenizável. Por tais argumentos, postulou a procedência da ação.

Recurso de apelação tempestivo, recebido nos efeitos devolutivo e suspensivo, dispensado de preparo, com resposta.

É o relatório.

O recurso de apelação, apresentado pela parte autora, não comporta provimento, porque a r. sentença de Primeiro Grau deu a melhor solução ao caso concreto, inclusive, com relação à matéria preliminar, ratificando-se os respectivos fundamentos nesta oportunidade.

Conforme dispõe o artigo 252 do atual Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça: "*nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la*."

No caso vertente, a respeitável sentença impugnada analisou todas as questões controvertidas, bem como, as provas produzidas pelas partes, chegando à irrepreensível e corretamente fundamentada conclusão de improcedência da ação.

Assim, uma vez que nas razões recursais não há nenhum elemento novo, mas, tão somente, a reiteração de questões já enfrentadas em primeiro grau, é forçoso concluir pela aplicabilidade do artigo 252 acima transcrito, para negar provimento ao recurso, ratificando-se os termos da r. decisão ora combatida.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça legitima tal posicionamento, conforme o venerando aresto a seguir transcrito:

> *"PROCESSUAL CIVIL. ACÓRDÃO PROFERIDO EM EMBARGOS DECLARATÓRIOS. RATIFICAÇÃO DA SENTENÇA. VIABILIDADE. OMISSÃO INEXISTENTE. ART. 535, II, DO CPC. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. 1. Revela-se improcedente suposta ofensa ao art. 535 do CPC quando o Tribunal de origem, ainda que não aprecie todos os argumentos expendidos pela parte recorrente, atém-se aos contornos da lide e fundamenta sua decisão em base jurídica adequada e suficiente ao desate da questão controvertida. 2. É predominante a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em reconhecer a viabilidade de o órgão julgador adotar ou ratificar o juízo de valor firmado na sentença,*

Acesso ao Sumário

inclusive transcrevendo-o no acórdão, sem que tal medida encerre omissão ou ausência de fundamentação no decisum. 3. Recurso especial não-provido."

(REsp. 662.272/RS, Rel. o Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/09/2007, DJ 27/09/2007, p. 248)

Trata-se de ação de indenização por danos morais, ajuizada por vítima de crime de abuso sexual, em razão da disponibilização de sentença judicial, proferida em ação penal, que tramitou em segredo de justiça, no site desta E. Corte e a divulgação em jornal de circulação local e redes sociais. E, o fundamento da pretensão deduzida na petição inicial está restrita à humilhação e exposição indevida da vítima, com violação e mácula à intimidade, honra própria e de familiares, caracterizando dano moral expressivo, passível de adequada reparação.

Pois bem. O reconhecimento de parcial ilegitimidade ativa e, no mérito, a improcedência da ação, é a medida que se impunha, mesmo porque os elementos de convicção produzidos nos autos são insuficientes para autorizar a responsabilização da Administração Pública, conforme a pretensão deduzida na petição inicial.

De qualquer forma, não prosperam os argumentos da parte apelante, em quaisquer dos aspectos suscitados no recurso, pois, a r. sentença impugnada bem decidiu a questão submetida a julgamento, inclusive, com relação à matéria preliminar, como se vê:

"Preliminarmente, reconheço, de ofício, a ilegitimidade de partes dos requerentes A. e W., pois não são potenciais vítimas do suposto ato ilícito praticado pela Administração Pública pela ré.

Reconhecida a ilegitimidade de partes, passo à análise do mérito em relação à requerente A.

No caso em tela, verifico que a conduta estatal alegada na exordial não restou devidamente comprovada, pois, apesar de ter havido publicação da sentença condenatória do crime praticado em desfavor da requerente, tal publicação ocorreu apenas em relação ao dispositivo da sentença, em que sequer há menção do nome da autora.

Além disso, nos processos protegidos por segredo de justiça, o sistema do Tribunal de Justiça do Estado de são Paulo apenas disponibiliza o acesso ao inteiro teor de sentença e demais atos processuais àqueles que estejam devidamente habilitados junto aos autos digitais. Diante de tal informação, a requerente não conseguiu demonstrar satisfatoriamente que houve mau funcionamento do serviço que justificasse a disponibilização da Administração Pública Estadual pelo acesso da mídia ao inteiro teor da sentença.

Acesso ao Sumário

Assim, evidente que o acesso ao inteiro teor da sentença condenatória, em que já relatos dos fatos envolvendo a requerente foram obtidos pela mídia sensacionalista por meios desconhecidos o que não justificaria a responsabilização da Administração Pública Estadual, sob pena de aplicação indevida da Teoria da Responsabilização Integral.

Portanto, nos termos da legislação processual civil em vigor, não se desincumbiu suficientemente a autora do ônus da prova, deixando de atender à exigência prevista no artigo 333, I, do Código de Processo Civil."

(fls. 148/1562)

Portanto, a improcedência da ação era mesmo de absoluto rigor, não comportando nenhuma alteração.

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso de apelação, apresentado pela parte autora, ratificando, na íntegra, a r. sentença recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0101758-89.2010.8.26.0222, da Comarca de Guariba, em que é apelante PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE GUARIBA, é apelado CLAUDINEIA APARECIDA PINHEIRO DA SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento em parte ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.537)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CARLOS EDUARDO PACHI (Presidente sem voto), DÉCIO NOTARANGELI e OSWALDO LUIZ PALU.

São Paulo, 11 de fevereiro de 2016.

REBOUÇAS DE CARVALHO, Relator

Ementa: AÇÃO ORDINÁRIA – Autora portadora de infertilidade que almeja o fornecimento de medicamentos de alto curso (Synarel, Puregon ou Gonal, e Ovidrel) "por prazo indeterminado", com vistas à realização de reprodução assistida – Descabimento no caso, uma vez que não demonstrado

Acesso ao Sumário

o risco iminente de morte, possibilitando, com base na reserva do possível, a limitação do fornecimento dos medicamentos em 3 (três) tentativas – Precedentes deste E. Tribunal de Justiça – Procedência parcial da ação decretada – Recurso da Fazenda do Estado provido em parte.

VOTO

Ação de rito ordinário movida por Claudineia Aparecida Pinheiro da Silva em face da Prefeitura Municipal de Guariba, objetivando o recebimento de medicamentos (Synarel, Puregon ou Gonal, e Ovidrel) ou quaisquer outros fármacos futuramente prescritos por profissional de saúde, "tudo por prazo indeterminado e até quando deles necessitar" (sic), com vistas à realização de reprodução assistida, ante o tratamento de sua infertilidade.

Indeferida a antecipação de tutela recursal (fls. 15/16), porém, em decisão posterior houve o seu deferimento (fl. 30), cujo agravo de instrumento restou julgado prejudicado, em voto de lavra do eminente Desembargador Gonzaga Franceschini (fls. 178/180).

A r. sentença de fls. 282/286, cujo relatório se adota, julgou procedente a ação, a fim de determinar o fornecimento dos medicamento por "**no máximo mais 03 (três) procedimentos de reprodução assistida**", sob pena de multa diária de R$ 300,00 (trezentos reais), limitada a R$ 10.000,00 (dez mil reais).

Inconformada apela a Prefeitura Municipal ré, a fls. 295/300. Insiste que a autora não está a correr qualquer risco a sua saúde, cuja infertilidade primária não poderá ser atribuída ao Poder Público, mormente em razão do fornecimento de medicamentos em conformação com a denominada reserva do possível, sem se descuidar de que o orçamento público haverá de atender inúmeras pessoas que se encontram doentes.

Recurso recebido, processado e contrariado (fls. 304/307).

Acerca do despacho de fl. 314, as partes não se manifestaram (fl. 316).

É o relatório.

A decisão recorrida merece ser reformada em parte, apenas para julgar o pedido procedente em parte, e não totalmente como constou, e, ademais, a manter a concessão do fornecimento dos medicamentos pleiteados para realização de reprodução assistida limitada a 3 (três) tentativas.

Segundo consta dos documentos juntados aos autos a autora se encontra em tratamento para infertilidade, com indicação médica para realização de "reprodução assistida", necessitando, com isso, da utilização de medicações de alto custo (Synarel, Puregon ou Gonal e Ovidrel) (fl. 11).

Acesso ao Sumário

Ainda que não se ignore a posição deste E. Tribunal de Justiça, inclusive desta relatoria, de que os cidadãos possuem plenos direitos à saúde e à vida (art. 196, da CF), cujo dever imposto ao Poder Público, em todos os seus âmbitos de forma solidária (União, Estados e Municípios), é o de prestação integral à saúde, principalmente com o objetivo de garantir a sobrevivência dos pacientes, mormente daqueles que não possuem condições econômicas para arcar com os custos de medicações, que em alguns casos são mesmo elevadíssimos.

De fato, mesmo que o atendimento à saúde dos cidadãos não possa ser relegado a segundo plano, sem admitir quaisquer subterfúgios interpretativos no sentido de que tais deveres constitucionais sejam encapsulados num conceito quase que indeterminado de "normas programáticas", de cuja aplicabilidade progressiva dependa de disponibilidade financeira do ente Público, é de se convir que, por outro lado, este campo de abstração há de ceder à efetiva concretude do texto constitucional, porém, mesmo assim, não será possível ao ente público absorver todos os desejos sociais, ainda que justos e justificáveis, mormente em situações em que a infertilidade sabidamente não gera risco imediato à vida.

Preservada a convicção dos que entendem de forma diversa o tema aqui em debate, cumpre possibilitar o fornecimento dos medicamentos pleiteados limitada a 3 (três) tentativas de reprodução assistida, não, porém, nos termos em que lançado o pedido inicial, ou seja, "por prazo indeterminado e até quando deles necessitar" (sic) (fl. 06).

E, como a infertilidade não oferece qualquer risco de vida à mulher, sem se olvidar das consequências psicológicas daí decorrentes, perfeitamente adequada a limitação de 3 (três) tentativas para realização da reprodução assistida.

Há precedentes deste E. Tribunal de Justiça neste mesmo sentido:

> APELAÇÃO - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - INFERTILIDADE PRIMÁRIA - TRATAMENTO DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA - AUSÊNCIA DE RISCO À SAÚDE OU À VIDA - IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO - SENTENÇA MANTIDA - PRECEDENTES DESTA CORTE. RECUSO DESPROVIDO. (Apel. nº 3011107-57.2013.8.26.0576, Desembargador AMORIM CANTUÁRIA, j. 07/04/2015).
>
> Obrigação de Fazer. Fornecimento de medicamentos para indução à fertilização "in vitro". Impetrante que busca medicação e exames para reprodução assistida, mas não é portadora de doença que coloque sua vida em risco, ou que obriga o Estado ao fornecimento. Sentença de improcedência. Recurso não provido. (Apelação nº 0003783-90.2013.8.26.0439, Relatora Des. ANA LIARTE, 4ª Câmara de Direito Público, j. 04/08/2014).
>
> AÇÃO ORDINÁRIA. Pretensão de tratamento de fertilização in

Acesso ao Sumário

vitro. Ausência de risco à saúde ou à vida. Improcedência do pedido. Sentença mantida. Precedentes desta Corte. Recurso não provido. (Apelação nº 0020006-92.2012.8.26.0071, Relator Des. CAMARGO PEREIRA, 3ª Câmara de Direito Público, j. 29/07/2014).

AÇÃO MOVIDA CONTRA A MUNICIPALIDADE DE PORTO FERREIRA E A FAZENDA DO ESTADO VISANDO O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NECESSÁRIOS À REPRODUÇÃO ASSISTIDA. INADMISSIBILIDADE. HIPÓTESE ONDE A SAÚDE OU A VIDA DO INTERESSADO NÃO ESTÃO EM RISCO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. RECURSO NÃO PROVIDO. (Apelação nº 0003577-16.2009.8.26.0472, Rel. Des. RICARDO FEITOSA, 4ª Câmara de Direito Público, j. 11/11/2013).

FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. FERTILIZAÇÃO "IN VITRO". Ação de Obrigação de Fazer com pedido de liminar. Pleito de medicamentos para viabilização de fertilização "in vitro". Autora que alega infertilidade feminina CID N97. Infertilidade secundária. Ausência de risco à saúde ou à vida. Improcedência do pedido. Sentença mantida. Precedentes desta Corte. Recuso improvido. (Apel. nº 0055501-35.2012.8.26.0222, Des. CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI, j. 16/12/2014).

Mandado de Segurança – Pretendido fornecimento de medicamentos para tratamento de infertilidade – Impetrante que não é portadora de nenhuma doença que a coloque em risco ou que obrigue o Estado a lhe fornecer medicamentos para tratar-se – Hipótese não abrangida pelo artigo 196 da Constituição Federal – Segurança concedida – Recursos providos. (Apel. nº 0006318-74.2009.8.26.0360, Des. FERREIRA RODRIGUES, j. 29/07/2013).

Ementa: Constitucional/Administrativo - Ação de obrigação de fazer - Fornecimento de medicamentos coadjuvantes à reprodução assistida - Autora hipossuficiente e acometida de infertilidade primária - Improcedência que se sustenta - Ausência de risco à vida ou à subsistência digna da cidadã - Garantia à saúde que não possui a elasticidade pretendida - Precedentes desta Corte - Recurso desprovido. (Apel. nº 3001635-87.2009.8.26.0506, Des. IVAN SARTORI, j. 14/09/11).

Acesso ao Sumário

Não se deve olvidar de que o caso concreto, embora seja de consequências dramáticas ao casal que almeja a procriação, não se enquadra na condição de portadora de doença grave, que esteja a correr risco iminente de vida, ou seja, daquelas situações em que o não fornecimento do medicamento de forma imediata lhe imponha verdadeiro risco de vida.

Insista-se, não se está a menosprezar a importância e relevância do

atendimento à "reprodução assistida" de casal que esteja ansioso por gerar uma prole, mas, por outro lado, está a sopesar este contexto em relação a inúmeros outros casos em que o fornecimento de medicamentos de alto custo irá implicar em risco imediato de morte, suscitando a partir desta compreensão a teoria denominada de "reserva do possível"[1], ***e, com isso, permitir o fornecimento dos medicamentos pleiteados, porém, de forma limitada.***

Desta forma, melhor será reformar a r. sentença, a fim de julgar a ação procedente em parte, contudo, manter a limitação do fornecimento dos medicamentos para realização de reprodução assistida nas 3 (três) tentativas.

Ante o exposto, dá-se provimento em parte ao recurso da Municipalidade ré.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0003731-93.2010.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ERNST & YOUNG AUDITORES INDEPENDENTES S/S, é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO.

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 20.023)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BEATRIZ BRAGA (Presidente), WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI e BURZA NETO.

São Paulo, 28 de janeiro de 2016.

BEATRIZ BRAGA, Relatora

Ementa: Ação declaratória de inexistência de relação jurídico tributária. ISSQN. A autora aduziu ser

1 É a denominada 'reserva do possível'. Pois a 'reserva do possível', no que respeita aos direitos de natureza programática, tem a ver não apenas com a possibilidade material para sua efetivação (econômica, financeira, orçamentária), mas também, e por conseqüência, com o poder de disposição de parte do Administrador, o que imbrica na discricionariedade, tanto mais que não se trata de atividade vinculada. Ao Judiciário não sabe determinar ao Poder Executivo a realização de obras, como pretende o Autor Civil, mesmo pleiteadas a título de direito constitucional do preso, pena de fazer às vezes de administrador, imiscuindo-se indevidamente em seara reservada à Administração. Falta aos Juízos, porque situados fora do processo político-administrativo, capacidade funcional de garantir a efetivação de direitos sociais prestacionais, sempre dependentes de condições de natureza econômica ou financeira que longe estão dos fundamentos jurídicos." No Recurso Extraordinário, o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, preliminarmente, alega a repercussão geral da matéria, tendo em vista a violação dos direitos fundamentais do preso e do princípio da dignidade humana. (Informativo nº 797, do STF, RE nº 592581).

Acesso ao Sumário

sociedade uniprofissional e prestadora de serviços de auditoria. Pretensão ao tratamento diferenciado previsto no artigo 9º, §3º do Decreto-lei 406/68. Indeferimento. Caráter empresarial, conforme acervo fático-probatório. Manutenção da sentença. Ratificação de seus fundamentos, nos termos do artigo 252 do Regimento Interno deste Tribunal. Nega-se provimento ao recurso.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a sentença de fls. 872/876 que julgou improcedente o pedido de declaração de inexistência de relação jurídico tributária, formulado nos autos da ação ajuizada por **Ernest & Young Auditores Independentes S/S** em face do **Município de São Paulo**. Em razão da sucumbência, a autora arcará com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios de 10% sobre o valor atualizado da causa (R$ 100.000,00 – fev./2010).

Em suas razões, a autora pleiteia a procedência do pedido declaratório; está constituída na forma de sociedade simples e assume responsabilidade pessoal, o que autoriza o cálculo do ISSQN em relação a cada profissional habilitado; cita dispositivos de lei e jurisprudência; não importa o grande porte da empresa ou a aferição de lucro; a legislação impõe à prestadora de serviços de auditoria a proibição de inclusão de outra(s) atividade(s); a perícia lhe foi favorável; o requisito de habilitação dos profissionais foi atendido; os sócios e empregados são contadores de formação; a autonomia dos auditores é preservada; tampouco o fato de haver outras sociedades sob a denominação EY no Brasil, prestando outras atividades, afeta a pessoalidade dos serviços prestados pela apelante; faz jus ao regime de tributação do art. 9º, § 3º, do DL 406/68 (fls. 883/936).

Contrarrazões (fls. 957/964).

É o relatório.

A sentença deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

Conforme estabelece o artigo 252 do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça:

"*Art. 252. Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la*."

Registre-se que a utilização do aludido dispositivo regimental é aceita pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme transcrições abaixo, e tem sido invocado frequentemente pelas Câmaras deste Tribunal de Justiça. Outrossim, consigne-se que o princípio da motivação não

Acesso ao Sumário

exige decisões extensamente fundamentadas, mas sim uma exposição suficiente das razões do convencimento do julgador. Assim, fundamentação sucinta não se confunde com ausência de motivação.

> Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REMISSÃO AO PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO RAZÃO DE DECIDIR. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. A REPERCUSSÃO GERAL NÃO DISPENSA O PREENCHIMENTO DOS DEMAIS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS. ART. 323 DO RISTF C.C. ART. 102, III, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 5º, LIV, E 93, IX, DA CF. OFENSA REFLEXA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. MOTIVAÇÃO PER RELATIONEM. LEGITIMIDADE. INVIABILIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 1. A repercussão geral pressupõe recurso admissível sob o crivo dos demais requisitos constitucionais e processuais de admissibilidade (art. 323 do RISTF). 2. Consectariamente, se o recurso é inadmissível por outro motivo, não há como se pretender seja reconhecida a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso (art. 102, III, § 3º, da CF). 3. Os princípios da legalidade, o do devido processo legal, o da ampla defesa e do contraditório, bem como a verificação dos limites da coisa julgada e da motivação das decisões judiciais quando a verificação da violação dos mesmos depende de reexame prévio de normas infraconstitucionais, revelam ofensa indireta ou reflexa à Constituição Federal, o que, por si só, não desafia a instância extraordinária. (Precedentes: AI n. 804.854, 1ª Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 18.08.10 e AI n. 756.336-AgR, 2ª Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJe de 25.10.10). 4. A utilização, pelo Poder Judiciário, da técnica da motivação per relationem, reveste-se de plena legitimidade jurídico-constitucional e se mostra compatível com o que dispõe o artigo 93, IX, da Constituição Federal. A remissão feita pelo magistrado - referindo-se, expressamente, aos fundamentos (de fato e/ou de direito) que deram suporte à anterior decisão (ou, então, a pareceres do Ministério Público ou, ainda, a informações prestadas por órgão apontado como coator) - constitui meio apto a promover a formal incorporação, ao ato decisório, da motivação a que o juiz se reportou como razão de decidir (AI n. 825.520-AgR-Ed, Relator o Ministro Celso de Mello, 2ª Turma, DJe de 12.09.11). 5. A decisão fundamentada, embora contrária à expectativa da parte, não importa em negativa de prestação jurisdicional ou em ausência de fundamentação. 6. In casu, o acórdão originariamente recorrido assentou: "EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI MUNICIPAL 178/2007 – REVOGADA PELA LEI MUNICIPAL Nº 189/2007 – PERDA DO OBJETO – JULGAMENTO PREJUDICADO – RESOLUÇÃO Nº 040/2007 – INCONSTITUCIONAL – PARCIALMENTE PROCEDENTE. - Sobrevindo a edição da Lei Municipal nº 189/2007, resta prejudicada, pela perda do objeto, a análise da constitucionalidade da Lei Municipal nº 178/2007; - A Resolução nº 040/2007 está eivada de

Acesso ao Sumário

Inconstitucionalidade formal e material por criar despesa por meio de ato diverso de lei, concernentes aos benefícios creditados de forma conjunta aos vereadores." 7. Agravo regimental a que se nega provimento. **(RE 614967 AgR/AM – Amazonas, Relator Min. Luiz Fux, Julgamento 26/02/2013)**

PROCESSO CIVIL. ACÓRDÃO PROFERIDO EM EMBARGOS DECLARATÓRIOS. RATIFICAÇÃO DA SENTENÇA. VIABILIDADE. OMISSÃO INEXISTENTE. ART. 535, II, DO CPC. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. 1. Revela-se improcedente suposta ofensa ao art. 535 do CPC quando o Tribunal de origem, ainda que não aprecie todos os argumentos expendidos pela parte recorrente, atém-se aos contornos da lide e fundamenta sua decisão em base jurídica adequada e suficiente ao desate da questão controvertida. . É predominante a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em reconhecer a viabilidade de o órgão julgador adotar ou ratificar o juízo de valor firmado na sentença, inclusive transcrevendo-o no acórdão, sem que tal medida encerre omissão ou ausência de fundamentação do decisum. 3. Recurso especial não provido. (**REsp 662.272-RS, Relator Min. João Otávio Noronha, j. 4/9/2007, DJ 27/9/2007)**

ILEGITIMIDADE AD CAUSAM – Execução fiscal – IPTU – Imóvel adquirido em hasta pública em processo da Vara do Trabalho da Comarca, com reserva de parte do produto da arrematação para pagamento do tributo municipal – Arrematante que, invocando o art. 42, § 2°, do CPC, pretende ingressar na execução para alegar prescrição do crédito tributário e nulidades processuais e em decorrência, transferir o valor reservado ao Fisco para pagamento de despesas condominiais, anteriores à arrematação, em ação de cobrança que é réu – Art. 42, § 2° do CPC – Não aplicação – Ilegitimidade do peticionário para figurar na execução – Decisão agravada mantida – Artigo 252 do RITJSP – Recurso desprovido. **(TJSP, 18ª Câmara de Direito Público, AI n° 0242715-59.2012.8.26.0000, Relator Des. Osvaldo Capraro, j. 11/4/2013, DJ 22/4/2013)**

Segundo fundamentadamente concluiu o juiz:

"Conforme o parágrafo 1° do artigo 15 da Lei nº 13.701/03, o regime especial para recolhimento do ISS será admitido quando se tratar de sociedades cujos profissionais (sócios, empregados ou não) são habilitados ao exercício da mesma atividade e prestam serviços de forma pessoal, em nome da sociedade, assumindo responsabilidade pessoal, nos termos da legislação específica.

Apesar da argumentação da Autora, não há como ser admitida a alegação de ausência de caráter empresarial. É fato notório que a Autora se reveste dos atributos inerentes a uma sociedade empresarial. A cláusula 12ª (fls. 58) do contrato social prevê a distribuição de lucros, o que evidencia o caráter empresarial da Autora. A autora esclarece perante o público que as firmas que compõem a rede global trabalham de forma integrada na prestação

Acesso ao Sumário

de serviços de Assessoria Tributária e Empresarial de Auditoria, presentes em 150 países e congregam mais de 170.000 funcionários em todo o mundo. Todas as informações sobre as empresas que compõem a rede são oferecidas de forma generalizada, ou seja, sem especificar o trabalho individual de cada empresa, muito menos de cada integrante da empresa.

Dessa forma, a Autora é uma sociedade de capital, onde o profissional é desconhecido. Os clientes de grande porte que a empresa possui não procuram a empresa em razão de determinado profissional, determinado contador por ser ele extremamente eficiente, mas sim a empresa, em razão da capacidade da empresa, de conhecimento mundial, inexistindo relação pessoal entre profissional e cliente. A constante mudança de seu quadro societário reforça o fato de que a empresa está totalmente desvinculada do nome dos seus sócios.

Não há pessoalidade nos serviços prestados. A figura do sócio é irrelevante para a contratação do serviço, visto que os clientes buscam a segurança e eficiência da empresa e não da pessoa que irá desempenhar o serviço. Assim, não se trata de trabalho personalizado e individual, o que seria indispensável para afastar o caráter empresarial. Os sócios da Autora também não respondem pelos serviços prestados visto que integram sociedade limitada, onde a responsabilidade de cada sócio está restrita ao valor de suas cotas, e a tributação fixa do ISS é admitida apenas no caso de responsabilidade pessoal do sócio.

Como alegado pela Requerida, beira ao absurdo admitir que a Autora, a despeito de apresentar uma estrutura empresarial do porte como a sua, é uma sociedade em que cada sócio poderia desenvolver individualmente o trabalho e atender, cada qual, toda a gama de clientes que possui.

Não há como equiparar a Autora, empresa de grande porte, uma das quatro maiores do mundo no setor, a um escritório de contabilidade onde prevalece a relação pessoal no desenvolvimento da atividade, sob pena de afronta ao princípio da isonomia."

De fato, por toda a prova coletada, vê-se que a autora presta serviço em caráter empresarial, o que afasta o direito à benesse da tributação fixa do ISSQN.

Pelo contrato social (fls. 54 e ss.), verifica-se que a responsabilidade pela reparação de danos causados a terceiros é da sociedade, por culpa ou dolo no exercício da atividade profissional. Os sócios responderão solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais, depois de esgotados os bens da sociedade.

Dentre as tantas provas, vale frisar também o estudo pericial que constatou que a atividade da autora reveste-se de caráter empresarial (fls. 602/723).

Em caso similar – sociedade de auditores – o Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO. MODIFICAÇÃO NAS CIRCUNSTÂNCIAS DE FATO. AUSÊNCIA DE AFRONTA À COISA JULGADA. ***ISSQN. TRATAMENTO***

Acesso ao Sumário

PRIVILEGIADO PREVISTO NO ART. 9º, §§ 1º E 3º, DO DECRETO-LEI N. 406/68. INAPLICABILIDADE ÀS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS. *SÚMULA 7/STJ. 1. Não viola o art. 535, II, do CPC o acórdão que decide de forma suficientemente fundamentada, não estando a Corte de origem obrigada a emitir juízo de valor expresso a respeito de todas as teses e dispositivos legais invocados pelas partes, sobretudo em relação àquelas afirmações que se sequer foram ventiladas nas instâncias de origem e que evidenciam verdadeira inovação recursal. 2. A coisa julgada não alcança situações em que tenha ocorrido ulterior modificação nas circunstâncias de fato, ou seja, em hipótese idêntica à dos autos em que o Tribunal a quo constatou o exercício de atividade em regime empresarial. Precedentes.* ***3. A tributação fixa do ISS, prevista no art. 9º, § 3º, do DL n. 406/1968 somente se aplica quando houver responsabilidade pessoal dos sócios e inexistir caráter empresarial na atividade realizada****. 4. A divergência instaurada entre o que se afirma no recurso especial e o que se consignou no acórdão recorrido quanto ao caráter empresarial da recorrente demandaria inadmissível incursão em seara fático-probatória, em desconsideração à orientação firmada pela Súmula 7 do STJ: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial". 5. Agravo regimental a que se nega provimento.*

(STJ, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Julgamento: 10/03/2015, T2 - SEGUNDA TURMA)

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

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000560-47.2014.8.26.0223, da Comarca de Guarujá, em que é apelante INSTITUTO NACIONAL DE SEGURO SOCIAL – INSS, é apelado CARLOS ANTONIO DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 16ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso oficial e negaram provimento à apelação do INSS. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.239)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores CYRO BONILHA (Presidente) e LUIZ DE LORENZI.

São Paulo, 26 de janeiro de 2016.
LUIZ FELIPE NOGUEIRA, Relator

Ementa: Acidentária – Males em membros superiores e coluna – Sentença que condena o INSS ao pagamento do auxílio-doença acidentário – Incapacidade laborativa total não comprovada – Benefício indevido – Decreto de improcedência.

Dou provimento ao recurso oficial para julgar o pedido improcedente. No mais, não conheço em parte do recurso do INSS e na parte conhecida, reputo-a prejudicada.

VOTO

RELATÓRIO.

Apelação do INSS contra r. sentença que condenou o INSS ao pagamento de parcelas em atraso de auxílio-doença acidentário (fls. 232/235).

A autarquia afirma que o laudo pericial atestou a possibilidade de reabilitação profissional do segurado, sendo, portanto, indevida a aposentadoria por invalidez. Contudo, caso mantida a condenação, requer a reforma da verba honorária (fls. 244/248).

Contrarrazões às fls. 252/255.

FUNDAMENTO E DECIDO.

Inicialmente, considero interposto o recurso oficial, por força do disposto no art. 475, I, do CPC, com redação dada pela Lei nº 10.352/01, bem como da Súmula 423, do C. STF.

Em seguida, verifico que, em se tratando de processo digital, não há que se exigir o recolhimento do porte de remessa e retorno, conforme o disposto no Provimento nº 2.041/2013, do E. Conselho Superior da Magistratura.

Todavia, considerando que o próprio INSS, administrativamente, concedeu a aposentadoria por invalidez, não há interesse recursal, de modo que, neste ponto, resta não conhecida a apelação do INSS.

Passo à análise do recurso oficial.

A inicial narra que o autor, em razão do exercício de suas atividades profissionais, tornou-se portador de males em membros superiores, inferiores e coluna.

Vem a juízo em busca do auxílio-doença e aposentadoria por invalidez.

Em janeiro de 2014, o juiz de primeiro grau deferiu a tutela antecipada

Acesso ao Sumário

de imediato restabelecimento de auxílio-doença (fl. 150), ordem cumprida pelo INSS em 01.03.2014 (fl. 167).

Sobreveio notícia, então, de que em 09.06.2015, a autarquia, administrativamente, concedeu ao segurado a aposentadoria por invalidez acidentária, cessando o anterior auxílio-doença (fl. 227).

A r. sentença, diante do noticiado, condenou o requerido ao pagamento de auxílio-doença pretérito desde o requerimento administrativo até a implantação judicial deste mesmo benefício, declarando inexistirem verbas em atraso no tocante à aposentadoria (fl. 234).

Primeiramente, anoto que, referente à aposentadoria por invalidez, nada há a ser decidido, pois a r. sentença transitou em julgado nesta parte.

Em relação às parcelas de auxílio-doença desde o requerimento administrativo até a implantação em razão da tutela antecipada, entendo que são indevidas.

Com efeito, não há provas de que, no referido período, o segurado apresentava total incapacidade para o trabalho que justifique a concessão do benefício.

O obreiro recebeu administrativamente o auxílio-doença de 16.07.2009 a 27.11.2013 (fl. 20), sendo certo que parte da documentação médica trazida juntamente com a INSS é referente ao período de percepção da benesse, somente confirmando o acerto do ente público na sua manutenção (fls. 20/36).

Em seguida, há relatórios médicos de dezembro de 2013, (fls. 37/39), todavia, tratam-se de documentos particulares, unilaterais, incapazes de comprovar, por si, a alegada incapacidade laborativa,

Certo é que, tratando-se de doença ortopédica, natural a alternância entre períodos de tratamento e melhora até que, consolidados os males, o INSS conceda a alta definitiva ou o benefício adequado, como no caso em comento, em que houve o deferimento da aposentadoria por invalidez.

Em suma, inexistem provas no sentido de que, no período entre a cessação administrativa do auxílio-doença e sua reativação judicial, o segurado esteve totalmente incapaz para o labor, sendo, portanto, indevido o benefício neste interregno.

Anoto que o laudo pericial atestou a incapacidade somente parcial, tendo descaracterizado o nexo de causalidade (fls. 198/199), ou seja, nem mesmo indícios probatórios existiam quanto aos requisitos do auxílio-doença.

Assim, limitando-se a análise recursal à concessão do auxílio-doença durante o período estabelecido na r. sentença e não comprovados os respectivos requisitos legais, de rigor seja dado provimento ao recurso oficial e à apelação do INSS para julgar o pedido improcedente.

Acesso ao Sumário

O autor está isento dos encargos da sucumbência, conforme art. 129, parágrafo único, da Lei nº 8.213/91.

Observo que, em relação às parcelas de auxílio-doença recebidas por força de tutela antecipada, por se tratar de decisão judicial e considerando a boa fé do segurado, indevida a restituição ou compensação de seus valores.

Por fim, anoto que a parte conhecida do apelo do INSS (reforma da verba honorária) resta prejudicada ante o resultado do julgamento.

POSTO ISTO, pelo meu voto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso oficial para julgar o pedido improcedente. No mais, **NÃO CONHEÇO** em parte da apelação do INSS e, na parte conhecida, declaro sua análise prejudicada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0214190-29.2010.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR DE SÃO PAULO – PROCON, é apelado VIA VAREJO S/A.

ACORDAM, em 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.509)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BEATRIZ BRAGA (Presidente) e WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI.

São Paulo, 28 de janeiro de 2016.

ROBERTO MARTINS DE SOUZA, Relator

Ementa: Apelação – Embargos à execução fiscal – PROCON – Multa – Anúncios de venda de produtos com valores à vista e a prazo grafados com dimensões distintas – Situação que pode induzir o consumidor a erro – Violação do princípio que reconhece a vulnerabilidade do consumidor (art. 4º, Lei n.º 8.078/90 - CDC) – Direito essencial do consumidor à informação inteligível de pronto (art. 6º, CDC) – Infração aos arts. 9º, inc. I, do Decreto n.º 5.903/06 c.c art. 1º, da lei n.º 12.733/07 e arts. 31, 56, inc. I e 57 do CDC caracterizada – Sentença reformada.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelação interposta pela **Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor de São Paulo – PROCON** da r. sentença de fls. 168/170, que acolheu embargos à execução opostos por **Via Varejo S/A (atual denominação de Globex Utilidades S/A)** e extinguiu o processo de execução movido pela apelante cobrando multa por infração ao art. 9º, inc. I, do Decreto n.º 5.903/06 c.c art. 1º, da Lei n.º 12.733/07 e arts. 31, 56, inc. I e 57 da Lei n.º 8078/90 (Código de Defesa do Consumidor), em razão da exposição à venda ao público de produtos cujo valor de preço à vista não estavam identificados na mesma dimensão das informações relativas à quantidade e valor das parcelas, bem como taxa de juros. Condenou a apelante ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios no importe de R$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais).

Em suas razões recursais, pugna a recorrente pela reforma da sentença. Aduz, em síntese, que houve claro descumprimento ao disposto no inciso I do art. 9º, do Decreto n.º 5.903/96, c.c art. 1º da Lei estadual n.º 12.733/07, infringindo, assim, o determinado no artigo 31, da Lei n.º 8.078/90, pois as letras dos anúncios de venda de produtos da apelada não apresentavam letras uniformes para informar o preço à vista e o parcelado, bem como os juros. Alega que nada há de inconstitucional nas legislações citadas, pois o Decreto n.º 5.903/09 apenas regulamentou a Lei n.º 10.962/2004 e o procedimento administrativo demonstra a magnitude dos caracteres utilizados para informar os valores.

Recurso recebido (fls. 105) e processado, sem apresentação de contrarrazões (cf. certidão de fls. 107).

É o relatório.

O recurso merece provimento.

Trata-se de execução ajuizada pela **Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor de São Paulo – PROCON** contra **Globex Utilidades S/A**, em razão de auto de infração (fls. 103) lavrado por expor à venda produtos cuja informação de preço à vista, quantidade e valor das parcelas, bem como taxa de juro, não estavam identificadas na mesma dimensão, descumprindo o inciso I, do art. 9º, do Decreto 5.903/06, cc. art. 1º, da Lei n.º 12.733/07 9.

Os artigos infringidos são de extrema clareza ao disporem sobre a forma de apresentação da oferta dos produtos.

Primeiramente, o Código de Defesa do Consumidor-Lei n.º 8.078/90, assim dispõe em seu art. 31:

"Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade,

Acesso ao Sumário

composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores."

A Lei federal n.º 10.962/2004 dispõe sobre normas gerais a respeito da oferta e as formas de afixação de preços de produtos e serviços para o consumidor e foi regulamentada pelo Decreto n.º 5.903/06 que, em seu art. 9º, inc. I, assim estabeleceu:

"Art. 9º - Configuram infrações ao direito básico do consumidor à informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, sujeitando o infrator às penalidades previstas na Lei n.º 8.078/90, às seguintes condutas:

I – utilizar letras cujos tamanho não seja uniforme ou dificulte a percepção da informação considerada a distância normal de visualização do consumidor."

De igual forma, a Lei estadual n.º 12.733/07, também regulou o assunto, como se observa de seu art. 1º, *in verbis*:

"Art. 1º Ficam as lojas, restaurantes, supermercados e outros estabelecimentos comerciais obrigados a identificar na mesma dimensão: os preços à vista, a quantidade e os valores das parcelas, e os juros dos produtos comercializados".

Assim, resta claro que os anúncios de venda de produtos deve ter a fonte das letras com as mesmas dimensões, a fim de proporcionar uma leitura inteligível e exata das condições de compra da mercadoria.

Contudo, a cópia dos cartazes anexados ao procedimento administrativo (fls. 107/108) relativo ao auto de infração n.º 0150 D7 dão conta de que a apelada não cumpria tais normas, pois o preço das parcelas estava colocado em letras garrafais, enquanto que o total a prazo, juntamente com os juros, com letras muito pequenas e, por fim, o total à vista com letra em tamanho mediano.

Referida técnica não está de acordo com os ditames do Código de Defesa do Consumidor, que prevê, dentre os princípios elencados em ser art. 4º, o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo (inc. I) e a educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo (inc. IV).

Ademais, o art. 6º, do CDC dispõe em sei inciso III, que são direitos básicos do consumidor, dentre outros:

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

Dessa forma, a maneira como a apelada informa aos consumidores sobre

Acesso ao Sumário

o preço e a forma de pagamento de seus produtos não é o bastante, pois não é possível identificar de pronto que o valor do total à prazo é diferente do total à vista, em razão justamente da diferença de dimensão da fonte das letras.

A análise do anúncio demonstra que dele saltam aos olhos duas informações relevantes: valor das parcelas e o valor do total à vista, situação esta que, em muitas vezes, induz a erro o consumidor menos cauteloso, pois não se dá conta de que, na verdade, o valor do produto parcelado é maior do que o total à vista, este colocado em tamanho muito maior que o total à prazo, o qual foi descriminado juntamente com os juros aplicados em letras extremamente reduzidas no anúncio.

Portanto, merece reparo a r. sentença, pois o fato de estar explícita a condição de venda não é suficiente, devendo estar explícita na forma estabelecida pela lei a qual preza pela clareza da informação prestada ao consumidor.

Nesse sentido, vale mencionar a seguinte decisão proferida por este C. Tribunal em caso análogo:

> **"APELAÇÃO - EMBARGOS À EXECUÇÃO - MULTA PROCON - DIREITO DO CONSUMIDOR - AUTO DE INFRAÇÃO COM IMPOSIÇÃO DE MULTA LAVRADO EM RAZÃO DA EXPOSIÇÃO DE PRODUTO COM VALORES À VISTA E À PRAZO GRAFADOS EM DIMENSÕES DIFERENTES - PRÁTICA ABUSIVA INFRAÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 31, DO CDC, POR VIOLAÇÃO À AMPLA INFORMAÇÃO - MULTA ADEQUADAMENTE ARBITRADA, DENTRO DA LEGALIDADE E DOS PRÍNCIPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE, R$ 2.053,33 À ÉPOCA DA SUA CONSTITUIÇÃO - SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO."** (Apelação n.º 0159910-11.2010.8.26.0100, Des. Amorim Cantuária, j. 3/03/2015, v.u.)

Ante o exposto, **dá-se provimento ao recurso** para manter o auto de infração n.º 0150 – D7 e determinar o prosseguimento da execução fiscal, invertidos os ônus sucumbenciais.

Acesso ao Sumário

Apelações/Reexames Necessários

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 1003071-09.2015.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes REITOR DA UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA JULIO DE

MESQUISTA FILHO – UNESP e JUÍZO *EX OFFICIO*, são apelados PAULO CESAR VERÍSSIMO ROMÃO (JUSTIÇA GRATUITA), ALEXANDRE WENER SIMAS BRITO (JUSTIÇA GRATUITA), GABRIELE GIMENES PEREIRA (JUSTIÇA GRATUITA), HUGO FAGUNDES DE MORAES, (JUSTIÇA GRATUITA), MARCOS MIGUEL REZENDE (JUSTIÇA GRATUITA) e PAMELA MERLON MARSON (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, com solução extensiva ao reexame e rejeição das preliminares. Sustentou oralmente o Dr. Geraldo Majela Pessoa Tardelli. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.484)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MARIA OLÍVIA ALVES (Presidente sem voto), SIDNEY ROMANO DOS REIS e REINALDO MILUZZI.

São Paulo, 14 de dezembro de 2015.

LEME DE CAMPOS, Relator

Ementa: ILEGITIMIDADE PASSIVA – Inocorrência – O Reitor da Universidade, na qualidade de representante máximo da instituição, deve responder pelos atos dela emanados, tendo sido o responsável pela aplicação da sanção. Preliminar afastada.

DECADÊNCIA – O termo "a quo" para ajuizamento do *writ* dá-se com a concretização do prejuízo, o que, no caso, somente ocorreu após o exaurimento do procedimento administrativo. Rejeição da tese prejudicial.

Mandado de Segurança – Alunos da UNESP – Ocupação da reitoria – Pena disciplinar de suspensão pelo período de 60 (sessenta) dias – Inobservância do devido processo legal – Violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa – Falta de individualização das condutas sancionadas – Precedentes – Segurança concedida – Recurso voluntário e reexame necessário improvidos.

VOTO

Cuida-se de mandado de segurança impetrado por PAULO CESAR VERÍSSIMO ROMÃO E OUTROS, contra ato do REITOR DA

Acesso ao Sumário

UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA JULIO DE MESQUISTA FILHO – UNESP, consistente na aplicação de pena disciplinar de suspensão pelo período de 60 (sessenta) dias.

A r. sentença de fls. 588/594, cujo relatório ora se adota, concedeu a ordem, determinando a anulação da sanção aplicada pela Administração em face da nulidade do procedimento administrativo (cerceamento de defesa). Sem honorários advocatícios.

Além do reexame necessário, apela a UNESP (fls. 601/646). Invoca, preliminarmente, a ilegitimidade passiva do Reitor, não havendo hipótese de encampação. Aduz, quanto ao prazo decadencial, que este passa a fluir a partir de cada ato atacado e não da punição aplicada, de modo que a análise do mérito, no caso, mostra-se prejudicada. Indica, no mais, que o processo administrativo respeitou a plenitude do direito de defesa dos apelados, devendo ter sua validade reconhecida.

Contrarrazões às fls. 649/688.

Parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça (fls. 710/713).

Feito remetido diretamente à Mesa, tendo em vista o disposto no art. 20, §§ 1º e 2º, da Lei nº 12.016/09.

É o relatório.

Ab initio, afasto a preliminar de ilegitimidade passiva.

Com efeito, embora o procedimento disciplinar tenha sido conduzido pelo Conselho Universitário (representado pela vice-reitoria que presidiu a sessão), o Reitor da Universidade, na qualidade de representante máximo da instituição, deve responder pelos atos dela emanados.

Até porque, no caso, foi o responsável pelo acolhimento do parecer elaborado pela Comissão Sindicante, tendo determinado a aplicação da sanção ora questionada.

E, nos termos do § 3º do art. 6º da Lei nº 12.016/2009: "*Considera-se autoridade coatora* ***aquela que tenha praticado o ato impugnado*** *ou da qual emane a ordem para a sua prática*" (grifos nossos).

Acesso ao Sumário

Por pertinente:

"[...] Também se considera autoridade coautora ***aquela que encampa e defende o ato*** *praticado por autoridade hierarquicamente inferior, ainda que desta seja a competência para a sua prática [...]"* (Theotonio Negrão – Código de Processo Civil e legislação processual em vigor – pg. 1.809/1.810, nota 4a, 45ª edição, Editora Saraiva – grifos originais).

Assim, subsiste pertinência subjetiva do impetrado para figurar no polo passivo da demanda.

Passa-se ao mérito.

Os impetrantes, na qualidade de estudantes da UNESP, participaram de manifestação política, que culminou na ocupação da reitoria da Universidade. Por conta disso, foi-lhes aplicada penalidade de suspensão pelo prazo de 60 (sessenta dias) dias, sendo este o ato contra o qual se insurgem.

Aduzem, em síntese, que o processo administrativo que deu ensejo à aplicação da referida sanção é nulo, pelos seguintes motivos: (i) impedimento de prestar depoimento mediante oitiva de interrogatório pessoal; (ii) negativa em relação à oitiva das testemunhas de defesa; (iii) falta de motivação na decisão e alusão genérica ao relatório da comissão sindicantes, com ausência de individualização de condutas; (iv) desproporcionalidade da pena aplicada, a qual gera reprovação automática dos alunos e perda de bolsas de natureza alimentar.

Pois bem.

De plano, consigno que não ocorreu a decadência.

Isso porque o prazo: *"[...] do direito de agir na ação mandamental começa a fluir a partir do momento em que o ato malsinado se torna eficaz, com a devida ciência daqueles por ele atingidos*" (RSTJ 147/55: 1ª Seção, MS 5.109).

Em outras palavras, o termo "a quo" para ajuizamento do *writ* dá-se com a concretização do prejuízo, o que, no caso, somente ocorreu após o exaurimento do procedimento administrativo.

Desta feita, a tese prejudicial não merece prosperar.

O processo administrativo em apreço revela, de fato, diversas irregularidades, não havendo alternativa senão reconhecer a nulidade da sanção aplicada aos estudantes.

A negativa de ouvir as testemunhas de defesa, somada ao fato de que os alunos envolvidos não tiveram a oportunidade de prestar depoimento pessoal quanto aos fatos investigados, indicam verdadeiro prejuízo ao devido processo legal, princípio aplicável também aos expedientes de índole administrativa.

Veja-se que a tomada dos relatos pela via escrita (fls. 170/207) não supre referidas vicissitudes, na medida em que, em tema de punição disciplinar, a garantia do contraditório e da ampla defesa deve ser observada em nível absoluto, notadamente para infirmar eventual natureza inquisitória da investigação.

Como bem observado pelo magistrado singular:

"[...] no caso, restou evidente que a Administração, talvez no afã de impor sanção aos representados, acabou por desviar sua conduta para a ilegalidade, quando, por exemplo, não permitiu aos representados que fossem ouvidos pessoalmente e não permitiu a oitiva de suas testemunhas.

Embora a Administração alegue que os Impetrantes não demonstraram o

Acesso ao Sumário

prejuízo, na verdade, seria a Administração quem deveria, primeiro, demonstrar que a oitiva dos representados por meio de Carta Precatória seria necessária, em especial em face de solicitação dos representados para que fossem ouvidos pessoalmente.

Também seria a Administração que deveria, por meio de decisão fundamentada, demonstrar a desnecessidade da oitiva das testemunhas arroladas pelos representados. Ora, um dos fatos apontados contra os representados seria que teriam causado danos ao prédio da instituição, de modo que a oitiva de testemunha seria fundamental para comprovar o envolvimento, ou não, dos mesmos na depredação do patrimônio.

O Estado, em tema de punições disciplinares ou de restrição a direitos, qualquer que seja o destinatário de tais medidas, não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva ou arbitrária, desconsiderando, no exercício de sua atividade, o postulado da plenitude de defesa, pois o reconhecimento da legitimidade ético-jurídica de qualquer medida estatal – que importe em punição disciplinar ou em limitação de direitos – exige, ainda que se cuide de procedimento meramente administrativo (CF, art. 5º, LV), a fiel observância do princípio do devido processo legal. [...]" (fls. 592/593 - sic).

Nesse mesmo sentido, já decidiu este Eg. Tribunal de Justiça:

"CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA – INSTITUIÇÃO DE ENSINO – DESLIGAMENTO DE ALUNO – SANÇÃO DISCIPLINAR – PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO – OFENSA AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA. A Constituição Federal consagra a plenitude do direito de defesa ao estabelecer que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV). Aplicação de penalidade por instituição de ensino particular. Ofensa ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa caracterizada. Sentença reformada. Segurança concedida. Recurso provido." (Ap. nº 9145674-46.2006.8.26.0000, Rel. Des. DÉCIO NOTARANGELI, j. de 13.06.2012).

E, como se não bastasse, é evidente o caráter genérico da imputação administrativa, sem se olvidar da falta de individualização das condutas sancionadas, o que, em último grau, revela carência de fundamentação.

Conforme se afere do relatório de fls. 251/276 – que foi acolhido pela decisão de fls. 277/279 – não houve nenhuma exposição detalhada a respeito da responsabilidade de cada um dos discentes.

Os alunos receberam a mesma penalidade indistintamente e sem qualquer especificação, o que está a sugerir a violação aos preceitos mencionados acima.

Veja-se que esse mesmo entendimento foi assentado por esta Corte em

caso relativo à própria UNESP:

"*AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. UNESP. NULIDADE DA DECISÃO ADMINISTRATIVA que determinou a suspensão dos agravantes, alunos da instituição, pelo prazo de sessenta dias, em virtude da ocupação da reitoria. Liminar indeferida. Reforma. Ausência de interesse de agir. Inocorrência. Aluna que mantém vínculo com a instituição. Legitimidade passiva da autoridade coatora que proferiu a decisão administrativa. Decurso do prazo da suspensão que não afasta o perigo de dano, ante as consequências dela decorrentes. Preliminares afastadas. Ausência de qualificação dos agravantes no BO que instruiu a sindicância.* ***Ausência de individualização das condutas e das penas aplicadas aos sindicados****. Inexistência de prejuízo à universidade em aguardar a apuração judicial acerca da regularidade do processo administrativo. Plausibilidade do direito invocado. Periculum in mora. Liminar indeferida pelo juízo a quo. Decisão reformada. Agravo de instrumento provido*." (AI nº 2028391-09.2015.8.26.0000, Rel. Des. MARCELO SEMER, j. de 13.04.2015 – grifos nossos).

E, como se não bastasse, os mesmos fatos foram analisados pela 9ª Câmara de Direito Público (julgamento da Ap. nº 1003183-75.2015.8.26.0053 - vide acórdãos juntados às fls. 689/706), momento em que também se perfilhou da nulidade do processo administrativo, conforme fundamentos esposados acima.

Naquele voto, aliás, considerou-se que *"[...] Sem embargo da efetiva análise de todos os argumentos relevantes ventilados na petição inicial e na apelação, registro que o acolhimento de apenas um deles é suficiente para reconhecer a nulidade da decisão administrativa. Assim, considerando que houve o reconhecimento da ausência de individualização de condutas e a aplicação da sanção de forma genérica a todos os alunos envolvidos, não há necessidade de enfrentar todas as alegações feitas pelo apelante. [...]*" (fl. 705).

Ou seja, não é preciso enumerar uma a uma as diversas ilicitudes cometidas no curso do processo administrativo, sendo certo que as razões consignadas alhures já se prestam ao reconhecimento da nulidade do certame.

Logo, 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.

Isto posto, repelidas as prejudiciais, nega-se provimento ao recurso voluntário e ao reexame necessário.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário

nº 1005720-50.2014.8.26.0127, da Comarca de Carapicuíba, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE CARAPICUÍBA e Recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, é apelado ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA IGREJA DE JESUS CRISTO DOS SANTOS DOS ÚLTIMOS DIAS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Não Conheceram dos recursos. V.U., de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.073)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente), FERMINO MAGNANI FILHO e FRANCISCO BIANCO.

São Paulo, 10 de janeiro de 2016.

MARIA LAURA TAVARES, Relatora

Ementa: Apelação Cível – Inexistência de Relação Jurídico-Tributária – ITBI – Imunidade – Templo de qualquer culto – Competência da 14ª, 15ª ou 18ª Câmaras de Direito Público, nos termos do art. 3º, inciso II, da Resolução 623/2013 – Precedentes – Não conhecimento dos recursos.

VOTO

Trata-se de ação Ordinária ajuizada por ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA IGREJA DE JESUS CRISTO DOS SANTOS DOS ÚLTIMOS DIAS em face da MUNICIPALIDADE DE CARAPICUÍBA, visando o reconhecimento da inexistência de relação jurídico-tributária entre as partes e a condenação da ré à restituição do valor de R$ 61.250,00, nos termos do art. 165, inciso I, do Código Tributário Nacional, em razão de gozar da imunidade prevista no art. 150, inciso VI, alínea *b*, da Constituição Federal. Alega que adquiriu dois imóveis localizados na Cidade e Comarca de Carapicuíba; que se submeteu ao recolhimento do ITBI para promover a Escritura Pública de compra e venda dos referidos imóveis; e que, por se tratar de entidade religiosa, está amparada pela imunidade estabelecida no art. 150, inciso VI, alínea *b*, da Constituição Federal, também prevista no art. 9º, inciso IV, alínea *b* do Código Tributário Nacional.

A r. sentença de fls. 79/83, cujo relatório é adotado, julgou procedente o pedido para reconhecer a imunidade da autora em relação a imposto de transmissão *inter vivos* (ITBI), incidente sobre os imóveis declinados na inicial, assim como para condenar a ré a restituir o valor recebido (R$ 61.250,00), desembolsado em 09.05.2012, com correção monetária desde a data do desembolso e com juros de mora e correção monetária a contar do trânsito

Acesso ao Sumário

em julgado da sentença, consoante Súmula nº 188 do C. STJ, em percentual equivalente àquele utilizado para fins de remuneração da caderneta de poupança nos termos da Lei 11.960/09, em vigência já quando da propositura da ação. Determinou a expedição de requisitório de pequeno valor, nos termos do art. 100, § 3º da Constituição Federal, após o trânsito em julgado.

Em razão da sucumbência, condenou a ré ao pagamento das custas e despesas processuais, observada a sua isenção, além de honorários advocatícios arbitrados em R$ 1.000,00, com a mesma incidência de correção monetária e juros na forma acima especificada, com fundamento no art. 20, §§ 3º e 4º c.c. 21, ambos do Código de Processo Civil.

A Magistrada de primeira instância rejeitou o recurso de apelação peticionado fisicamente, por não ter ocorrido indisponibilidade do sistema ou impossibilidade técnica por parte do Tribunal de Justiça (fls. 86).

A Municipalidade de Carapicuíba interpôs recurso de apelação a fls. 88/98 alegando, em síntese, que o recurso de apelação foi protocolado por meio físico tempestivamente; que a informatização do judiciário se deu de forma rápida e confusa; que nem mesmo o setor de protocolo soube indicar que o recurso deveria ser protocolizado digitalmente; e que para particularidades de certos casos, deve prevalecer a instrumentalidade das formas, sobretudo quando não se trata de mera manifestação, mas de peça que garante o acesso ao segundo grau de jurisdição.

Aduz que o pedido inicial é a desconstituição do crédito tributário municipal, mas a causa de pedir não é reconhecer a inexistência de relação jurídico-tributária; que a demanda declaratória pressupõe um crédito fiscal não constituído; que após a sua constituição caberá demanda anulatória; e que inexistiu a utilização da via adequada, por não ser possível a desconstituição do ato constitutivo mediante ação meramente declaratória.

Afirma que a imunidade tributária em relação aos impostos incidentes sobre os templos de qualquer culto se restringe aos casos em que o patrimônio, a renda e os serviços das entidades religiosas estejam relacionadas com as finalidades essenciais por ela desenvolvidas; que há julgados do STF condicionando a concessão da imunidade à comprovação de que os imóveis se relacionam com a finalidade e funcionamento da entidade religiosa; e que a apelada não atende aos requisitos previstos no art. 150, VI, ‘b, § 4º da Constituição Federal, já que o imóvel tributado em por finalidade essencial a administração do programas da igreja no Brasil.

Sustenta que o imóvel sobre o qual a autoridade fazendária fez incidir o ITBI não é templo religioso destinado ao exercício da atividade fim da igreja, tampouco vinculado às atividades essencialmente religiosas; e que tal prova era imprescindível para o reconhecimento da imunidade perseguida, razão pela qual

Acesso ao Sumário

deve ser reformada a sentença para julgar improcedente a ação, invertendo-se os ônus da sucumbência.

A decisão de fls. 101/102 determinou a remessa dos autos ao E. TJSP para o reexame necessário, cabendo ao Juízo *ad quem* recepciona-lo ou não, ao exercer o juízo de admissibilidade dos recursos que lhe são dirigidos, posto que se trata de matéria de ordem pública (tempestividade).

Não houve contrarrazões.

É o relatório.

O presente recurso não pode ser conhecido por esta Colenda 5ª Câmara de Direito Público.

E isto porque a matéria em discussão está relacionada ao *Imposto de Transmissão Inter Vivos* (ITBI), ou seja, tributo municipal.

O artigo 3º, inciso II, da Resolução nº 623/2013 deste E. Tribunal de Justiça dispõe que a 14ª, 15ª ou 18ª Câmaras de Direito Público, têm competência preferencial para as ações relativas a tributos municipais e execuções fiscais municipais, tributárias ou não:

> ***Art. 3º. A Seção de Direito Público, formada por 8 (oito) Grupos, numerados ordinalmente, cada um deles integrado por 2 (duas) Câmaras, salvo o 1º Grupo, que é integrado pelas três primeiras Câmaras, e o 7º Grupo, que é integrado pelas Câmaras 14ª, 15ª e 18ª, é constituída por 18 (dezoito) Câmaras, também numeradas ordinalmente, assim distribuídas:***
>
> ***(...)***
>
> ***II - 14ª, 15ª e 18ª Câmaras, com competência preferencial para as ações relativas a tributos municipais e execuções fiscais municipais, tributárias ou não.***

Assim, não há como ser conhecido o recurso por esta Câmara, diante da competência da 14ª, 15ª ou 18ª Câmaras de Direito Público, para apreciar matérias relacionadas a tributos municipais.

Em casos semelhantes, assim decidiu este E. Tribunal de Justiça:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DECLARATÓRIA DE DÉBITO FISCAL – ITBI – Pretensão inicial da empresa-contribuinte voltada ao reconhecimento de suposta inexigibilidade de crédito tributário, referente ao ITBI exigido pela MUNICIPALIDADE em operação de incorporação societária – competência recursal preferencial das 14ª, 15ª e 18ª Câmaras da Seção de Direito Público para o julgamento de ações relativas a tributos municipais, segundo a inteligência do art. 3º, inciso II, da Resolução nº 623/2013 – é inderrogável a competência em razão da matéria (ratione materiae) – precedentes da Turma Especial

Acesso ao Sumário

da Seção de Direito Público do TJSP. Recurso não conhecido. **(Agravo de Instrumento nº 2066189-04.2015.8.26.0000 - 4ª Câmara de Direito Público – Rel. Des. PAULO BARCELLOS GATTI – j. 11.05.2015)**

APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – ITBI – Imposto de Transmissão de Bens Imóveis – Discussão relativa a sua base de cálculo – Art. 3º, inciso II, da Resolução nº 623/2013 desta E. Corte que atribui competência preferencial para as ações relativas a tributos municipais e execuções fiscais municipais, tributárias ou não, às C. 14ª, 15ª e 18ª Câmaras da Seção de Direito Público – Precedentes – Recurso não conhecido, com determinação de redistribuição. **(Apelação/ Reexame Necessário nº 1040366-17.2014.8.26.0053 – 8ª Câmara de Direito Público – Rel. Des. CRISTINA COTROFE – j. 04.05.2015)**

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – ITBI – Questões relativas a tributos municipais, ainda que não inscritos na dívida ativa, são de competência preferencial das Câmaras Especializadas – Resolução nº 194/2004, com redação dada pela Resolução 471/2008 desta Corte – Conflito procedente para declarar competente a 15ª Câmara de Direito Público, ora suscitada. **(Conflito de Competência nº 0261080-64.2012.8.26.0000 – Rel. Des. MOREIRA DE CARVALHO – j. 22.02.2013)**

CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Ação de repetição de indébito – ITBI – Tributo municipal não inscrito na dívida ativa – Declinação da competência da 15ª Câmara de Direito Público – Dúvida de competência suscitada pela 12ª Câmara de Direito Público – Cuidando-se de matéria referente a tributo municipal, apto a consubstanciar dívida ativa, irrelevante o fato do crédito ainda não ter sido inscrito – Competência preferencial de uma das Câmaras Especializadas – Inteligência do art. 2º, II, 'b', da Resolução n° 194/2004 (com a redação dada pela Resolução n° 471/2008), bem como do Assento Regimental n° 382/2008, desta Colenda Corte – Declarada a competência da 15ª Câmara de Direito Público, por distribuição originária. **(Conflito de Competência nº 0020826-67.2011.8.26.0000 – Rel. Des. OSVALDO DE OLIVEIRA – j. 25.03.2011)**

Pelo exposto, pelo meu voto, não conheço do recurso e determino a remessa dos autos à 14ª, 15ª ou 18ª Câmaras de Direito Público, para distribuição.

Eventuais recursos que sejam apresentados deste julgado estarão sujeitos a julgamento virtual. No caso de discordância esta deverá ser apresentada no momento da apresentação dos mesmos.

Acesso ao Sumário

Embargos de Declaração

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 0177412-74.2007.8.26.0000/50005, da Comarca de São Paulo, em que é embargante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é embargado FLEURY S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Conheceram e rejeitaram os embargos. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.229)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALIENDE RIBEIRO (Presidente) e DANILO PANIZZA.

São Paulo, 12 de fevereiro de 2016.

LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ, Relator

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – Alegação da existência de contradição no julgado – Não reconhecimento – Ausência dos requisitos do art. 535 do C.P.C. – Embargos conhecidos e rejeitados.

VOTO

Fazenda do Estado de São Paulo ingressou com embargos de declaração relativos ao acórdão de fls. 478/480 que, procedendo a adequação do julgamento anterior (fls. 163/167), ao entendimento consolidado pelo STF no julgamento do recurso representativo da controvérsia (RExtr. nº 439.796-PR – fls. 461/462), deu provimento ao recurso de apelação interposto pela ora embargada contra a sentença de fls. 129/132, para reconhecer a impossibilidade de cobrança de ICMS com base em lei estadual editada antes da LC nº 114/02.

A recorrente aponta contradição no julgado, sustentando que a situação do Estado de São Paulo é diferente da dos Estados do Rio Grande do Sul e do Paraná, uma vez que nestas unidades da federação as leis respectivas foram promulgadas anteriormente à própria Emenda Constitucional nº 33/01, ressaltando que a lei paulista não extrai seu fundamento de validade na Lei Complementar, porquanto "*esta última não se presta à instituição de hipótese de incidência de tributo, mas se destina a editar normas gerais para disciplinar conflitos de competência e/ou limitações do poder de tributar, nos termos do*

Acesso ao Sumário

art. 146, inciso III, da Constituição Federal" (fls. 485). Argumenta, ainda, que o Estado de São Paulo detinha competência plena para editar lei que "institui" o ICMS na hipótese de importação, na ausência de Lei Complementar e que a EC 33/01 não cria nova hipótese de incidência tributária, sendo, no máximo, norma de conteúdo interpretativo que põe fim a conflitos anteriormente estabelecidos (fls. 483/486).

Embargos interpostos no prazo legal.

É o relatório.

Conheço dos embargos e nego-lhes provimento.

O que a embargante aponta como contradição diz respeito, na verdade, à discordância diante do posicionamento desta Turma Julgadora, que adotou entendimento do STF no tocante ao mérito da questão debatida, buscando solução diversa do que restou decidido no acórdão.

A despeito dos argumentos apresentados pela recorrente, o acórdão consignou textualmente que "*No julgamento de mérito do recurso representativo da controvérsia (RExtr. nº 439.796-PR – fls. 204/206), o Pretório Excelso reconheceu a validade das alterações promovidas pela EC nº 33/01, entretanto, concluiu que* ***o tributo só pode ser exigido por força de legislação estadual superveniente à edição da Lei Complementar – LC nº 114/02***" (grifos originais) (fls. 479) e que "*a própria Fazenda do Estado de São Paulo insiste que o tributo é devido* ***por força das alterações promovidas pela LE nº 11.001/01*** *(em especial fls. 101),* ***norma editada antes da LC nº 114/02****",* para concluir que *"na hipótese, como afirmado pelo STF,* ***é incabível a cobrança do ICMS com base em lei editada antes da LC nº 114/02***." (grifos originais) (fls. 480), de modo que ausente a apontada contradição no julgado.

A embargante não concorda com a conclusão alcançada, todavia, divergência em relação à motivação ou quanto ao resultado do julgamento não caracteriza omissão, contradição, obscuridade ou erro, a autorizar a interposição de embargos de declaração.

Uma vez que o julgado explicitou os motivos que geraram o convencimento do órgão julgador, pautando sua decisão por entendimento consolidado nos Tribunais Superiores com relação à questão discutida na presente demanda, inexistindo, portanto, qualquer contradição, conclui-se que a pretensão da FESP é rediscutir a forma de aplicação do direito por este Tribunal, objetivando a alteração do resultado do julgamento, não sendo esta, entretanto, a via adequada para o pleito.

Por conseguinte, ausentes os requisitos do art. 535 do C.P.C., o recurso, não pode ser acolhido, posto que eventual inconformismo com a aplicação do direito deve ser objeto de impugnação por meio de recurso a ser interposto à Superior Instância.

Acesso ao Sumário

Para efeito de prequestionamento anoto que não houve violação ou negativa de vigência a qualquer dispositivo de Lei ou da Constituição Federal.

Ante o exposto, julgo os embargos improcedentes.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 2004795-59.2016.8.26.0000/50000, da Comarca de São Carlos, em que é embargante GUSTAVO CARVALHO DA SILVA (E OUTROS(AS)), são embargados UNIVERSIDADE ESTADUAL DE SÃO PAULO (USP) – INSTITUTO DE QUÍMICA DE SÃO CARLOS e 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: "Rejeitaram os embargos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.782)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALIENDE RIBEIRO (Presidente) e VICENTE DE ABREU AMADEI.

São Paulo, 15 de fevereiro de 2016.

RUBENS RIHL, Relator

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – Necessária observância dos limites traçados pelo artigo 535 do CPC – Erro material, que não interfere na decisão do julgado, corrigido – Inexistência, no particular, de qualquer omissão, contradição ou obscuridade a autorizar o manejo do recurso – Rediscussão da matéria – Impossibilidade – Matéria devidamente apreciada – Embargos rejeitados.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de embargos de declaração opostos por GUSTAVO CARVALHO DA SILVA ao despacho de fls. 390/392, o qual indeferiu o pedido de antecipação da tutela recursal.

Sustenta o embargante, em breve síntese, que o despacho embargado restou contraditório, visto que afirma a inexistência de prescrição médica, no entanto, há prescrição à fl. 131.

É o breve relatório.

Inicialmente, faz-se necessária a correção do erro material apontado pelos autores. Assim, onde consta:

"*Não consta nos autos prescrição médica indicando o uso de tal substância*".

Deverá passar a constar:

"*Não consta nos autos prescrição médica indicando o uso de tal substância para todos os agravantes*".

Sanado o referido erro material, é importante destacar que a alteração do despacho nesse ponto em nada modifica a conclusão que impõe o indeferimento da antecipação da tutela recursal.

Admitem-se embargos de declaração apenas nas hipóteses elencadas no artigo 535, incisos I e II, do Código de Processo Civil.

Todavia, observo que no presente caso não há qualquer omissão ou obscuridade a ser solucionada no julgado impugnado, vez que o fato de não ser a solução favorável à tese da embargante não implica dizer que seja o mesmo omisso ou obscuro.

Aliás, ao revés do sustentado, vê-se que o aresto embargado enfocou as matérias necessárias à motivação do julgamento, tornando claras as razões pelas quais chegou ao resultado do recurso. A leitura do acórdão permite ver cristalinamente o porquê do ***decisum***, 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).

A limitação da cognição imposta pela natureza da decisão combatida não permite maiores digressões, sob pena de avançar no mérito da causa. Entretanto, a ausência de demonstração da eficácia terapêutica do medicamento e o estágio da pesquisa em torno da sua segurança para a utilização no tratamento do câncer não autorizam o deferimento da medida, ao menos em sede de cognição sumária. Motivo pelo qual, o indeferimento da medida liminar não merece reforma.

Diante do exposto, ressalvada a correção do erro material existente, nos termos acima, rejeito os embargos de declaração.

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL

Agravos em Execução Penal

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 7002897-43.2015.8.26.0037, da Comarca de Araraquara, em que é agravante CLEBER FERNANDES AMARO, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 2ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria, negaram provimento nos termos do voto do Relator, vencido o 2º juiz que dava parcial provimento nos termos da sua declaração de voto.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 1.694)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALEX ZILENOVSKI (Presidente sem voto), DINIZ FERNANDO e ALMEIDA SAMPAIO.

São Paulo, 30 de novembro de 2015.

BANDEIRA LINS, Relator

Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO. Unificação de penas (artigo 111 da LEP). Insurgência contra a alteração do lapso para a aquisição de benefícios. Desacolhimento. Condenação no curso da execução. Somatória das penas que sempre modificará o prazo aquisitivo, devendo ser realizado novo cálculo com base no montante dela resultante, tendo como marco inicial o trânsito em julgado para da nova condenação para a acusação. Precedentes dos Tribunais Superiores. Agravo a que se nega provimento.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de Agravo em Execução tirado pelo sentenciado CLEBER FERNANDES AMARO da r. decisão de fls. 02/37, que ao realizar a somatória de suas penas, na forma do art. 11, da LEP, fixou o regime fechado para desconto da reprimenda unificada e determinou a atualização do cálculo para obtenção de benefícios.

Sustenta, em síntese, a ilegalidade da decisão, argumentando que a nova condenação não constitui falta grave e tampouco tem o condão de interromper a contagem do prazo para a concessão de benefícios (fls. 40-v°/42).

Contrariado o recurso (fls. 45/46) e mantida a decisão (fls. 53), a douta Procuradoria Geral de Justiça posicionou-se pelo seu não provimento (fls. 57/58).

É o relatório.

O agravante cumpria pena privativa de liberdade em regime **fechado** (Execução nº 1), quando sobreveio nova condenação, desta vez ao regime semiaberto (Execução nº 2), levando o Juízo a proceder à unificação prevista no art. 111 da LEP.

Sem que ele houvesse sido progredido ao semiaberto, por óbvio não seria possível tornar a superveniência de nova pena causa para súbita e até agora imerecida progressão.

Corretamente também se assinalou que a atualização dos cálculos para a aquisição de progressão e livramento condicional deveria ter como termo inicial "*a data do trânsito em julgado da nova condenação ou a data da própria decisão condenatória superveniente, caso o acusado tenha respondido ao processo solto ou preso, respectivamente*".

Não se trata de tomar a nova condenação como falta grave: a superveniência de nova pena modifica o título executivo por força do qual o preso assim se encontra, e impõe a necessidade de recálculo dos lapsos objetivos para a conquista de benefícios.

Dispõe a Lei, afinal, que a nova pena deve ser somada **ao restante** da que está sendo descontada, estimando-se o regime em função do novo *quantum* (LEP, art. 111, parágrafo único) – com expressa autorização para que se proceda à regressão do sentenciado, se necessário, para regime mais rigoroso do que aquele em que se encontra (LEP, art. 118, II). E unificada a pena, procede-se ao cálculo dos prazos necessários para a postulação de novos benefícios.

Somar **ao restante** significa acrescer o tempo da nova pena àquele que ainda não tenha sido cumprido das penas anteriores: é defeso pela letra da lei que se considerem períodos destas que já tenham sido descontados.

E o momento em que se define **o que resta** dessas penas anteriores é aquele em que o Ministério Público se mostra satisfeito com as dimensões da pena subsequente, vale dizer, o momento em que a nova condenação transita em julgado para a acusação.

Esse é o marco a partir do qual se torna definitiva, para o titular da pretensão executória, a divisão das penas anteriores entre a parcela já cumprida e **o restante** – a ser somado à integralidade da nova pena. E acrescer ao total dessa soma parcelas de pena já implicaria **negar vigência** ao art. 111, parágrafo

Acesso ao Sumário

único, da Lei de Execuções Penais.

Trata-se de entendimento cediço do Superior Tribunal de Justiça: HC 201400416883, Rel. Min. **Laurita Vaz**, Quinta Turma, Dje 31.03.2014, HC 137045, Rel. Min. **Sebastião Reis Júnior**, j. aos 04.08.2014; HC 245.594, Rel. Min. **Marilza Maynard**, Quinta turma, j. aos 19.02.2013; HC 181.171, Rel. Min. **Og Fernandes**, Sexta Turma, j. aos 26.06.2012; RHC 30256, Rel. Min. **Alderita Ramos de Oliveira**, Sexta Turma, DJE 19/03/2013.

E também se trata de posição firme do Pretório Excelso: HC nº 115.715/CE, Primeira Turma, Rel. p/ o ac. Min. **Marco Aurélio**, j. aos 11.06.2013, RHC 121849/MG Primeira T. Rel. Min. **Dias Toffoli** j. aos 22.04.2014, HC 101.023, Primeira Turma, Rel. Min. **Ricardo Lewandowski**, DJe de 26.03.2010 ,HC 116.481- **AgR**, Primeira Turma, Rel. Min. **Rosa Weber**, DJe de 1º.08.2013, RHC 116528/RS 1ª T. Rel. Min. **Luiz Fux** j. aos11.02.2014, STF HC 102492/RS 2ª T. Rel. Min. **Gilmar Mendes** j. aos 05.10.2010.

Ante o exposto, pelo meu voto, **nego provimento** ao agravo.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 2.743)

Adotando o relatório do brilhante voto da lavra do Exmo. Des. Bandeira Lins, ouso divergir, com a devida vênia e reiterando o respeito e admiração que nutro pelo Relator Sorteador, para dar provimento ao presente agravo em execução penal.

Versam os autos sobre a possibilidade de fixação de novo termo inicial de benefícios por força de unificação de penas em seguida à autuação de nova guia de recolhimento, na qual consta condenação criminal responsável pela adição de **06 meses de detenção** (regime inicial **semiaberto**) a serem cumpridos pelo agravante.

Inconforma-se ante a determinação, em sede de unificação de penas, de reinício da contagem dos lapsos para benefícios a partir da "*data do trânsito em julgado da nova condenação ou a data da própria decisão condenatória superveniente, caso o sentenciado tenha respondido ao processo solto ou preso, respectivamente*" (fls. 11).

CLEBER cumpria pena privativa de liberdade, relativa à execução nº 01, quantificada em **16 anos de reclusão**, então em regime **fechado**.

No decorrer da liquidação, chegou à Vara de Execuções a guia de recolhimento nº 02, autuada em 11/11/2014; nela, consta a condenação definitiva a **06 meses de detenção**, em regime inicialmente **semiaberto**, pelo crime do art. 311 do Código de Trânsito Brasileiro.

Em situações tais, em que o advento de nova guia de recolhimento acarreta a unificação das penas, reconheço que, pela jurisprudência dominante nas Cortes Superiores, têm-se aplicado o reinício dos lapsos aquisitivos de benefícios como a progressão de regime e livramento condicional.

Para melhor visualização, transcrevo a ementa de um dos julgados sob esta inspiração, da Suprema Corte: "*A superveniência de nova condenação definitiva no curso da execução criminal sempre altera a data-base para concessão de benefícios, ainda que o crime tenha sido cometido antes do início de cumprimento da pena. A data do trânsito em julgado da nova condenação é o termo inicial de contagem para concessão de benefícios, que passa a ser calculado a partir do somatório das penas que restam a ser cumpridas*" (STF, HC 101.023, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 09/03/2010).

Em sua fundamentação, o Ministro Ricardo Lewandowski, relator do v. acórdão, expõe: "*Ora, se a legislação prevê a possibilidade de regressão de regime, quando a unificação das penas resultar na necessidade de sua alteração, resta evidente que a data-base também deve ser alterada, uma vez que* ***seria ilógico regredir o regime do sentenciado sem se alterar o termo inicial para concessão de benefícios****, pois chegar-se-ia à situação absurda de, ao mesmo tempo em que se reconhece a necessidade de regressão em razão de condenação superveniente, esta não surtiria efeito pelo fato de o preso já ter direito à progressão*" (grifei).

De fato, por imposição lógica, uma vez regredido o condenado ao regime fechado, ele ingressará em estágio da execução diverso ao que estava; neste, deverá cumprir nova fração de pena, a título de requisito objetivo, antes de reconquistar o subsequente semiaberto. É o que se extrai dos arts. 112 e 118 da Lei de Execução Penal.

Assim porque em seu art. 112 a Lei de Execução Penal estabelece que: "*A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver* ***cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior*** *e ostentar bom comportamento carcerário*" (grifei). Realço que o excerto em destaque equivale ao chamado requisito objetivo da progressão.

O recém-regredido, novato no regime para o qual retrocedeu, obviamente ainda não saldou pena alguma neste; portanto, na prática, a regressão opera o reinício da contagem do chamado requisito temporal ou objetivo da progressão. Ou seja, se antes estava no semiaberto, mas, por qualquer motivo (faltas disciplinares ou unificação de pena – vide art. 118 da LEP), retorna ao fechado, deve saldar novo sexto da pena, se o delito é comum, antes de pretender restabelecer o semiaberto. É nisto que consiste a chamada "interrupção" do lapso da progressão.

Acesso ao Sumário

Para aquelas hipóteses em que o preso já vivencia o regime fechado, doutrina e jurisprudência conceberam a figura da **regressão ficta**: sem recrudescer o regime, porquanto impossível (o fechado já é o mais rigoroso), o cometimento de falta grave traz como consequência para o cativo a interrupção de seu lapso temporal. Se anteriormente à falta o sexto de pena referido pelo art. 112 se aproximava, agora não mais, pois a contagem desse tempo foi reiniciada.

A regressão ficta é instrumento sem previsão expressa na lei, mas absolutamente irrenunciável a bem do tratamento isonômico entre os sentenciados. Não fosse por este mecanismo, a falta grave ou novo delito no curso da execução só prejudicaria o requisito objetivo dos que estão nos regimes semiaberto ou aberto, favorecendo injustificadamente os indisciplinados em regime fechado, blindando-os da interrupção de lapso.

Evidente, neste passo, que em caso de faltas disciplinares ou novo crime, o reinício do prazo da **progressão** de regime é inevitável, quer nas regressões reais (passagem dos regimes mais brandos aos mais rigorosos), quer nas regressões fictas (em que o regime fechado é o vigente e é mantido).

Tais conclusões, contudo, sabidamente **não se estendem** ao **livramento condicional** e ao **indulto**, pois tais benefícios não se sujeitam à lógica de estágios da progressão e são alcançáveis mediante o cumprimento de determinada fração da pena. Esta interpretação vem em crescente predominância e foi proclamada pelo C. STJ com as Súmulas nº 441 (livramento) e 535 (indulto).

Para a progressão, íntegro o efeito de interrupção dos lapsos. A Súmula nº 534 do C. STJ foi editada nesta linha: "*A prática de falta grave interrompe a contagem do prazo para a progressão de regime de cumprimento de pena, o qual se reinicia a partir do cometimento dessa infração*". O enunciado abrange a prática de novo crime doloso, por força do art. 52 da LEP, que o **equipara** à falta grave.

Só não procede a pretensão de estender os efeitos da falta grave, especificamente o reinício temporal, **ao instituto da unificação de pena**, tratado no art. 111 da LEP.

Acesso ao Sumário

Dispõe o art. 111, § único, que: "*Sobrevindo condenação no curso da execução, somar-se-á a pena ao restante da que está sendo cumprida, para* ***determinação do regime***".

Adiante, o art. 118 afirma que o cumprimento de pena segue a rota regressiva em caso de: "*condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução,* ***torne incabível o regime*** *(artigo 111)*" – grifei, a fim de enfatizar que nem sempre ocorrerá a regressão.

Nenhum desses dispositivos, como se percebe, contempla qualquer interrupção do cálculo do lapso. Daí o primeiro óbice, a falta de previsão legal, à automática alteração da data-base em razão da unificação.

E não é só. Retomo o raciocínio desenvolvido pelo Ministro Ricardo Lewandoski, no HC nº 101.023. De fato, a condenação superveniente, **se** (não é obrigatório) devolver o sentenciado ao meio fechado, reiniciará o lapso. Não há como ser diferente, pois, como visto, é preciso descontar certa fração de pena no **regime vigente** para avançar ao próximo.

Mas a regressão em face da unificação de penas é uma **possibilidade**, não obrigatoriedade. Por vezes a nova condenação simplesmente deixará intocado o regime vigente: o reeducando permanece naquele em que está, seja o fechado, semiaberto ou aberto.

Exemplifico: se o cativo está no regime fechado a expiar 10 anos de reclusão e aporta na Vara de Execução uma nova guia de recolhimento, com penas a serem cumpridas em regime semiaberto, o Juízo, universal, das execuções deverá reunir as punições. Então, será feita a soma aritmética e, em tese, a manutenção do regime fechado (prevalente).

Ora, como não houve verdadeira regressão, visto que o regime fechado permaneceu inalterado, o argumento trazido à baila no julgado do Supremo Tribunal Federal não mais se justifica (novamente transcrevo as palavras do Ministro Lewandowski: "*seria ilógico **regredir** o regime do sentenciado sem se alterar o termo inicial para concessão de benefícios*").

Sem sequer se apartar do (correto) raciocínio do precedente da Corte Máxima, a melhor conclusão que surge é que não é a unificação de penas, por si só, que reinicia os requisitos objetivos do benefício, mas o efeito secundário (e facultativo) da **efetiva regressão**.

A interpretação agasalhada na decisão guerreada *in casu*, peca, assim, por punir o sentenciado com parâmetro em datas (decisão condenatória ou trânsito em julgado da condenação) que não dependem da vontade dele, impondo-lhe reinício de seus lapsos **sem que alterado o regime.** Seus benefícios são postergados, exclusivamente, em razão desta variável: tempo que o Estado consumiu para condená-lo e executá-lo.

Imaginemos um sentenciado primário repreendido com 10 anos reclusão, por crime hediondo. Logo, precisaria saldar 04 anos (2/5 de 10 anos) e, só então, progrediria ao regime semiaberto. Após vencer a barreira dos 03 anos com exemplar comportamento carcerário, presencia a recepção, pela VEC, de guia de recolhimento com acréscimo de 06 meses de reclusão, em regime aberto, decorrente de condenação por delito anterior ao primeiro.

A se entender que os lapsos estão interrompidos pela simples unificação, serão desprezados 03 anos de correto comportamento, de maneira que, se antes **01 ano** o separava do regime semiaberto, agora, **com a unificação associada ao reinício**, exsurge exigência de saldar **novo lapso integral** a partir do total de 07 anos e 06 meses (07 anos remanescentes da primeira pena + 06 meses da

Acesso ao Sumário

segunda pena), isto é, cerca de **03 anos** serão exigidos para a progressão[1].

Destarte, um fato que o Estado-Juiz deliberou por punir com 06 meses, em regime aberto, na prática gerará **02 anos adicionais** (o quádruplo) **no regime fechado**, mesmo que o reeducando, desde o início da primeira pena, tenha mantido comportamento carcerário irrepreensível.

Claro que o montante adicional não deve ser ignorado: cuida-se de pena, legitimamente imposta, assegurado o direito do Estado de executá-la. A nova pena influenciará o cálculo do **benefício**, mas sem cumulativa recontagem do cálculo.

Dessa forma, aproveitando-se do exemplo anterior, se antes o lapso objetivo era quantificado sobre 10 anos (1ª pena), a nova base de cálculo, 10 anos e 06 meses (1ª e 2ª pena), será maior. Por conseguinte, o lapso da progressão será maior. Entretanto, o será proporcionalmente, sem dar a 06 meses de pena o efeito de dilatar em 02 anos a estadia em regime fechado.

Assim, fácil ver as graves distorções geradas pela postergação da data-base de benefícios, alterada, segundo a interpretação que tem prevalecido, para a data do trânsito em julgado da "nova"[2] condenação, quando este deslocamento ao futuro decorre de **unificação de penas** que **não** se fez acompanhar de regressão.

O momento do trânsito em julgado de uma condenação depende de inúmeras variáveis e passa pela capacidade do aparato judicial, tão assoberbado, de processar e julgar número crescente de casos criminais. Estando a execução penal pautada no **mérito comportamental do executado**, causa estranheza que fatos **alheios à vontade e controle deste** interfiram no fluxo de cumprimento de pena, reiniciando prazos como se houvesse acontecido regressão.

Dessa maneira, embora já tenha defendido corrente interpretativa diversa em outros julgamentos, após refletir melhor sobre a matéria conclui que a unificação de penas que **não** impõe regressão deve aumentar a exigência temporal dos benefícios futuros, **mantendo intocada a data-base (termo inicial) destes**.

Nessa linha, apresento à colação o seguinte precedente, da relatoria do Exmo. Desembargador Luiz Antônio Cardoso: *"(...) Tanto sem sentido considerar a data do trânsito em julgado da nova condenação para o Ministério Público, como termo inicial para análise do requisito objetivo para benefícios que, tivesse a acusação interposto apelação, embargos de declaração, recurso especial e/ou extraordinário, ficaria sempre por sua conta a data-base para benefício, pois atrasaria o trânsito em julgado. (...) Fosse qualquer outra*

Acesso ao Sumário

1 Para tornar o cálculo mais prático, foi desconsiderado que a pena pelo delito comum exige 1/6 de pena cumprida para fins de progressão.

2 As aspas aqui estão como lembrete de que as guias de recolhimento são autuadas segundo a ordem cronológica de recebimento, assim, nem sempre a 1ª execução se reporta ao 1º delito praticado.

*a falta disciplinar de natureza grave por ele praticada, que não crime, como previstas no art. 50, da Lei de Execução Penal, inexistiriam datas de sentença condenatória e de trânsito em julgado, a serem consideradas '...data-base para concessão de benefícios...', **tudo evidenciando que, tal 'data-base' deve levar em conta uma conduta do condenado (falta grave) e não de um ato judicial (prolação de sentença condenatória), ou fato dela decorrente (trânsito em julgado)**, em que pese os respeitáveis precedentes indicados na r. decisão agravada, provindos de Tribunais Superiores*" - grifei (TJSP, Agravo em Execução Penal nº 0019087-54.2014.8.26.0000, rel. Des. Luiz Antonio Cardoso, 3ª Câmara Criminal, j. 08/07/2014).

Atos judiciais ou fatos decorrentes são acontecimentos alheios à subjetividade do agente, ainda que ele, desta vez, sim, por ato de sua vontade e responsabilidade, tenha praticado o delito que desencadeou a movimentação do aparelho persecutório. A prática deste delito, porém, já terá suas repercussões desde a data do fato e, se ocorrer no curso da execução, é considerada falta grave (art. 52 da LEP).

Para solucionar a questão posta, imprescindível excluir a interrupção dos lapsos aquisitivos, mantendo-se, tão só, a soma das penas referentes às guias de recolhimento nº 01 e 02 (16 anos de reclusão e 06 meses de detenção).

Por oportuno, não vislumbro óbice na somatória das penas, visto que **ambas são privativas de liberdade**, uma da espécie reclusão e outra da espécie detenção.

Não se desconhece o teor do art. 76 do Código Penal, a dispor que a execução de penas mais graves prefere às menos drásticas.

Tal dispositivo governa a ordem de penas concursivas na execução penal e, para ser aplicado, pressupõe: "*que as penas exequendas sejam incompatíveis, de forma que não possam ser cumpridas simultaneamente, impondo-se sua sequência temporal*", como ensina Sérgio Mazina Martins (Apud FRANCO, Alberto Silva *et all*. Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial. Volume 1. Tomo I: parte geral. 6 ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 1219). Também adverte o citado Magistrado que "*a norma em questão*", referindo-se ao art. 76, "*não diz respeito à unificação de regimes prisionais diversos, esta sim regulada especificamente pelo art. 111 da LEP*" (p. 1120).

O art. 111 da LEP soluciona a pluralidade de condenações, seja a reclusão ou a detenção, e determina a soma das penas e apuração, se o caso, de novo regime.

Como já decidido pelo Supremo Tribunal Federal: "*O art. 111 da Lei de Execução Penal estabelece que, em condenação por mais de um crime, para a determinação do regime de cumprimento considera-se o resultado da soma ou unificação das penas, **independentemente de serem de detenção ou***

Acesso ao Sumário

reclusão" - grifei (RHC 118626, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, julgado em 26/11/2013).

Com efeito, a soma da reclusão à detenção é admitida, pois, como adverte Guilherme de Souza Nucci, **não existe diferença, na prática, entre estas espécies: uma e outra constituem pena privativa de liberdade**. Assim, pondera o autor: "*Estabelecidos três anos de reclusão e dois de detenção, mas levando-se em conta o total de cinco anos de privação de liberdade, quando o condenado cumprir um sexto, pode o magistrado determinar a progressão*" (Código Penal Comentado, 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 490).

Dessa forma, não há embaraço na determinação da soma da pena, abrangendo a reclusão e a detenção; não só a medida é legal, dada a identidade de espécie punitiva, como benéfica ao sentenciado pelas particularidades do caso em concreto.

Explico. Caso se entenda pela impossibilidade de combinação entre reclusão e detenção, afirmar-se-á que são penas estanques e aquela será executada primeiro, porque mais gravosa, ficando a segunda reservada. Então, restaria ao agravante cumprir toda a reclusão (inicial fechado) e depois passar à detenção (inicial semiaberto). Ora, evidente que seria prejudicado se obtivesse o regime semiaberto, na sequência o aberto, finalizasse a pena reclusiva e, então, **deparasse-se com a necessidade de cumprir a detenção, respeitando o regime inicial semiaberto**. Retrocederia do aberto ao semiaberto por conta da detenção faltante, em inegável malefício, a menos que se entenda que a detenção seria inserida no montante total assim que a reclusão chegasse ao regime semiaberto – o que viria em choque com a premissa básica inicial, no sentido de que a reclusão e detenção seriam incombináveis.

Destarte, viável a soma de penas.

Pelo exposto, divergindo do d. Relator Sorteado, **dou provimento ao agravo** exclusivamente para afastar o novo marco inicial para fins de benefícios (data do trânsito em julgado da condenação); no mais, mantenho a soma de penas, pelos motivos já elencados.

DINIZ FERNANDO FERREIRA DA CRUZ, 2º Juiz

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 7012247-78.2015.8.26.0482, da Comarca de Presidente Prudente, em que é agravante EZEQUIEL FERREIRA BARBOSA, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª 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 11.881)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GUILHERME DE SOUZA NUCCI (Presidente), LEME GARCIA e BORGES PEREIRA.

São Paulo, 26 de janeiro de 2016.

GUILHERME DE SOUZA NUCCI, Relator

Ementa: Agravo em Execução. Pedido de cassação de decisão que reconheceu a prática de falta grave pelo agravante e determinou a regressão ao regime fechado. Oitiva do agravante realizada exclusivamente pelo diretor do estabelecimento prisional. Procedimento de competência jurisdicional. Reservado entendimento particular nesse sentido, a Colenda Câmara entende desnecessária a oitiva judicial. Não obstante, há omissão pelo magistrado 'a quo' quanto à fundamentação em relação ao *quantum* de dias cassados. Decisão padronizada. Ofensa à individualização executória da pena. Nulidade configurada. Agravo provido.

VOTO

Trata-se de Agravo em Execução interposto por EZEQUIEL FERREIRA BARBOSA, contra decisão proferida em 19 de junho p.p. (fls. 89 e 94), pelo MM. Juiz de Direito, Dr. Atis de Araújo Oliveira, da 1ª Vara das Execuções Criminas da Comarca de Marília, reconheceu a prática de falta grave pelo agravante – descumprimento das condições de saída temporária, cometido em 31.12.2014 –, determinando a anotação em seu prontuário, perda de 1/3 dos dias anteriormente remidos, reinício do prazo para concessão de benefícios, bem como sua regressão ao regime fechado.

Irresignado, sustenta o agravante em suas razões, ser imperiosa a reforma da referida decisão, pleiteando a nulidade da sindicância, por não ter observado os preceitos legais, bem como a absolvição por ausência de provas.

O Ministério Público, em sua contraminuta bateu-se pelo acerto do *decisum*, salientando a regularidade do procedimento administrativo.

A douta Procuradoria Geral de Justiça apresentou parecer endossando as razões defensivas, opinando pelo provimento do recurso.

Acesso ao Sumário

Devidamente apreciado, o presente agravo comporta provimento, merecendo reparo a r. decisão agravada.

O art. 118 da Lei de Execução Penal é categórico ao disciplinar, em seu § 2º, que, na regressão pelo cometimento de falta grave, *deverá ser ouvido, previamente, o condenado*.

Um dos princípios basilares regentes da Execução Penal é da *Jurisdicionalidade*, segundo o qual toda e qualquer decisão é de competência judicial, ficando adstrita à apreciação por juiz togado, cabendo à Administração tão somente a sua execução.

Pensar o contrário é admitir verdadeira inversão de competências, desrespeitando, inclusive, a divisão dos poderes. Neste sentido vimos entendendo:

> *Natureza Jurídica da execução penal: cuida-se da atividade jurisdicional, voltada a tornar efetiva a pretensão punitiva do Estado em associação à atividade administrativa, fornecedora dos meios materiais para tanto. O ponto de encontro entre as atividades judicial e administrativa ocorre porque o Judiciário é o órgão encarregado de proferir os comandos pertinentes à execução da pena, embora o efetivo cumprimento se dê em estabelecimentos administrativos pelo Executivo e sob sua responsabilidade*[1].

Com efeito, sendo o procedimento jurisdicional, fundamental pautar-se no contraditório e na ampla defesa, visto que sua decisão implicará possível regressão de regime, restando imprescindível a prévia oitiva do réu, pelo juiz, respeitadas a autodefesa e a defesa técnica, antes da imposição de eventual gravame. Assim defendemos:

> *Ampla defesa: quando praticar fato definido como crime doloso ou quando deixar de cumprir as condições impostas pelo juiz, bem como deixar de pagar a multa, antes de haver a regressão, o condenado precisa ser ouvido pelo magistrado. Cremos que o exercício da ampla defesa é fundamental, tanto da autodefesa quanto a defesa técnica. Pode ele apresentar justificativa razoável para o evento. E se o fizer, o juiz pode mantê-lo no regime aberto, embora advertido a não repetir o equívoco*[2].

Na mesma esteira, oportuno colacionar decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, amoldável ao presente caso apenas para demonstrar a relevância da ampla defesa na apuração de falta grave. *In verbis*:

> *EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. FALTA GRAVE. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. AUSÊNCIA. REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO COM A DEFESA TÉCNICA.*

Acesso ao Sumário

1 NUCCI, Guilherme de Souza, *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*, Forense, p.156.

2 NUCCI, Guilherme de Souza, obra citada, p. 302.

INSUFICIÊNCIA. NULIDADE. OCORRÊNCIA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.

1. A prática da falta disciplinar pelo apenado clama pela instauração do procedimento administrativo disciplinar, visto que a mens legis da norma de execuções penais foi justamente possibilitar o devido esclarecimento sobre o evento durante o procedimento, em perfeita concretização do princípio do devido processo legal, sendo que a sua exigência não apregoa um culto exagerado à forma, mas sim uma formalidade legal que deve ser seguida, pois, do contrário, o legislador não a teria normatizado.

2. Incabível a aplicação in casu do princípio da instrumentalidade das formas para embasar a ausência do procedimento próprio, ao argumento de que se atinge a finalidade do ato somente com a audiência de justificação, realizada com a presença da defesa técnica, assegurados o contraditório e a ampla defesa; pois, no afã por resultados e efetividade, poder-se-ia ignorar a segurança jurídica, de modo que a previsibilidade dos atos processuais pela sociedade seria, na melhor das hipóteses, mitigada.

4. A obrigatória oitiva prévia do apenado em caso de regressão definitiva do regime prisional (artigo 118, § 2.º, da LEP) não basta por si só para a escorreita apuração da falta disciplinar, eis que o processo administrativo disciplinar, em sendo mais abrangente, não se esgota na prática somente desse ato.

5. Diante da necessidade sistêmica de preservação das conquistas democráticas da judicialização da execução penal, é inconcebível o afastamento do devido processo legal, o que acarretaria um revés do significativo avanço humanitário anteriormente alcançado.

6. Habeas corpus concedido para, cassando o acórdão atacado, declarar nula a decisão que reconheceu a prática de falta grave cometida pelo paciente, em tese, na data de 09.03.2010, bem como todos os efeitos dela decorrentes. (HC 185.271/RS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, 30/04/2012)

Destarte, verifica-se que o despacho agravado está em desacordo com preceituado pelo art. 118, § 2º da Lei de Execução Penal, porquanto susta cautelarmente o regime anterior, na total carência de prévia oitiva de justificação pelo agravante.

Ademais, nem mesmo após a mencionada sustação cautelar, o agravante teve oportunidade de prestar esclarecimentos em juízo, ou seja, o magistrado *a quo* reconheceu a prática de falta grave, decretou a perda dos dias remidos e regrediu o sentenciado, sem nunca tê-lo ouvido, ocasionando nulidade absoluta da decisão.

Acesso ao Sumário

Contudo, o posicionamento majoritário adotado por esta C. Câmara segue em sentido distinto, segundo o qual, mesmo em casos de regressão, é possível a realização de oitiva do reeducando somente pelo diretor da unidade prisional.

Dessa feita, em que pese o entendimento particular desta relatoria, por maioria, restou afastado o reconhecimento da nulidade.

Superada a questão, ainda faz-se mister ressaltar que, em relação ao perdimento dos dias remidos, a Lei nº. 12.433/2011 conferiu nova redação ao art. 127 da Lei de Execução Penal, o qual atualmente estabelece:

> *Em caso de falta grave, o juiz poderá revogar até 1/3 (um terço) do tempo remido, observado o disposto no art. 57, recomeçando a contagem a partir da data da infração disciplinar.*

Conforme se denota, a novel legislação, embora tenha mantido a determinação de perdimento dos dias remidos, impôs, expressamente, limitação à fração de 1/3, revogando disposições anteriores em contrário.

Por derradeiro, no tocante ao *quantum* de perdimento, a recente redação, de maneira igualmente expressa, volta os olhos ao disposto no art. 57, do mesmo diploma, que, ao seu turno, disciplina:

> *Na aplicação das sanções disciplinares, levar-se-ão em conta a natureza, os motivos, as circunstâncias e as consequências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão.*

Dessa feita, a atual redação, em inconteste prestígio ao preceituado pelo princípio da individualização da pena, impõe ao julgador a avaliação dos elementos fáticos concretos.

Entretanto, no caso *sub judice*, o magistrado *a quo*, por algum lapso, silenciou quanto à fundamentação em relação ao perdimento máximo dos dias remidos, cingindo-se aos seguintes termos (fl.94):

> *Declarando a perda de 1/3 dos dias eventualmente remidos, para cada uma delas, nos termos do art. 126, inciso II e 127 da LEP, atualizando-se o cálculo.*

Acesso ao Sumário

Percebe-se inexistir, na r. decisão agravada, mínima justificativa, tampouco, respaldo em elementos concretos, que se demonstre suficientemente idônea ao atendimento das exigências contidas nos dispositivos acima transcritos.

A bem da verdade, do teor da decisão, denota-se que o magistrado apenas erigiu o patamar máximo de dias remidos, contudo sem declinar qualquer fundamento para tanto, ocasionando nítida nulidade.

De tal sorte, não bastasse a evidente afronta ao disciplinado pelo art. 118 da Lei de Execução Penal, porquanto a regressão do sentenciado demandaria sua prévia oitiva judicial, a decisão ainda padece de vício insanável, uma vez demonstrado o patente desacordo com o preceituado pelos arts. 129 e 57, do

mesmo codex, ensejando, por conseguinte, o reconhecimento de nulidade do feito, a partir de sua prolação.

Ante o exposto, pelo meu voto, **dou provimento** ao presente agravo defensivo, para restabelecer o regime anterior ao agravante EZEQUIEL FERREIRA BARBOSA, anulando o feito a partir do despacho coator. Se superada a questão da prescrição, cabe ainda o provimento em face da carência de fundamentação em relação ao *quantum* de perda dos dias remidos, igualmente culminando na exclusão da anotação faltosa, até que seja proferida outra decisão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 7003758-65.2014.8.26.0198, da Comarca de São Paulo, em que é agravante AGATA BUENO MARTINS, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 10.829)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO SIMÃO (Presidente sem voto), OTAVIO ROCHA e REINALDO CINTRA.

São Paulo, 28 de janeiro de 2016.

FREITAS FILHO, Relator

Ementa: Agravo em Execução. Falta grave. Desrespeito à servidora. Conduta que ficou evidenciada com base em todo conjunto probatório amealhado. Preliminares de nulidade. Inadmissíveis. Absolvição por falta de provas. Impossibilidade. Prescrição. Inocorrência. Redução da fração em relação à perda dos dias remidos. Incabível. Interrupção do lapso para benefícios. Admissibilidade. Agravo improvido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo em execução interposto em favor da sentenciada **AGATA BUENO MARTINS** contra r. decisão proferida pelo Juízo da 02ª Vara

Acesso ao Sumário

das Execuções Criminais da Comarca de São Paulo que reconheceu a prática de falta disciplinar grave, determinado a anotação no prontuário da agravante, bem como a perda de 1/3 do tempo remido anterior à falta reconhecida.

A agravante postula, preliminarmente, a nulidade do procedimento por ausência de oitiva judicial e pela ausência da sentenciada na inquirição das testemunhas. No mérito, pleiteia o reconhecimento da prescrição ou a absolvição por insuficiência de provas. Subsidiariamente, requer que a perda dos dias remidos se dê em patamar inferior a 1/3 e a não interrupção do lapso para benefícios.

O recurso foi contraminutado (fls. 75/90) e a r. decisão foi mantida (fl. 91).

Em parecer, a douta Procuradoria Geral de Justiça opina pelo improvimento do agravo (fls. 105/110).

É o breve relatório.

Colhe-se dos autos que a sentenciada, na data dos fatos, desrespeitou servidora que cumpria plantão na ala disciplinar da unidade prisional. Ao final da apuração da falta na esfera administrativa, concluiu-se pela ocorrência da falta disciplinar de natureza grave. O M.M. Magistrado reconheceu a ocorrência de falta disciplinar de natureza grave, declarando da perda de 1/3 dos dias remidos, bem como a interrupção do lapso para benefícios.

Não há qualquer nulidade a ser reconhecida.

O dispositivo da Lei de Execuções Penais (art. 118, § 2º) exige seja o condenado previamente ouvido, contudo não determina que seja perante o magistrado da Vara de Execuções Penais. Dessa maneira, tendo sido tomadas as suas declarações à fl. 19, acompanhada de Defensor da FUNAP, afasta-se a nulidade arguida.

Neste sentido:

"[...] Impende ressaltar, por oportuno, que não obstante a decisão de regressão seja da competência do juiz da execução, o preceito normativo sequer determina que essa oitiva prévia seja pessoal, em audiência específica pra tal finalidade [...]". (STJ, HC nº 302.917-RS, Rel. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, DJe de 30 de março 2015).

Igualmente, entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, conforme decidido no 1º Encontro de Execução Criminal e Administração Penitenciária:

"ENUCIADO 7. "A oitava do sentenciado, a que se refere o artigo 118 da Lei de Execuções Penais, pode ser feita por escrito ou realizada pelo diretor da unidade prisional, na presença de advogado."

Da mesma forma, não há que se falar em nulidade em razão da ausência da agravante na inquirição das testemunhas, uma vez que o procedimento para

Acesso ao Sumário

apuração de faltas cometidas durante o cumprimento da reprimenda não exige o mesmo rigor de um processo penal.

Outrossim, as infrações disciplinares são apuradas em sindicância e o procedimento, bem como a decisão administrativa são revistos pelo magistrado, após ser dada oportunidade às partes para manifestação. Ainda, em caso de cometimento de falta grave, o sentenciado deve ser ouvido, o que de fato ocorreu.

No mérito, a irresignação não comporta acolhimento.

Constata-se nos autos que, por meio do procedimento apuratório disciplinar nº 330/2013, restou comprovado que, em 16/10/2013, a agravante, de fato, praticou a falta disciplinar de natureza grave descrita no artigo 50, incisos I e VI da Lei 7.210/84.

O Magistrado, então, reconheceu a falta e decretou a perda de 1/3 dos dias remidos, bem como a interrupção de lapso para benefícios.

Como ficou devidamente comprovado não há dúvida de que a sentenciada cometeu a referida falta grave, conforme declarações das agentes penitenciárias. Assim sendo, incabível a alegação defensiva de insuficiência de provas.

Igualmente, não há que se falar em prescrição da falta grave.

Da análise dos autos depreende-se que a falta foi perpetrada em 16 de outubro de 2013, datando a punição administrativa de 27 de março de 2014 e a homologação judicial de 16 de dezembro de 2014, constatando-se que a prescrição não ocorreu.

A defesa postula que a perda dos dias remidos se dê em patamar inferior a 1/3. Contudo, essa pretensão recursal também não merece ser acolhida.

O nobre magistrado levou em consideração as circunstâncias previstas no artigo 57 da Lei de Execução Penal, as quais se encontram implicitamente inseridas na sua decisão. Ademais, nenhum efeito desestimulador surtiria a decretação da perda de período inferior a 1/3.

Com relação à interrupção do lapso para benefícios, embora não se ignore a existência de entendimento contrário, esta Egrégia Câmara orienta-se no sentido de que a prática de falta grave pelo sentenciado incide na interrupção do prazo aquisitivo para benefícios, reiniciando-se, a partir daí, nova contagem.

O Colendo Supremo Tribunal Federal se manifestou nesse sentido: "***HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. INTERRUPÇÃO DO PRAZO PARA OBTENÇÃO DE NOVOS BENEFÍCIOS PREVISTOS NA LEP. A prática de falta grave acarreta a regressão de regime e a recontagem do prazo para progressão. Precedentes. Ordem indeferida***" (HC 98387/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Eros Grau, j. em 28/04/2009, publicado no DJe de 01.07.2009).

E o Egrégio Superior Tribunal de Justiça também vem decidindo reiteradamente que "***a prática de falta grave interrompe a contagem do lapso***

Acesso ao Sumário

temporal para a concessão de progressão de regime prisional. Hipótese em que o paciente empreendeu fuga do estabelecimento prisional, enquanto cumpria pena em regime semi-aberto. A partir da ocorrência de tal fato, o paciente regride ao regime fechado e reinicia-se a contagem do lapso temporal para efeito de concessão de progressão de regime prisional" (REsp 842162/RS, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJU 05.02.2007, p. 360).

A anotação da prática de falta grave no prontuário da sentenciada, portanto, era medida de rigor tendo em conta que essa conduta interrompe o lapso temporal para obtenção de benesses prisionais, a contar da data da infração disciplinar, como também poderá influir na aferição do mérito do cativo no que tange à concessão de futuros benefícios.

E o cometimento de falta dessa natureza, como se sabe, impõe a decretação da perda do direito ao tempo remido pelo trabalho ou a remir até aquela prática, mas, consoante dispõe o artigo 127 da Lei de Execução Penal, com redação dada pela Lei 12.433, de 29 de junho de 2011, "***em caso de falta grave, o Juiz somente poderá revogar até 1/3 (um terço) do tempo remido, observado o disposto no artigo 57***".

O Juízo "a quo", atento às referidas modificações, declarou a perda de 1/3 dos dias remidos, o que se revelou razoável, ante a clara demonstração de desprezo às mínimas regras carcerárias.

Ante o exposto, pelo meu voto, **nego provimento** ao agravo.

Apelações

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0005176-47.2011.8.26.0495, da Comarca de Registro, em que é apelante GILDO LEOCÁDIO PONTES, 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: "deram provimento ao apelo ajuizado em favor de Gildo Leocádio Pontes, para absolvê-lo da imputação que lhe foi feita, nos termos do artigo 386, VII, do Código de Processo Penal. V.U,", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.212)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GRASSI NETO (Presidente) e LOURI BARBIERO.

São Paulo, 3 de dezembro de 2015.
MARCO ANTÔNIO COGAN, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – ALEGAÇÃO DE QUE O RÉU DEVE SER ABSOLVIDO, POR AUSÊNCIA DE PROVAS A INCRIMINÁ-LO.
CONDENAÇÃO ESTRIBADA NO ART. 303, PAR. ÚN., C.C. O ART. 302, PAR. ÚN., I, DA LEI Nº 9.503/97.
CONJUNTO PROBATÓRIO QUE NÃO AUTORIZA A MANTENÇA DA DECISÃO AFLITIVA.
Recurso provido.

VOTO

1 – Trata-se de apelação interposta em favor de Gildo Leocádio Pontes, que foi condenado ao cumprimento da pena corporal de oito meses de detenção, em regime prisional inicial aberto, substituída por uma restritiva de direito, consistente em prestação de serviços à comunidade, pelo mesmo prazo, além da proibição de obtenção de permissão, ou de habilitação, para dirigir veículo automotor pelo período de três meses, por infração aos ditames do artigo 303, parágrafo único, c.c. o artigo 302, parágrafo único, I, da Lei nº 9.503/97 (fls. 111/112v).

Aduz a Defesa do apelante que a r. sentença deve ser reformada, a fim de que ele seja absolvido por falta de provas a incriminá-lo, pois a falta de habilitação do condutor não faz presumir sua culpa no acidente, em especial na hipótese dos autos, em que a vítima transitava pela contramão de direção, e acabou se chocando com o veículo em movimento (fls. 115/117).

O recurso foi contrarrazoado pelo doutor Promotor de Justiça, que requereu o seu improvimento (fls. 120/124).

E a D. Procuradoria de Justiça, em r. parecer da lavra da doutora Sônia Etuko Oda, se pronunciou pelo desprovimento do apelo, e pela manutenção da r. sentença (fls. 135/137).

Este, em síntese, é o relatório.

2 – Há que se prover o apelo defensivo.

Isso porque, em que pese haver adequada comprovação da materialidade delitiva (laudos de fls. 25 e 43), as provas quanto à autoria são insuficientes para embasar um decreto condenatório.

Ouvido apenas na Delegacia, o réu (revelia decretada a fl. 110), que admitiu não ser habilitado à condução de veículos automotores, atribuiu à

Acesso ao Sumário

vítima a culpa pelo acidente, pois ela, que, de bicicleta, seguia à sua direita, no mesmo sentido de direção, repentinamente cruzou a rua, acabando por colidir com a lateral dianteira esquerda de seu automóvel, caindo no chão, sofrendo escoriações; afirmou que imediatamente parou seu carro, prestando-lhe socorro, aguardando até a chegada dos policiais militares e da ambulância (fl. 18).

Já o ofendido Vinícius Leal Costa Cardoso, que contava treze anos de idade à época, ao se manifestar na fase inquisitiva, afirmou que trafegava na mão de direção adequada e, ao visualizar o automóvel do réu, tentou subir na calçada, mas acabou sendo atingido. Disse, ainda, que com o impacto, caiu no chão "e acabou indo parar debaixo do carro, com a bicicleta, sendo atropelado pelo veículo acreditando que a roda do carro passou em cima de sua perna esquerda" (fl. 21).

Observe-se, desde já, que tal relato, bastante dramático, não condiz com o resultado dos laudos de lesão corporal juntados aos autos (o de fl. 43 aponta completa ausência de sequelas, com discreta cicatriz no pé esquerdo).

Em Juízo, todavia, o menor forneceu versão diferente, passando a afirmar que, vinha pela contramão de direção, pelo lado interno de uma curva (em torno das 18h00, em avenida de considerável fluxo de carros), não sabendo informar como e de onde teria vindo o do réu, que só visualizou "quando já estava em cima" de sua pessoa. Acrescentou, ainda, não se lembrar de que forma ocorreu a fratura de sua perna esquerda (mídia).

E mais contradições se extraem dos depoimentos de sua mãe, Alessandra Leal Costa, e de seu padrasto, Edson Maciel Ribeiro.

À sua genitora, a vítima se limitou a afirmar que o "o moço estava errado", tendo ele se negado, todavia, a explanar de que forma ocorreu o acidente (mídia).

Edson, que também tomou conhecimento do fato através do ofendido, não dispunha de detalhes sobre o evento danoso, dizendo saber, apenas, que o réu "pegou ele quase em cima da calçada"; acrescentou, ainda, que o automóvel estaria sendo conduzido em alta velocidade, informação que, curiosamente, não foi mencionada pelo ofendido a qualquer tempo (mídia).

Acesso ao Sumário

Demais, não foi realizada perícia no local do fato, e não há croquis que demonstre a dinâmica do evento danoso; o ofendido forneceu descrição confusa de sua movimentação anterior à colisão, e nenhuma das testemunhas ouvidas soube precisar de que maneira o fato se deu.

Tendo em vista tantas e tão relevantes contradições, e ausentes testemunhas presenciais do evento, tem-se que as palavras da vítima, na forma acima descrita, aliadas à indevida presunção, ainda que relativa, utilizada para atribuir a culpa do acidente automobilístico ao condutor do carro, pelo simples fato desse não ser habilitado, não autorizam a prolação de um édito condenatório.

Nesses termos, acrescentando-se não haver qualquer indício de que

o apelante trafegasse sem os cuidados necessários à direção, de rigor a sua absolvição, por insuficiência probatória.

Aliás, a desatenção na forma referida no primeiro parágrafo de fl. 02, não vai ao ponto de se caracterizar para evitar choque com bicicleta conduzida pela mesma via, que de inopino a cruza perpendicularmente ao automóvel, atingindo-o, em versão que, se não foi provada, também não foi descartada.

Isto posto, dá-se provimento ao apelo ajuizado em favor de Gildo Leocádio Pontes, para absolvê-lo da imputação que lhe foi feita, nos termos do artigo 386, VII, do Código de Processo Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000505-83.2012.8.26.0191, da Comarca de Poá, em que é apelante SÉRGIO VALIM DOS SANTOS, 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, para o fim de absolver SÉRGIO VALIM DOS SANTOS da imputação da prática do crime previsto no artigo 305 do Código de Trânsito Brasileiro, com fulcro no artigo 386, III, do Código de Processo Penal, mantida, no mais, a r. sentença recorrida. V.U." de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.515)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores SOUZA NERY (Presidente), EUVALDO CHAIB e ENCINAS MANFRÉ.

São Paulo, 27 de novembro de 2015.

SOUZA NERY, Relator

Apelação. Penal. Código de Trânsito Brasileiro. Fuga do local de acidente e embriaguez ao volante. CTB, arts. 305 e 306. Recurso contendo preliminar de nulidade por ausência de citação válida e buscando o oferecimento de proposta de transação penal ou suspensão condicional do processo, a absolvição, por insuficiência probatória com relação ao crime do art. 305, e a redução da pena aplicada pelo art. 306.

Processo Penal. Citação que se opera com o comparecimento do apelante em cartório. Nulidade

Acesso ao Sumário

inocorrente.

Processo Penal. Transação penal incabível em razão da quantidade de pena prevista em lei. Proposta de suspensão condicional já implicitamente rejeitada pelo apelante com sua ausência na audiência designada para tal fim, apesar de devidamente intimado.

Penal. CTB, art. 305. Inconstitucionalidade. Reconhecimento. Necessidade. Proibição de fazer prova contra si mesmo. Precedente do C. Órgão Especial citado. Absolvição por atipicidade da conduta (CPP, art. 386, III).

Penal. Dosimetria. CTB, art. 306. Concentração de álcool por litro de sangue em patamar muito superior ao permitido em lei. Apelante que provoca acidente com sua conduta. Circunstâncias que justificam o aumento da pena.

Penal. Suspensão do direito de dirigir estabelecida por prazo razoável.

Recurso parcialmente provido.

VOTO

Inconformado com a r. decisão de primeira instância,[1] que o condenou, pela prática dos crimes previstos nos artigos 305 e 306 do Código de Trânsito Brasileiro,[2] às penas, respectivamente, de seis meses de detenção e a nove meses e dez dias de detenção, mais dez dias-multa, em regime semiaberto, substituída a prisão por penas alternativas, e suspensão do direito de veículo automotor por um ano, **SÉRGIO VALLIM DOS SANTOS** apela em busca de solução diversa. Em sede preliminar, alega nulidade por ausência de citação válida. Busca, ainda, o oferecimento de proposta de transação penal ou suspensão condicional do processo. No mérito, pleiteia a absolvição, por insuficiência probatória com relação ao crime do art. 305 e a redução da pena aplicada pelo art. 306, tanto a privativa de liberdade quanto a suspensão do direito de dirigir.[3]

O processo foi inicialmente distribuído, em 29-8-2014, ao Eminente Desembargador JOSÉ RAUL GAVIÃO DE ALMEIDA. Foi redistribuído a este relator na data de 22-7-2015.

O recurso foi regularmente processado, tendo recebido parecer

1 Fls. 122-124, Dr. ANDRÉ FORATO ANHE, cujo relatório fica adotado.

2 Lei nº 9.503/97.

3 Razões de fls. 138-141.

Acesso ao Sumário

desfavorável da douta Procuradoria Geral de Justiça.

É o relatório.

O recurso merece parcial acolhida.

A preliminar de nulidade deve ser repelida, uma vez que a citação ocorreu de forma regular com o comparecimento do apelante em cartório, como se constata pelo termo de fls. 94.

Não há, por outro lado, falar em proposta de transação penal, tendo em vista que a pena máxima cominada ao crime do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro é de três anos, não se enquadrando no âmbito de incidência da Lei nº 9.099/95. Além disso, havendo concurso material, as penas se somam para tal finalidade.

A suspensão condicional do processo, por seu turno, foi corretamente negada em primeira instância, diante do não comparecimento do apelante à audiência designada para tal fim, mesmo devidamente intimado.

No mérito, de rigor a condenação pelo crime de embriaguez ao volante, de perigo abstrato, diante da comprovação de que o apelante conduzia o veículo com concentração de 2,6g/l de álcool no sangue,[4] tanto que nem mesmo contestada pela defesa.

O mesmo não ocorre com relação à imputação do artigo 305 do mesmo diploma, cuja inconstitucionalidade há que ser reconhecida, o que faço, tendo em conta a existência de precedente do Col. Órgão Especial, com base no artigo 481, parágrafo único, do Código de Processo Civil.[5]

A respeito, faço minhas as palavras do Eminente Desembargador ROBERTO MIDOLLA - que integrava esta C. Câmara Criminal -, a seguir transcritas:

> Preliminarmente reconheço a inconstitucionalidade do dispositivo legal estabelecido no art. 305, do CTB.
>
> Como nos ensina GUILHERME DE SOUZA NUCCI:
>
> "... afastar-se (retirar-se; ir embora) do local do acidente de trânsito, com o fim de não ser penal ou civilmente responsabilizado. Trata-se de fuga à responsabilidade, que, em nosso entendimento, é inconstitucional. Contraria, frontalmente, o princípio de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo - nemo tentetur se detegere (ver nota 1 ao Livro do nosso Código de Processo Penal Comentado). Inexiste razão plausível para obrigar alguém a se autoacusar, permanecendo no local do crime, para sofrer as consequências penais e civis do que provocou. Qualquer agente criminoso pode fugir à responsabilidade, exceto o autor de delito de trânsito. Logo, cremos inaplicável o art. 305 da Lei 9.503/9." (Leis Penais e Processuais Penais Comentadas, ed. Revista dos Tribunais,

4 Exame de fls. 11.

5 Nesse sentido: STF, Rcl 17.185 AgR/MT.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 5ª ed. revista, atualizada e ampliada, 2010, pág. 1.250).

Aliás, já se manifestou a este respeito o Colendo Órgão Especial desta Egrégia Corte, declarando a inconstitucionalidade do aludido artigo. Confira-se:

"Incidente de inconstitucionalidade (CF, art. 97; CPC, arts. 480 a 482). Código de Trânsito Brasileiro, art. 305 - fuga à responsabilidade penal e civil. Tipo penal que viola o princípio do art. 5°, LXIII - garantia de não autoincriminação. Extensão da garantia a qualquer pessoa, e não exclusivamente ao preso ou acusado, segundo orientação do STF. Imposição do tipo penal que acarreta a autoincriminação, prevendo sanção restritiva da liberdade, inclusive para a responsabilidade civil. Inconstitucionalidade reconhecida. Incidente acolhido. É inconstitucional, por violar o art. 5°, LXIII, da Constituição Federal, o tipo penal previsto no art. 305 do Código de Trânsito Brasileiro." (Argüição de Inconstitucionalidade 990.10.159020-4, Suscitante 8ª Câmara Criminal, Rel. BORIS KAUFFMANN, v. m., DJ 14/07/2010)[6]

Nesse sentido:

Fuga do local do acidente de trânsito (artigo 305 da Lei 9.503/1997). Atipicidade da conduta. Dispositivo que fora declarado inconstitucional pelo egrégio Órgão Especial deste Tribunal. Absolvição que se impõe. Recurso provido, portanto.[7]

APELAÇÃO. CRIMES DE TRÂNSITO. Recurso ministerial. Absolvição em primeira instância do crime previsto no artigo 305 do Código de Trânsito Brasileiro (Fuga do local do acidente). Possibilidade. Dispositivo que foi declarado inconstitucional pelo Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça. Sentença absolutória mantida. Recurso ministerial a que se nega provimento.[8]

Por consequência, deve o sentenciado ser absolvido de tal acusação, por atipicidade da conduta (CPP, artigo 386, III).

No tocante ao crime do artigo 306, as penas foram bem dosadas, justificando-se plenamente o aumento em razão da concentração de álcool por litro de sangue constatada ser muito superior ao patamar permitido por lei e pelo fato do apelante ter provocado um acidente com sua conduta. A suspensão do direito de dirigir, por seu turno, foi estabelecida por tempo adequado e suficiente para a adequada reprovação.

Destarte, pelo meu voto, proponho se dê parcial provimento ao recurso, para o fim de absolver SÉRGIO VALIM DOS SANTOS da imputação da prática do crime previsto no artigo 305 do Código de Trânsito Brasileiro, com fulcro

Acesso ao Sumário

6 TJSP, Apelação nº 0007434-52.2012.8.26.0541, Julgamento: 16/1/2014; Embargos infringentes e de nulidade nº 0031105-30.2009.8.26.0050/50000.

7 TJSP, Apelação nº 0001293-78.2012.8.26.0165.

8 TJSP, Apelação nº 0000656-82.2012.8.26.0568.

no artigo 386, III, do Código de Processo Penal, mantida, no mais, a r. sentença recorrida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000931-43.2008.8.26.0189, da Comarca de Fernandópolis, em que é apelante MARCELO BUZOLIN MOZAQUATRO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, mantida integralmente a sentença impugnada. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.912)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores TRISTÃO RIBEIRO (Presidente), SÉRGIO RIBAS e JUVENAL DUARTE.

São Paulo, 10 de dezembro de 2015.

TRISTÃO RIBEIRO, Relator

Ementa: HOMICÍDIO CULPOSO. Acidente de trabalho. Contratação do ofendido como operador de caldeira sem que possuísse qualificação técnica para a função. Realização de reforma na máquina, sem supervisão de engenheiro ou inspeção posterior, dispensando-se os necessários equipamentos de segurança. Culpa do réu, nas modalidades imprudência e negligência, com inobservância de regra técnica de profissão, inegável. Irrelevância de eventual culpa concorrente da vítima ou de falha no atendimento médico. Condenação mantida. Pena corretamente fixada, partindo de patamar acima do mínimo pela culpabilidade exacerbada e com a incidência da majorante prevista no artigo 121, § 4º, primeira parte, do CP. Pena substituída, na forma do art. 44, do CP, fixado o regime aberto para o caso de conversão. Indenização aos dependentes da vítima bem estabelecida, com base em pedido específico do Ministério Público e em critérios determinados de cálculo, possibilitando-se o contraditório. Apelo

Acesso ao Sumário

improvido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta por MARCELO BUZOLIN MOZAQUATRO de sentença que o condenou, como incurso no artigo 121, § 3º, c.c. o seu § 4º, primeira parte, do Código Penal, à pena de 02 (dois) anos de detenção, em regime aberto, substituída por restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana, e ao pagamento de indenização aos dependentes da vítima, no valor de R$ 100.000,00 (cem mil reais), a ser compensada com eventual reparação a ser fixada na ação trabalhista noticiada nos autos.

A Defesa postula a absolvição com fundamento na insuficiência da prova, alegando a inexistência de culpa do réu, já que houve falha humana, por parte da vítima no acidente, e também no atendimento médico, que levou ao óbito.

O recurso foi regularmente processado e, nesta instância, a douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo improvimento da irresignação.

É o relatório.

O apelo não comporta provimento.

Com efeito, a materialidade está estampada no laudo necroscópico de fls. 19/22, complementado a fls. 123/124 e 149/151, o qual atesta que a morte da vítima decorreu de complicações decorrentes dos ferimentos causados pelo acidente de trabalho; ainda quanto à prova da materialidade, merecem destaque os laudos de exame pericial do local do acidente (fls. 84/93), a "ficha de análise de acidentes" (fls. 112/118) e os laudos específicos de inspeção da caldeira (fls. 168/174, 181/188 e 199), apurando-se que esta última tinha uma pressão vinte vezes superior à necessária para o deslocamento da tampa de concreto que atingiu a vítima.

No caso, restou apurado que a vítima operava uma caldeira na "Graxaria Mozaquatro", pertencente ao réu, e, quando "descarregava a pressão", uma caixa da caldeira com tampa explodiu, jogando-a para o alto e causando-lhe lesões e graves queimaduras, de 2º e 3º grau; a vítima foi socorrida e passou por longo tratamento hospitalar, porém faleceu por embolia e edema pulmonar como decorrência direta das queimaduras.

E a responsabilidade pelo acidente fatal, a título culposo, nas modalidades imprudência e negligência, e com inobservância de regra técnica da profissão, é imputável ao apelante, que era o empregador do ofendido.

É que o apelante contratou o ofendido para trabalhar como operador de caldeira apesar de não possuir a necessária qualificação (sequer concluiu o curso

Acesso ao Sumário

de preparação – fls. 220/228), e ainda realizou alteração no equipamento, sem supervisão de engenheiro, substituindo o compartimento receptor de descarga (fotografias a fls. 92/93) por outro subdimensionado, sem capacidade de receber com segurança a pressão da caldeira, e desprovido de sistema de alarme sonoro do nível de água que pudesse evitar o sinistro; o laudo complementar a fl. 199 deixa claro que o acidente teria sido evitado pela adoção das necessárias medidas de segurança pela empresa, mesmo diante de um procedimento equivocado por parte do empregado, daí porque não há falar em culpa exclusiva da vítima pelo evento, valendo destacar que mesmo eventual culpa concorrente não afasta a sua responsabilidade penal.

A culpa do réu é inegável, inclusive pela própria versão dele, pois admitiu que a vítima estava trabalhando sem possuir o curso de operador de caldeira quando ocorreu o acidente (fl. 277), daí porque pouco importa que o ofendido tivesse experiência e conhecimento prático para que se avalie a previsibilidade de acidente, por parte do empregador, sendo igualmente patentes a imprudência e a negligência pelo desrespeito às normas técnicas de segurança do trabalho e pela reforma no equipamento sem a devida inspeção.

E os depoimentos colhidos em juízo (fls. 374/379, 380/387, 405 e 453, além dos *compact disc* juntados a fls. 429, 491 e 527) também confirmaram integralmente as conclusões acima destacadas, merecendo destaque a constatação de que era praxe na empresa do apelante que os próprios empregados ensinassem a operação das máquinas aos recém-contratados sem a qualificação técnica necessária e exigida por lei (fls. 380/387).

Também não convencem as alegações defensivas, na esteira do interrogatório em juízo (*CD* a fl. 589), de que a reforma foi somente do local de descarga da caldeira, o que não demandaria novo treinamento de funcionários, pois, como já mencionado, é inegável que o ofendido não possuía qualificação para tal serviço, e da mesma forma pouco importa que a caldeira continue funcionando normalmente após o acidente, já que, repita-se, eventual culpa concorrente da vítima, por má operação do equipamento, não afasta a culpa do réu, justamente por colocar na realização da tarefa pessoa sem conhecimento técnico, e pelo fato de a reforma não ter incluído os necessários sistemas de segurança; da mesma forma, as supostas falhas no atendimento médico à vítima também não afastam o nexo causal entre o acidente e a internação, e nem seriam suficientes para levar ao óbito, pois os laudos mencionados deixam claro que complicações decorrentes das queimaduras é que causaram a morte.

Assim, inafastável a condenação do réu por homicídio culposo (artigo 121, § 3º, do Código Penal), com a incidência da causa de aumento de pena prevista no § 4º, primeira parte, do mesmo dispositivo legal, pois o crime resultou da inobservância de regra técnica de profissão (Item 13.3.5. da NR 13, que dispõe sobre os requisitos para operação de caldeira – fls. 220/221).

Acesso ao Sumário

A pena foi fixada de forma bem justificada e ponderada, partindo de metade acima do mínimo legal, diante da culpabilidade exacerbada do réu (colocou o ofendido e os demais funcionários em constante risco de acidente durante anos, por permitir que trabalhassem sem a devida qualificação), com aumento de um terço pela majorante já mencionada.

Destaque-se que a pena corporal foi substituída na forma do artigo 44, do Código Penal, sendo ainda fixado o regime aberto para o caso de eventual conversão, nada mais podendo pleitear a Defesa a respeito.

Cabe ressaltar, por fim, que o valor fixado a título de indenização mínima aos dependentes da vítima (artigo 387, IV, do Código de Processo Penal), dedutível de eventual reparação a ser pleiteada na esfera cível ou mesmo trabalhista, conforme consta da sentença, foi fixado com base em pedido específico do Ministério Público, feito na fase de alegações finais, inclusive fornecendo critérios detalhados para o cálculo (meio salário mínimo mensal, considerando o tempo de expectativa de vida da vítima - fl. 602), antes da manifestação defensiva, de sorte que foi possibilitado o contraditório a respeito, daí porque totalmente regular o procedimento, sendo defeso ao Magistrado apenas que fixe o valor de ofício.

Neste sentido a doutrina de Guilherme de Souza Nucci: "***Admitindo-se que o magistrado possa fixar o valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração penal, é fundamental haver, durante a instrução criminal, um pedido formal para que se apure o montante civilmente devido. Esse pedido deve partir do ofendido, por seu advogado (assistente de acusação), ou do Ministério Público. A parte que o fizer precisa indicar valores e provas suficientes a sustentá-los. A partir daí, deve-se proporcionar ao réu a possibilidade de se defender e produzir contraprova, de modo a indicar valor diverso ou mesmo a apontar que inexistiu prejuízo material ou moral a ser reparado. Se não houver formal pedido e instrução especifica para apurar o valor mínimo para o dano, é defeso ao julgador optar por qualquer cifra, pois seria nítida infringência ao princípio da ampla defesa***" (*in* "Código de Processo Penal Comentado", RT, 2009, 9ª edição, pág. 701).

Ante o exposto, nego provimento ao recurso, mantida integralmente a sentença impugnada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0004948-83.2014.8.26.0037, da Comarca de Araraquara, em que são apelantes EMERSON RODRIGO DOS SANTOS, EDUARDO ESTEVAO ZAVATTI e

Acesso ao Sumário

DÊNIS RICARDO SANGI SOARES, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 3ª Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitada a preliminar, negaram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 6.859)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente) e LUIZ ANTONIO CARDOSO.

São Paulo, 11 de dezembro de 2015.

ZORZI ROCHA, Relator

Ementa: Apelação. Crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido. Preliminar de nulidade da sentença por ofensa à regra da "mutatio libelli". Caso de "emendatio libelli". Rejeição. Absolvição por insuficiência de provas. Impossibilidade. Materialidade e autoria demonstradas. Diminuição do patamar de agravamento pela reincidência. Não cabimento. Modificação do regime inicial para regime intermediário. Não cabimento. Não provimento aos recursos.

VOTO

Adotado o relatório já existente (fls.167vº/168vº), acrescenta-se que se trata agora de apelações da sentença de fls.167vº/169 que, desclassificando a acusação inicial do crime de associação criminosa armada (artigo 288, parágrafo único, do Código Penal) para o crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido (artigo 14, "*caput*", da Lei n° 10.826/03), condenou os Réus às penas de: ***1***. EMERSON, 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 12 (doze) dias-multa, calculados no mínimo legal; ***2***. EDUARDO e DÊNIS, 02 (dois) anos e de reclusão, em regime aberto (substituída por duas penas restritivas de direitos consistentes em prestação pecuniária de 01 (um) salário mínimo devidos a entidade pública ou privada com destinação social, e prestação de serviços à comunidade pelo prazo de dois anos), e 10 (dez) dias-multa, calculados no mínimo legal. Pretendem os Réus, em preliminar, a nulidade da sentença por violação ao princípio da correlação, e, no mérito, a absolvição por insuficiência de provas, requerendo EMERSON, ainda, a diminuição do patamar de agravamento aplicado pela reincidência, e a modificação do regime inicial para o semiaberto (EMERSON e DÊNIS - fls.199/202vº; EDUARDO - fls.217/219).

Acesso ao Sumário

Os recursos foram regularmente processados, com resposta do Ministério Público pelos seus não provimentos (fls.221/228).

A Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo não provimento dos recursos (fls.234/240).

É o relatório.

Rejeita-se a preliminar.

Não houve modificação da descrição dos fatos narrados na denúncia (como se vê do terceiro e quarto parágrafos de fls. 02D/03D), apenas a atribuição de definição jurídica diversa, nos exatos termos do artigo 383 do Código de Processo Penal.

Com efeito, a denúncia descreveu expressamente que: ***1***. os Réus estavam juntos em um veículo e foram presos em flagrante, após tentarem fugir da polícia; ***2***. nessa oportunidade, uma arma de fogo foi apreendida em poder de EMERSON.

É o que basta para a caracterização inicial do crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido (artigo 14, "*caput*", da Lei n° 10.826/03), demonstrando o acerto técnico e formal da decisão, além da inexistência de nulidade.

Acrescente-se que a acusação original imputa conduta complexa, com elementos objetivo (porte de arma) e subjetivo (ânimo associativo para a prática de crimes), e, não demonstrado um dos elementos, remanesce o outro, permitindo a desclassificação de maior grau para menor, exatamente como se faz nas hipóteses de denúncia por crime de roubo, mas com condenação por crime de furto.

A prova oral está contida na mídia digital de fls.185.

A materialidade ficou demonstrada pelo: ***1***. boletim de ocorrência (fls.13/17); ***2***. auto de exibição e apreensão (fls.26/27); ***3***. laudo de exame em veículo (fls.140/143); ***4***. laudo de exame em arma de fogo (fls.146/148).

As autorias são incontestes.

Os Réus ficaram silentes na fase administrativa (EMERSON – fls.09; EDUARDO – fls.10; DÊNIS – fls.11). Em Juízo: ***1***. EMERSON negou os fatos, dizendo, em síntese, que: ***a***. não praticou nenhum crime de roubo; ***b***. conhecia EDUARDO, mas não conhecia DÊNIS; ***c***. sabia que o "menino" estava com uma arma a qual não foi apreendida em seu poder, mas foi dispensada durante a fuga; ***d***. estavam apenas voltando para casa e não pretendiam praticar nenhum roubo; ***2***. EDUARDO disse que: ***a***. conhecia os corréus apenas de vista; ***b***. recebeu um telefonema de DÊNIS pedindo carona para vender uma arma de fogo; ***c***. também recebeu um telefonema de EMERSON pedindo carona; ***d.*** desconhecia a presença de arma de fogo no veículo, o local onde seria vendida,

Acesso ao Sumário

e o valor; ***e***. a arma foi dispensada por DÊNIS no momento da fuga; ***f***. o lacre do veículo não estava violado; ***3***. DÊNIS afirmou que: ***a***. era o proprietário da arma de fogo apreendida a qual comprou para defesa pessoal pelo valor de R$ 800,00; ***b***. pediu carona para EDUARDO para vender essa arma de fogo; ***c***. não conhecia EMERSON, mas ambos sabiam da presença da arma de fogo; ***d***. a arma foi dispensada durante a fuga.

As mentiras e contradições são evidentes. Ora, se EDUARDO conhecia DÊNIS apenas de vista, como é possível que ele tenha telefonado e solicitado uma carona para, juntos, venderem uma arma de fogo? Além disso, EDUARDO disse que desconhecia a presença da arma, mas, em seguida, disse que o motivo da carona solicitada por DÊNIS era justamente a venda desse objeto (fato confirmado por DÊNIS em seu interrogatório judicial). Outra contradição entre a sua narrativa e a de EMERSON é quanto ao momento da carona. EMERSON disse que foi apanhado por EDUARDO e DÊNIS, mas EDUARDO afirmou em Juízo que EMERSON foi o primeiro a entrar no carro. E mais, como DÊNIS conseguiu o dinheiro para comprar a arma, se sua profissão é de vendedor (de armas?)? E também, por que venderia logo em seguida uma arma que teria comprado para sua defesa (o que pressupõe ameaça ou temor, também não comprovados)?

O silêncio inicial e as diversas contradições nos interrogatórios judiciais enfraquecem a credibilidade dessas versões.

Por outro lado, os policiais Antônio e Paulo narraram em Juízo que: ***1***. tinham informações sobre a prática de reiterados roubos naquela região, e que os agentes utilizavam um veículo com características idênticas àquele apreendido em poder dos Réus; ***2***. ao avistarem o veículo, determinaram a sua parada, mas o condutor empreendeu fuga, sendo necessária a perseguição e o cerco policial com o apoio de outras viaturas; ***3***. o veículo foi parado e, realizadas as buscas, uma arma de fogo municiada com dois cartuchos íntegros foi encontrada em poder de EMERSON; ***4***. a placa de identificação do veículo estava com o lacre violado; ***5***. algumas vítimas de roubos compareceram ao Distrito Policial e reconheceram os Réus como autores de alguns daqueles crimes, bem como a arma de fogo apreendida; ***6***. os Réus foram reconhecidos por vítimas de duas drogarias existentes naquela região.

E não há porque colocar em dúvida a palavra dos policiais.

O entendimento jurisprudencial majoritário tem convergido na direção de que são válidos e eficazes os seus depoimentos, aptos ao suporte de uma condenação, pois esses agentes da autoridade prestam os seus esclarecimentos sob o compromisso de dizerem a verdade como qualquer testemunha, e as suas narrativas devem ser entendidas como verdadeiras até a produção de provas em contrário com a demonstração da presença de falácia, recaindo o ônus dessa

Acesso ao Sumário

produção contrária à Defesa, situação que aqui não ocorreu.

Assim já decidiu este Tribunal de Justiça (Ap. n° 0934123-19.2012.8.26.0506, rel. Des. Luís Soares de Mello, 4ª Câm., j. em 11.11.2014):

> **"E nada se alegue contra as palavras daqueles agentes da lei.**
>
> **Por quanto não há suspeita sobre elas, mor mente quando, exatamente como aqui, estão coerentes e consonantes ao demais do contexto probatório.**
>
> **A jurisprudência pátria, a esta altura, tem constantemente acolhido a palavra policial como prova segura, firme e convincente, notadamente quando, como aqui, esteja coerente ao mais probatório colacionado e não discrepe do mais produzido, em sua essência".**

A testemunha Ítalo confirmou em Juízo a prática de roubo no estabelecimento em que trabalhava (uma farmácia), indicando EDUARDO como um dos autores do crime o qual foi praticado em concurso de agentes e mediante o emprego de arma de fogo.

A testemunha Tainá também confirmou o roubo ocorrido no estabelecimento comercial em que trabalhava (também uma farmácia), esclarecendo que: ***1***. o crime foi praticado por dois agentes, ambos portando armas de fogo; ***2***. um cliente que presenciou a fuga, afirmou que os agentes se evadiram em um VW/Gol, geração 5, cor chumbo; ***3***. reconheceu os Réus no Distrito Policial, por meio fotográfico e pessoalmente, confirmando em Juízo o reconhecimento de EMERSON e DÊNIS.

Essas narrativas reforçam o convencimento sobre a autoria, pois evidenciam o envolvimento de todos com a ilícita conduta.

Assim, a prova demonstrou que todos tinham conhecimento da presença da arma de fogo no interior do veículo, sendo pouco convincentes os motivos alegados para trafegaram os três juntos pela via pública, à noite, em veículo com identificação irregular (fls.140/143), e em poder de uma arma de fogo a qual estava à disposição de qualquer um deles.

É oportuno anotar que, não obstante a arma de fogo ter sido apreendida na cintura de EMERSON, é certo que DÊNIS assumiu a sua propriedade em interrogatório judicial, e ambos confirmaram que EDUARDO sabia da existência daquela arma no interior do veículo. Dessa forma, a arma apreendida estava em todo momento à disposição dos Réus. Acrescente-se que a prova oral demonstrou que os três tinham intimidade com o manuseio desse objeto, pois as testemunhas Ítalo e Tainá confirmaram que os Réus – em momentos consumativos distintos – praticaram roubos portando armas de fogo.

A condenação era de rigor.

Os pedidos subsidiários também não comportam acolhimento.

Ao contrário do que entendeu a Defesa, não há patamar fixo para o

Acesso ao Sumário

agravamento ou para a atenuação da pena em segunda etapa de sua quantificação. O patamar de 1/6 (um sexto) sugerido nas razões (fls.201) não é mínimo, sendo válido e possível, por exemplo, o agravamento de apenas 01 (um) mês; no entanto, ainda que de forma sucinta, a sentença destacou que o Réu praticou novo crime após ter sido condenado definitivamente pelo grave crime de roubo duplamente majorado (fls.100 e 128), circunstância que sugere maior rigor na fixação da sanção penal porque demonstra a personalidade ousada e perigosa do Réu que não tem nenhum apreço pela vida e pela coisa alheia, autorizando o agravamento de 06 (seis) meses em sua pena.

Pela mesma razão, o regime inicial fechado é o mais indicado, nos exatos termos do § 3º do artigo 33 do Código Penal.

Ante o exposto, rejeitada a preliminar, nega-se provimento aos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0009036-49.2011.8.26.0077, da Comarca de Birigüi, em que é apelante A.C., 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: "Rejeitaram as questões preliminares e, deram parcial provimento ao recurso, para desclassificar a conduta do réu para o artigo 215, do Código Penal, e aplicar-lhe a pena de 02 (dois) anos de reclusão, regime aberto, substituída a privativa de liberdade por prestação de serviços comunitários, pelo mesmo período, mais prestação pecuniária no valor de um salário mínimo, a ser especificadas pelo Juízo da Execução, mantendo- se no mais a r. sentença. v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.278)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores SOUZA NERY (Presidente sem voto), ENCINAS MANFRÉ e ROBERTO SOLIMENE.

São Paulo, 11 de dezembro de 2015.

EUVALDO CHAIB, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – ESTUPRO DE VULNERÁVEL – OBJETIVA A NULIDADE DO PROCESSO, A ABSOLVIÇÃO POR ATIPICIDADE DA CONDUTA OU FRAGILIDADE DAS PROVAS – IMPOSSIBILIDADE – PRELIMINARES REJEITADAS – AUTORIA E MATERIALIDADE

Acesso ao Sumário

DEMONSTRADAS – ESTADO DE EMBRIAGUEZ ALCOÓLICA QUE IMPEDIU O CONSENTIMENTO LIVRE DA VÍTIMA – INVESTIDA DO RÉU QUE SE APROVEITOU DO ESTADO DE VULNERABILIDADE MOMENTÂNEA – DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA – PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO PARA CONDENAR O RÉU POR INFRAÇÃO AO ARTIGO 215, DO CÓDIGO PENAL E RECALCULADA A PENA.

VOTO

A.C. foi condenado pelo r. Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de BIRIGÜI, nos autos do Processo nº 1116/2011, *sentença da lavra do eminente Juiz de Direito Dr. Luiz Augusto Esteves de Mello*, como incurso no artigo 217-A, § 1º, do Código Penal, às penas de 08 (oito) anos de reclusão, em regime fechado, sendo facultado o direito de recorrer em liberdade (fls. 211/227).

O apelante foi processado porque teve conjunção carnal com alguém que, por se encontrar completamente embriagada, não podia oferecer resistência a pratica do ato.

Apela, pleiteando preliminares de nulidade do processo, pois algumas teses defensivas não teriam sido analisadas pela r. sentença, alega cerceamento de defesa, pois foi indeferida oitiva de testemunha essencial para o deslinde da questão e também afirma que a vítima não tinha interesse no prosseguimento do feito. No mérito, a absolvição diante da atipicidade da conduta ou fragilidade das provas, pois a relação sexual teria sido consentida (fls. 236/259).

Contrariado o recurso (fls. 261/264), o douto Procurador de Justiça Dr. Francisco José Taddei Cembranelli, opina pelo seu desprovimento (fls. 270/276).

É o relatório.

As questões preliminares arguidas não comportam acolhimento.

A r. sentença é retrato fiel do conjunto probatório e sua leitura atenta rechaça todas as teses ventiladas pela combativa Defesa.

Não se constata qualquer omissão na apreciação de teses de defensivas.

Também, não há cerceamento de defesa no indeferimento do pedido de oitiva do representante legal do motel, onde o a relação sexual foi consumada. Não forneceu o réu o endereço da testemunha que foi por ele arrolada (fls. 171).

Essa prova era de fato impertinente e foi corretamente indeferida.

Consta às fls. 44 o depoimento de L.P., gerente do (...). Disse que consultadas as imagens do sistema de segurança, nada encontrou. Disse que as imagens são apenas para controle interno e são logo apagadas, para assegurar o

Acesso ao Sumário

sigilo dos frequentadores.

Portanto, essa testemunha nada sabia sobre os fatos em apreço. Disse, ainda, que quando há gritos no local os funcionários avisam a portaria para tomarem providências.

Melhor sorte não assiste ao combativo Defensor quanto à alegação de que falta interesse da vítima em representar o réu criminalmente.

Basta a leitura de seus depoimentos e também o que dispõe o parágrafo único do artigo 225, do Código Penal, para afastar a tese. A ação penal, no caso, é pública incondicionada.

Rejeitadas as questões preliminares, passa-se ao exame do mérito.

Em que pese a fundamentação lançada nas razões de apelo, a absolvição é meta impossível de ser atingida, *data maxima venia*.

Autoria e materialidade estão bem demonstradas nos autos e foram registradas na r. sentença.

Apenas um reparo deve ser feito.

A conduta imputada ao réu e provada nos autos deve ser desclassificada para o artigo 215 do Código Penal – *violação sexual mediante fraude*.

A norma penal em apreço busca proteger a dignidade sexual da vítima, dentro do contexto do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, protegendo a sua livre manifestação da vontade.

Ao contrário do que entendeu o nobre Magistrado, a vítima não estava totalmente impossibilitada de oferecer resistência, não estava totalmente inconsciente, mas parcialmente incapacitada de tomar decisões, pois sob os efeitos do consumo excessivo de álcool.

GUILHERME DE SOUZA NUCCI nos traz a seguinte lição: "*é preciso cautela para não misturar os elementos do tipo previsto no art. 217-A com os elementos do art. 215", e explica: "no contexto do artigo 217-A (...) busca-se uma ausência de discernimento para a prática do ato ou uma completa falta de resistência". Já o artigo 215 fica reservado para o caso, por exemplo, "de pessoas estranhas, como regra, em que uma sóbria, leva outra, embriagada, para a cama, mantendo qualquer ato libidinoso do qual a pessoa ofendida não tinha plena capacidade de entender*" (Código Penal Comentado, São Paulo: RT, 2012, p. 972/973).

É esta, justamente, a hipótese dos autos.

Não restou demonstrado que o réu se aproveitou da total incapacidade de resistência da vítima (artigo 217-A, do CP), mas sim que se aproveitou da resistência diminuída, em razão do consumo excessivo de álcool, o que, como se viu, caracteriza o artigo 215, do Código Penal, e não estupro de vulnerável.

Vejamos.

Acesso ao Sumário

Sempre que ouvido, A. disse que estava com P. em um bar e bebiam junto com amigos. Resolveram ir embora. Levou os amigos J. e J. para suas casas e ficou sozinho no veículo com P.. Começaram a se beijar e foram para um motel. Tiraram suas roupas e começaram a manter relação sexual. P. começou a chorar e pediu para ele parar. "*P. estava um pouco embriagada*", mas consciente (fls. 22/23 e 180/181).

Sua versão, de que a vítima estava consciente de tudo que fazia, foi rechaçada pelo restante do conjunto probatório.

A vítima P. disse que estava em um bar juntamente com o réu e os amigos J. e G. J. Disse que bebeu duas doses de tequila. Não se lembra do momento que deixaram o bar, mas o combinado seria que A. levaria primeiro a depoente para casa, depois os amigos J. e J.

Não foi o que ocorreu. Lembra-se dos fatos apenas por "*flashes*". Acordou em um motel e A. estava em cima da depoente, mantendo relação sexual, o empurrou e pediu para parar, mas ele insistia. Quando ele parou, lembra-se de ter dito "*não acredito que você fez isso comigo*" e apagou novamente. Quando acordou, já estava no carro, com A., voltando para a sua residência. A. a deixou em casa. Estava desesperada e só chorava. Disse, ainda, que antes dos fatos havia deixado bem claro para A. que a relação entre ambos era só de amizade (fls. 118/119).

J. confirmou a versão de P., de que deixou o bar embriagada. Disse que enquanto bebiam P. abaixou a cabeça de forma estranha, como se estivesse dormindo. Precisou ser escorada para entrar no carro e o combinado era de que P. seria levada para a sua casa, primeiro. Mas, A. levou a depoente e depois J., deixando P. por último. P. permaneceu deitada no banco traseiro. Antes de deixar o veículo perguntou a P. se queria dormir na casa da depoente, mas P. disse que não, pois tinha aula no dia seguinte. P. não namorava A., sequer havia ficado com ele. No dia seguinte, recebeu uma ligação de P., desesperada, contando o ocorrido. Ela chorava muito e dizia que foi "*abusada*" pelo réu. P. era virgem até os fatos e disse que nunca iria a um motel com A. Pediu sigilo a depoente, pois não queria que alguém descobrisse o que ocorreu. No entanto, a depoente contou o fato às amigas D., T. e J. Juntas elas convenceram a vítima a procurar por atendimento médico. Por isso, o fato foi comunicado às autoridades públicas (fls. 120/121).

Acesso ao Sumário

G.J. corroborou a versão de J. Disse que quando saíram do bar e foram para o veículo de A. se sentou no banco traseiro, ao lado de P. Ela não falava nada, "*acredito que ela estivesse desacordada*". Disse, ainda, que era A. quem preparava as bebidas que consumiram (fls. 122).

A fraude, portanto, consistiu, além de fornecer as bebidas à vítima, em deixá-la por último no veículo, em estado de embriaguez e longe dos olhares de

testemunhas.

F.M. também confirmou em contraditório ter visto a vítima deitada no banco do veículo, talvez embriagada, e disse que ela não namorava o réu A., pois no bar não os viu se beijando (fls. 142/vº).

As testemunhas J. (fls. 154) e D. (fls.152) também confirmaram o desespero da vítima após os fatos. Disseram que P. chorava muito e quase não conseguia se expressar. Ela pouco se lembrava do ocorrido. Dizia que acordou em um motel e o réu estava em cima dela, mantendo relação sexual. Para D., a vítima disse que chegou a lutar com o réu e o arranhou.

As testemunhas R.S. (fls. 123), N.M. (fls. 124) e B.S.(fls. 125) não presenciaram os fatos e, por isso, pouco ou nada contribuíram para a busca da verdade real.

Portanto, ao término da instrução criminal não restou dúvida de que o réu aproveitou-se da pouca resistência da vítima, em razão do consumo excessivo de álcool, para satisfazer sua lascívia e com ela manter relação sexual em um motel, independentemente de seu consentimento válido.

Constatou-se, também, diante do depoimento da vítima, que embora já tivesse 16 (dezesseis) anos completos, não possuía experiência sexual anterior, foi deflorada pelo réu, conforme laudo de exame de corpo de delito de fls. 14/15.

Também, não restaram demonstrados fatos externos a justificar uma falsa acusação, como a necessidade de prestar contas a seus genitores, depois de uma relação sexual furtiva.

Ao contrário, a vítima sempre demonstrou bastante arrependimento e receio de que o fato chegasse ao conhecimento de terceiros, o que ocorreu somente após a intervenção de amigas e condução ao atendimento médico.

Quanto à validade do depoimento da ofendida já se decidiu que: "*Nos crimes sexuais, secretos pela própria natureza, a palavra da ofendida, muitas vezes a única prova de que se pode valer a acusação, assume um papel preponderante e goza de presunção de veracidade sempre que verossímil, coerente, e amparada por incensurável comportamento anterior*" (RT 436/326).

Em v. aresto, da lavra habilidosa do eminente Desembargador CANGUÇU DE ALMEIDA, que tanto abrilhantou esta Colenda Câmara Criminal, colhe-se o seguinte trecho: "*em crimes praticados na clandestinidade presentes apenas os agentes ativo e passivo da infração, a palavra da vítima é de fundamental importância na elucidação da autoria. Se não desmentida, se não se revela ostensivamente mentirosa ou contrariada, o que cumpre é aceitá-la, sem dúvida. Pois, na verdade, não se compreende proponha-se a vítima, ainda que de pouca idade, a inescrupulosamente, incriminar alguém lhe atribuindo falsa autoria, sem que razões se vislumbrem para tanto. Especialmente, se essa incriminação gera para o incriminador a constrangedora obrigação de vir relatar, para*

Acesso ao Sumário

terceiros estranhos, toda a vergonha desdita que passou" (RT 733/545).

Na espécie, nada há nos autos a sugerir que tenha havido estratagema para inculpar um inocente ou outra justificativa para uma falsa acusação.

É o que basta à condenação, não pelo artigo 217-A, como apontou a peça matriz, mas pelo artigo 215, do Código Penal.

Operada a desclassificação, passa-se a fixação da pena.

Adotados os mesmos critérios da r. sentença, nada justifica a exasperação além do mínimo legal – 02 (dois) anos de reclusão.

Na segunda e na terceira fase, nada a ser considerado.

Ausentes agravantes, atenuantes, causas de diminuição ou de aumento, nesse patamar permanece.

Diante da ausência de violência ou grave ameaça, mostram-se presentes os requisitos do artigo 44 do Código Penal.

A pena privativa de liberdade fica substituída por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços comunitários, por igual prazo ao da condenação, pagamento e prestação pecuniária, no importe de um salário mínimo, ambas em benefício de entidade pública ou privada com destinação social, a ser indicada pelo Juízo das Execuções Criminais.

Por derradeiro, em razão do *quantum* de pena aplicada e da primariedade do agente, fixa-se o regime prisional inicial aberto para a hipótese de expiação.

Diante do exposto, pelo meu voto, rejeitam-se as questões preliminares e, dá-se parcial provimento ao recurso, para desclassificar a conduta do réu para o artigo 215, do Código Penal, e aplicar-lhe a pena de 02 (dois) anos de reclusão, regime aberto, substituída a privativa de liberdade por prestação de serviços comunitários, pelo mesmo período, mais prestação pecuniária no valor de um salário mínimo, a ser especificadas pelo Juízo da Execução, mantendo-se no mais a r. sentença.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0005276-74.2008.8.26.0408, da Comarca de Ourinhos, em que é apelante RAMSÉS FERREIRA DOS SANTOS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PROVIMENTO ao recurso, acolhendo a preliminar arguida e ANULARAM O PROCESSO a partir do recebimento da denúncia. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que

integra este acórdão. **(Voto nº 21.058)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CESAR MECCHI MORALES (Presidente) e GERALDO WOHLERS.

São Paulo, 15 de dezembro de 2015.

RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO, Relator

Ementa: ROUBO QUALIFICADO – Nulidade de datação acolhida – Fatos que se deram um ano antes da data mencionada na denúncia –Erro nas datas observado no relatório do delegado, na denúncia e na sentença – Apelante questionado sobre a "data do fato" – Princípio de que o acusado se defende da descrição do fato, não da capitulação, neste caso a data do fato estava equivocada – Processo anulado desde o recebimento da denúncia, devendo ser refeita toda a prova contaminada – RECURSO PROVIDO.

VOTO

Não se conformando com a r. decisão de fls. 375/380, contra ela apresenta recurso de apelação **RAMSÉS FERREIRA DOS SANTOS** pedindo sua reforma.

O apelante foi condenado por fato ocorrido em 10 de setembro de "2008", como incurso no artigo 157, § 2º, I e II, do Código Penal, a pena de 8 anos, 8 meses e 16 dias de reclusão, em regime inicial fechado e pagamento de 18 (dez) dias-multa.

Alega, em síntese, preliminar de nulidade pela incorreta datação da denúncia e de várias peças do inquérito. No mérito, aduz que a prova restou insuficiente para levar a condenação, baseando-se, o Julgador, apenas nas palavras da vítima e do investigador. (fls. 421/422).

Recurso tempestivo, arrazoado e respondido (fls. 424/425). Manifestando-se nos autos nesta instância, o douto representante da Procuradoria Geral de Justiça se posicionou pelo não provimento do recurso (fls. 437/439).

É O RELATÓRIO.

Consta da denúncia, em síntese, que **RAMSÉS FERREIRA DOS SANTOS**, mediante violência exercida pelo emprego de arma de fogo, auxiliado pelo corréu Amauri Lira Oliveira e pelo menor R.C.F., subtraiu seis tacógrafos da Empresa Princesa do Norte que estavam instalados nos ônibus, ameaçando o vigia noturno Alfredo Antônio de Moraes.

Acesso ao Sumário

A nulidade deve ser acolhida.

Realmente a data constante da denúncia é diversa da data em que os fatos se deram em relação ao ano em que ocorreram. Todo o inquérito menciona que os fatos se passaram em 10 de setembro de 2007.

O erro pode ter ocorrido em razão da demora no deslinde dos fatos, cuja apuração teve início com a prisão em flagrante do corréu Amauri em outro roubo, em setembro de 2007, sendo instaurado inquérito, por portaria, apenas em abril de 2008, após maiores detalhes investigativos.

Provavelmente, a diferença entre a data dos fatos e da instauração do inquérito levou o Promotor de Justiça ao erro quanto ao ano.

O apelante pode não ter se atentado para o ano constante da denúncia e se defendido dos fatos de forma genérica. No entanto, o Magistrado inquiriu Ramsés sobre o que estaria fazendo no dia dos fatos (10 de setembro de 2008) e este respondeu: "Neste dia estava na cidade de Itapetininga. Minha mulher Daniele Fernandes da Silva e meu filho estavam comigo."

Não se sabe, portanto, se o apelante estava se referindo ao dia 10 de setembro de 2007 ou de 2008.

Considerando o princípio de que o acusado se defende não da capitulação, mas do fato descrito na denúncia, a aplicação dele neste caso concreto demonstra que o fato de que se defendia era de determinada data e apontada outra, fez referência a esta. Corrigido o equívoco, deve o apelante se manifestar quanto à data correta.

De se anular, assim, o feito a partir da denúncia, para que, sejam os autos remetidos ao Promotor de Justiça a fim de que seja feita a correção, com renovação da prova afetada.

Deixo consignado que deverá ser providenciado o restante do interrogatório do corréu Amauri, ofertado na fase inquisitiva, caso ainda seja possível, pois, ao que parece, está faltando cópia do verso de fls. 15. Tal se justifica apenas para se evitar futuros aborrecimentos, eis que não geraria qualquer nulidade ou prejuízo à defesa na medida em que falhas do inquérito não contaminam a ação penal, até porque tal prova poderá ser reproduzida em Juízo.

Dessa forma, DOU PROVIMENTO ao recurso, acolhendo a preliminar arguida e ANULO O PROCESSO a partir do recebimento da denúncia.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0010337-22.2012.8.26.0586, da Comarca de São Roque, em que é apelante/apelado

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado/apelante REGINALDO FERREIRA GONÇALVES.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso defensivo e deram provimento ao apelo ministerial para condenar REGINALDO FERREIRA GONÇALVES à pena de 08 anos, 06 meses e 12 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 20 dias-multa, calculados, cada qual, no mínimo legal, como incurso no art. 157, *caput*, c.c. art.71, ambos do Código Penal. Comunique-se. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14.995)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EDISON BRANDÃO (Presidente) e LUIS SOARES DE MELLO.

São Paulo, 15 de dezembro de 2015.

CAMILO LÉLLIS, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – FURTO SIMPLES – Recurso ministerial – Pretendida condenação do acusado pelo cometimento de roubo – Cabimento – Golpe conhecido como "Boa noite Cinderela" – Acusado que ministrou substância sonífera na bebida oferecida à vítima, para subtrair-lhe dinheiro e cartão bancário, realizando com este saques, transferências e compras, após haver reduzido a ofendida à impossibilidade de defesa – Crime cometido com violência imprópria, elementar do crime de roubo – Afastamento da desclassificação operada na sentença – Necessidade – Penas redimensionadas – Recurso provido.

Recurso defensivo – Pretendida redução da reprimenda e abrandamento do regime prisional – Descabimento – Circunstâncias judiciais desfavoráveis ao agente, que autorizam a fixação da pena-base acima do mínimo legal – Ademais, trata-se de réu reincidente, que cometera o delito contra mulher grávida e em continuidade delitiva, justificando os acréscimos infligidos na sentença – Pelos mesmos motivos, correta a fixação do regime inicial fechado para cumprimento da pena – Crime grave, incompatível com a fixação de regime mais brando, como pretendido pela defesa – Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Pela r. sentença de fls. 164/171, **Reginaldo Ferreira Gonçalves** foi condenado à pena de 02 anos e 08 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais ao pagamento de 23 dias-multa, no piso legal, como incurso no art. 155, *caput*, c.c. o art. 71, ambos do Código Penal.

Inconformadas, apelam as partes.

O **Ministério Público** requer a cassação da desclassificação operada na sentença, condenando-se o acusado nos termos da denúncia (fls. 176/191).

Reginaldo, por seu turno, busca a redução da reprimenda infligida e o abrandamento do regime prisional (fls. 200/204).

Contrariados os recursos (fls. 195/199 e 207/209), subiram os autos, tendo a D. Procuradoria Geral de Justiça opinado pelo desprovimento do apelo defensivo e provimento do recurso ministerial (fls. 232/240).

É o relatório.

A imputação é a de que, do dia 13 de outubro de 2012 até o dia 16 de outubro de 2012, em diversos horários, no interior da residência situada na Rua Benedito Crispim Moura, 240, Bairro Cintra Gordinho, no interior do estabelecimento bancário "Santander", situado no centro, bem como em diversos outros locais, todos situados na cidade de Araçariguama, comarca de São Roque; o acusado, vulgo "Rejão", agindo em continuidade delitiva, subtraiu, para si, coisas alheias móveis consistindo em 01 cartão bancário referente à conta 0033-0141-00060001399, do banco Santander; aproximadamente R$ 3.900,00 mediante indevidas transferências e compras realizadas com o citado cartão bancário, bem como aproximadamente R$ 1.400,00 em dinheiro, depois de haver reduzido a vítima Grasiele dos Santos Alves Silva, proprietária de tais bens, à impossibilidade de defesa.

Segundo narra a denúncia, à época dos fatos, réu e vítima iniciaram breve relacionamento afetivo.

Acesso ao Sumário

No dia 13 de outubro de 2012, Grasiele foi até a residência de **Reginaldo**, ocasião em que ele ofereceu à vítima o consumo de frutas e sucos. Ocorre que, na oportunidade, o acusado ministrou nos mantimentos e no líquido produto não apurado. A vítima ingeriu tais produtos e, em sequência, prostrou-se desacordada, permanecendo nesta condição até o dia 15 de outubro de 2012. Aproveitando-se, assim, da impossibilidade de defesa de Grasiele, **Reginaldo** foi até a casa dela, situada na Rua Benedito Crispim Moura, 240, bairro Cintra Gordinho, Araçariguama, ocasião em que subtraiu, para si, do interior do local, 01 cartão bancário do Santander, bem como aproximadamente R$ 1.400,00 em

dinheiro, todos pertencentes à vítima Grasiele.

No dia 15 de outubro de 2012, a ofendida despertou. Ainda acometida de mal-estar, a vítima solicitou que o acusado a levasse até um hospital na cidade de Osasco/SP. **Reginaldo** atendeu e, então, aproveitando-se que a vítima novamente estava impossibilitada de se defender (porquanto internada e em outra cidade), subtraiu, nos dias 15 e 16 de outubro de 2012, aproximadamente R$ 3.900,00 mediante indevidos saques, transferências e compras realizadas com o cartão bancário outrora subtraído. A transferência bancária e os saques foram realizados nas dependências do banco Santander, e as compras, diretamente nos recintos de diversos estabelecimentos comerciais da cidade de Araçariguama.

Reginaldo reduziu a capacidade de defesa da vítima, pois ministrou produto que causou seu desfalecimento por dias consecutivos, bem como que determinaram sua internação. Nestas condições, praticou as subtrações descritas.

No caso em tela, os elementos de prova carreados para os autos da *informatio delicti* e ratificados durante a instrução, sob o crivo do contraditório, demonstram, com clareza e segurança, a imputação atribuída a Reginaldo.

A materialidade e a autoria restaram cabalmente comprovadas pelas provas documental e oral colhidas na instrução criminal.

Aliás, desnecessária a análise mais aprofundada do conjunto probatório, pois o Ministério Público insurge-se contra a desclassificação da conduta imputada ao réu para furto, pretendendo sua condenação nos exatos termos da denúncia; por outro lado, o recurso da defesa recai somente sobre a dosimetria e o regime inicial de cumprimento da pena.

Destarte, analisando as razões alinhavadas nas razões recursais, temos que somente o reclamo ofertado pelo Ministério Público comporta provimento.

Pois bem.

Sem desdouro à convicção do ilustre magistrado sentenciante, não era mesmo caso de desclassificação do roubo para furto, haja vista que a elementar da violência (no caso, imprópria) prevista no crime ora sob análise, ficaram suficientemente demonstradas.

De fato, a vítima Grasiele dos Santos Alves Silva, em todas as oportunidades em que foi ouvida, prestou declarações seguras e coesas acerca dos fatos. Assim, esclareceu que, à época dos fatos, mantinha um relacionamento amoroso com o acusado e, na data do ocorrido, foi até a residência dele. No local, o réu ofereceu bebidas e frutas à ofendida, sendo que ela somente aceitou uma latinha contendo suco natural. Ao ingerir a bebida, desfaleceu e, a partir daí, não se recorda de mais nada. Contou que somente veio a despertar dois dias depois, mas, ainda se sentindo mal, pediu ao acusado que a levasse a um hospital em Osasco, onde permaneceu internada por mais dois dias. Na oportunidade, sofreu um aborto espontâneo. Após sua alta, constatou que, durante o período

Acesso ao Sumário

em que esteve desfalecida e, posteriormente, internada, houve subtração de um cartão bancário e da quantia de R$ 1.400,00 em dinheiro de sua residência, além de aproximadamente R$ 3.900,00 de sua conta bancária, mediante saques, transferências e compras realizadas no comércio local. Acrescentou que o apelante estava na posse de seu cartão bancário, bem como foi visto entrando em sua residência no período em que esteve inconsciente/internada. Disse, por fim, que, após tomar ciência da lavratura do boletim de ocorrência, o recorrido a obrigou a ir à delegacia de polícia para 'retirar a queixa', alegando que pagaria a quantia retirada de sua conta bancária, o que não fez (fls. 08/09 e *mídia digital*, fls. 116).

E, como é cediço, a palavra da vítima, como já há muito decidido pela jurisprudência, pode servir de fundamento para condenação, inclusive como único meio de prova, se a vítima se mostrou coerente e firme em seus depoimentos, que é o que se vê nos autos.

À propósito:

"As palavras da vítima, em se tratando de delitos patrimoniais, assumem especial relevância, desde que, como na hipótese vertente, mostrem-se firmes, porquanto não é comportamento usual de quem sofreu um assalto incriminar alguém, sabendo ser tal pessoa inocente, na medida em que a vítima visa tão somente à punição do responsável pelo delito" (Rel. Pedro Gagliardi, Apel. n° 990.09.153421-8, 15ª Câm. Criminal, j. em 15.12.09).

A testemunha Rodrigo da Silva Santos contou que a vítima era amiga de sua mãe e que morava na residência deles. Destarte, na data dos fatos, o depoente chegou em casa, onde encontrou o acusado, não estranhando a sua presença no local, pois sabia que ele e Grasiele "estavam juntos". O réu alegou que ali estava para pegar umas roupas e o cartão bancário da ofendida, a pedido dela. A testemunha, então, pegou o cartão e as roupas de Grasiele e entregou ao acusado. Na sequência, Rodrigo deixou a casa, mas o apelado permaneceu no local (*mídia digital*, fls. 134).

E **Reginaldo** negou a imputação, alegando, em síntese, que todos os saques, transferências e compras realizadas com o cartão bancário da vítima, de fato, foram feitos por ele, mas com o consentimento dela. Disse ter utilizado o dinheiro para consertar seu carro e comprar um aparelho de DVD automotivo. Aduziu, por fim, que a ofendida passou mal em sua residência em virtude de um aborto espontâneo (mídia digital, fls. 134).

Indubitável, portanto, que o acusado foi o autor da subtração, o que, aliás, não foi questionado pela defesa.

A discussão gira em torno da correta tipificação penal, se furto ou roubo.

E, em que pesem as ponderações tecidas na sentença, configurou-se o delito de roubo impróprio.

Acesso ao Sumário

Isso porque, embora o réu tenha negado, a vítima fora segura em afirmar que perdera os sentidos logo após ingerir uma lata de suco fornecida pelo acusado, somente despertando dois dias depois, sentindo-se mal, quando foi internada. Forneceu, ainda, um curioso detalhe: a lata foi aberta pelo acusado, que serviu dois copos. Após a vítima beber o seu, o apelado despejou o conteúdo do copo dele, no copo dela (*mídia digital*, fls. 134).

Assim; ao que se dessume dos autos, a vítima fora dopada pelo acusado, na residência dele, onde ela, involuntariamente, forneceu-lhe os dados bancários de que necessitava para aplicar o golpe (senhas), além de lhe informar onde guardava o cartão e dinheiro na residência dela, tudo em decorrência da alteração de seu nível de consciência.

Nesse período, o acusado, aproveitando-se da impossibilidade de defesa da ofendida, dirigiu-se até a residência dela e apoderou-se de dinheiro e do cartão bancário, realizando saques, transferências e compras em estabelecimentos comerciais da região, enquanto ela (Grasiele) permanecia desacordada/internada.

Dispõe o art. 157, do Código Penal que:

"Art. 157 - Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência:" (grifo nosso).

Destarte; após analisar com acuidade todo o acervo processual, a prova revela que, exatamente nos termos do citado dispositivo legal, o agente, inicialmente, reduziu a vítima à impossibilidade de resistência, oferecendo o referido suco, e, após esta cair em sonolência, subtraiu-lhe o cartão bancário e dinheiro, que guardava em sua residência.

Trata-se, no caso em comento, da configuração da violência imprópria.

Como leciona ROGÉRIO GRECO:

"Hungria, esclarecendo o significado da violência imprópria, diz: 'Aos meios violentos é equiparado todo aquele pelo qual o agente, embora sem emprego de força ou incutimento de medo, consegue privar a vítima o poder de agir, v.g.: narcotizando-a à son insu ou dissimulamente, hipinotizando-a, induzindo-a a ingerir bebida alcoólica até a embriaguez etc. Pressupõe que o outro 'qualquer meio' é empregado ardilosa ou subrecepticiamente, ou, pelo menos, desacompanhado, em sua aplicação, de violência ou moral, pois do contrário, se confundiria com esta, sem necessidade de equiparação legal." (Código Penal Comentado, Ed. Impetus, 2011, p. 432).

Portanto, caracteriza o delito de roubo, e não o de furto, o vetusto golpe denominado "Boa Noite Cinderela" empregado pelo réu, pois, ao dopar a vítima com fortes doses de sonífero, misturadas em suco, ele a teve à sua disposição, levando-a à impossibilidade de qualquer resistência. Nestas condições, resta

Acesso ao Sumário

configurado um dos elementos constitutivos do delito de roubo, isto é, a violência ou grave ameaça.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça já se posicionou no sentido de que esses fatos configurariam roubo:

> *"PENAL. RECURSO ESPECIAL. DELITO DE ROUBO. OFERECIMENTO DE BEBIDA COM TRANQUILIZANTE À VÍTIMA. MEIO DE REDUZIR-LHE A RESISTÊNCIA. GOLPE CONHECIDO COMO "BOA NOITE CINDERELA". RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. Configura crime de roubo a conduta do agente que oferece bebida com tranquilizante à vítima, provocando uma condição de passividade e reduzindo a sua resistência a fim de subtrair-lhe a carteira. 2. Recurso especial conhecido e provido para restaurar a sentença"* (REsp. 1059943/SP, relator Ministro Arnaldo Esteves de Lima, Quinta Turma, julgado em 21.05.2009).

Anote-se que, ao contrário da conclusão a que chegou o douto juiz da causa, não se pode afirmar com absoluta segurança que o desfalecimento da vítima por dois dias, secundado de internação, seja proveniente da gravidez interrompida (aborto espontâneo) sofrida por ela. Nesse passo, malgrado o magistrado tenha se baseado na informação de que as drogas utilizadas nessa espécie de golpe têm duração aproximada de 24 horas, não se pode descartar a hipótese de que o efeito delas tenha se potencializado no organismo da ofendida, notadamente em decorrência da gravidez.

Aliás, como bem anotado pela ilustre procuradora de justiça oficiante, não se pode descartar a possibilidade, até mesmo, do aborto espontâneo ter decorrido da ingestão da droga ministrada pelo réu à ofendida.

Ainda não se pode olvidar que, segundo relatou Grasiele, ela sentiu-se mal logo após a ingestão da bebida oferecida pelo apelado, o que torna ainda mais frágil a assertiva de que o desmaio decorreu da gravidez.

Verifica-se, assim, na esteira do entendimento esposado pelos ilustres representantes ministeriais de primeira e segunda instâncias, cujas judiciosas manifestações também ficam adotadas como razão de decidir, que a prova incrimina, e muito, o apelante, ficando plenamente caracterizada a violência caracterizadora do roubo, devendo, destarte, ser afastada a desclassificação para furto havida na decisão monocrática.

Acolhido o reclamo ministerial, a pena deve ser redimensionada, restando prejudicado, por decorrência lógica, o apelo defensivo tendente à redução da reprimenda.

Nessa toada, a pena-base deve ser fixada acima do mínimo legal.

Por proêmio, verifica-se que o acusado ostenta mau antecedente, retratado a fls. 14 do apenso de antecedentes, malgrado o trânsito em julgado da

Acesso ao Sumário

condenação por delito anterior (data do delito: 17.12.2007) tenha ocorrido após os fatos ora sob exame (data do trânsito em julgado: 16.04.2013).

Tal entendimento não afronta a Súmula n.º 444, do Superior Tribunal de Justiça, pois não se trata de processo em andamento.

A propósito do tema, o entendimento da aludida Corte Superior:

"Segundo entendimento desta Corte, a condenação por crime anterior, cujo trânsito em julgado ocorreu após a nova prática delitiva, embora não caracterize a reincidência, constitui maus antecedentes" (HC 167.602/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 9/3/2011).

"O Superior Tribunal de Justiça adota o posicionamento de que podem ser considerados, para caracterizar maus antecedentes, condenações por crime anterior com trânsito em julgado posterior ao delito em exame, conforme procederam as instâncias ordinárias ao fixarem a pena-base do paciente. Não incidência, in casu, do enunciado n. 444 da Súmula do STJ, porque foram aplicadas condenações já transitadas em julgado, como maus antecedentes, para exasperar a pena-base" (HC 209.148/SP, Rel. Min. Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), 5.ª Turma, DJe 19/11/2012).

Ademais, as consequências do delito foram deveras prejudiciais à vítima, que sofreu grave abalo emocional e financeiro com a conduta do acusado, que se valeu do envolvimento afetivo que tinha com a ofendida para promover o engodo, demonstrando frieza e comportamento abjeto.

Portanto, fixa-se a pena-base do apelante em 1/3 acima do mínimo legal, perfazendo **05 anos e 04 meses de reclusão e pagamento de 13 dias-multa.**

Na segunda etapa da dosimetria; presentes as agravantes da reincidência, comprovada a fls. 08 do apenso de antecedentes, bem como aquela prevista no art. 61, II, *h*, do Código Penal, já que o crime fora perpetrado contra mulher grávida (conforme prontuário médico de fls. 68/86); autorizada a elevação da reprimenda em mais 1/5, totalizando, nesta fase, ***06 anos, 04 meses e 24 dias de reclusão e pagamento de 15 dias-multa.***

Por fim, reconhecida a continuidade delitiva, mantem-se o aumento de 1/3 infligido na r. sentença, resultando em **08 anos, 06 meses e 12 dias de reclusão e pagamento de 20 dias-multa, calculados, cada qual, no mínimo legal**, que se torna definitiva ante a ausência de outras causas modificadoras.

O regime prisional eleito (fechado) deve ser mantido, desmerecendo acolhimento a pretensão defensiva.

De fato, o regime inicial realmente deve ser o fechado, em decorrência da elevada gravidade dos fatos, perpetrados com violência imprópria contra vítima com quem mantinha relacionamento amoroso, o que denota maior frieza e audácia do agente e necessidade de maior rigor do Estado- juiz, indicando que

Acesso ao Sumário

regime menos gravoso não se mostraria suficiente para a necessária assimilação da terapêutica penal pelo sentenciado, bem como geraria sensação de impunidade e insegurança à sociedade, que se vê assolada e atemorizada com crimes desse jaez nos dias atuais.

Isso não bastasse, o *quantum* de pena ora infligido, bem como a reincidência do acusado, não autorizam, de modo algum, a fixação de regime menos gravoso, nem tampouco a concessão de quaisquer outras benesses legais.

A propósito, já se decidiu:

"O delito de roubo, por toda a violência e agressividade que lhe é intrínseca, não comporta reprimenda leve, que traduziria sensação de impunidade, estimulando a recidiva. Assim, necessário se faz a fixação do regime fechado para desconto da reprimenda estabelecida em primeiro grau." (Rel. Ribeiro dos Santos, Apel. n.º 990.10.324165-7, j. em 24.02.11).

Ante o exposto, pelo meu voto, **nego provimento ao recurso defensivo e dou provimento ao apelo ministerial para condenar REGINALDO FERREIRA GONÇALVES à pena de 08 anos, 06 meses e 12 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 20 dias-multa, calculados, cada qual, no mínimo legal, como incurso no art. 157, *caput*, c.c. art.71, ambos do Código Penal. Comunique-se.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0003758-31.2000.8.26.0052, da Comarca de São Paulo, em que é apelante JOSÉ INÁCIO DE SOUZA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não Conheceram do recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.147)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores EDISON BRANDÃO (Presidente), LUIS SOARES DE MELLO e EUVALDO CHAIB.

São Paulo, 15 de dezembro de 2015.

EDISON BRANDÃO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO – HOMICÍDIO QUALIFICADO – Alegação de decisão

manifestamente contrária à prova dos autos, com anulação do julgado – Não conhecimento – Art. 593, § 3º, do Código de Processo Penal – Não se admite segunda apelação com os mesmos fundamentos que ensejaram a primeira – Recurso de apelação anteriormente interposto pelo Ministério Público, igualmente com base no art. 593, III, alínea "d", do CPP – Recurso defensório não conhecido.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto por JOSÉ INÁCIO DE SOUZA contra a r. sentença de fls. 798/801 que o condenou por incursão ao art. 121, § 2º, IV, do Código Penal a **pena de 12 anos de reclusão, em regime inicial fechado**.

Inconformado, busca nova submissão ao Conselho de Sentença que afirma ter decidido contrariamente à prova dos autos (fls. 813/817).

Ofertadas as contrarrazões (fls. 819/822), a Douta Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer, opinou pelo improvimento do recurso (fls. 826/834).

Relatei.

Consta que no dia 18 de agosto de 2000, por volta de 20h30min, agindo com intenção de matar e utilizando-se de recurso que dificultou a defesa do ofendido, o apelante efetuou disparos de arma de fogo em Francisco José dos Santos, causando-lhe ferimentos que o levaram a óbito. Conforme apurado, o réu suspeitou de possível relação amorosa entre a vítima e sua amásia Fabiana Vieira Ramalho e, diante disso, deliberou matar Raimundo e para tanto obrigou Fabiana a ligar para a vítima a fim de que marcassem um encontro, o que de fato ocorreu. No dia e horário combinados, a vítima, atraída pelo chamariz, planejado e executado mediante dissimulação, recurso esse que dificultou sua defesa, compareceu ao local previamente ajustado com Fabiana, onde foi alvejada pelo indiciado, que houvera arquitetado todo o plano (fls. 02/03).

Levado a um primeiro julgamento, foi absolvido pelo corpo de jurados (fls. 583/584), sentença esta anulada em sede recursal sob entendimento de ter havido decisão manifestamente contrária à evidência dos autos (fls. 636/640).

Submetido a novo julgamento, atendendo à vontade soberana do Conselho de Sentença, o juiz que presidiu o júri condenou o réu a 12 anos de reclusão, em regime fechado, por infração ao art. 121, § 2º, IV, do Código Penal (fls. 798/801).

Inconformado, o apelante interpõe a presente apelação, o fazendo, entretanto, com idêntico fundamento do recurso anterior, qual seja, o art. 593, III, "d", do Código de Processo Penal.

Acesso ao Sumário

Tal pedido, contudo, não pode ser conhecido, nos termos da vedação contida no § 3º deste mesmo dispositivo.

A norma impede a interposição de segunda apelação pelo mesmo motivo – ainda que pela outra parte – aqui entendida como o recurso interposto com base na mesma hipótese de cabimento, ou seja, na disposição relativa à decisão do Conselho de Sentença manifestamente contrária à prova dos autos.

O Ministério Público, quando do primeiro julgamento, apelou ao argumento de julgamento contrário às provas dos autos, o que foi acolhido no v. acórdão.

Assim, não pode agora o apelante recorrer sob este mesmo fundamento.

Neste sentido:

"O disposto no §3º do art. 593 do CPP é claro ao vedar outro recurso sob o fundamento de contrariedade entre o veredicto e a prova dos autos, quando dispõe: 'não se admite, porém, pelo mesmo motivo, segunda apelação'. Para a doutrina e a jurisprudência a expressão 'pelo mesmo motivo' significa 'pelo mesmo fundamento', ou seja, tratar-se de decisão dos jurados contrária às provas dos autos" **(STF – RE – rel. Oscar Correa – RT 597/423).**

"APELAÇÃO CRIME. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. PRETENSÃO DE NULIDADE DO JULGAMENTO SOB ALEGAÇÃO DE DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. INADMISSIBILIDADE. RECURSO ANTERIOR DA ACUSAÇÃO PELO MESMO FUNDAMENTO. VEDAÇÃO LEGAL. ART. 593, § 3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NÃO CONHECIMENTO. RECURSO NÃO CONHECIDO. Segundo o disposto no art. 593, § 3º, do Código de Processo Penal, não se admite segunda apelação pelos mesmos motivos da primeira, mesmo que interposto pela outra parte" (TJPR – 1ª Câmara Criminal – Apelação nº 8335913 – Rel. Macedo Pacheco – j. 22/03/2012) **(g.n.).**

Quanto ao tema, diz o Superior Tribunal de Justiça:

"A lei não cuida de qualquer discriminação entre motivo e fundamento. Fala, apenas, em motivo e este consiste em que não se reitere a apelação, se o mesmo já foi anteriormente utilizado. Motivo, aí, é, evidentemente, a invocação de uma decisão, manifestamente contrária à prova dos autos e que já serviu de escudo à apelação anterior. Como repeti-lo, contra o mandamento peremptório da lei?" (RTJ51/331 Rel. Ministro Barros Monteiro).

E ainda RT's: 543/289; 554/419; 566/358; 594/331 e 618/344.

Daí porque, em observância aos termos peremptórios do art. 593, § 3º, do Código de Processo Penal, não se pode proceder, pela segunda vez, análise do mérito do presente recurso de apelação, quando inequivocamente interposto sob o mesmo fundamento do anterior.

Acesso ao Sumário

Posto isto, **NÃO CONHEÇO** a apelação, mantida a r. sentença tal qual lançada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002356-18.2012.8.26.0205, da Comarca de Getulina, em que é apelante FRANCIELI PEREIRA DO CARMO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

A**CORDAM**, em 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "De ofício, desclassificaram a conduta de Francieli Pereira do Carmo para o crime capitulado no art. 340 do Código Penal e converteram o julgamento em diligência a fim de que se apliquem os institutos despenalizadores da Lei 9.099/95. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.625)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VICO MAÑAS (Presidente), JOÃO MORENGHI e ANGÉLICA DE ALMEIDA.

São Paulo, 16 de dezembro de 2015.

VICO MAÑAS, Relator

Ementa: Denunciação caluniosa – Acusação contra pessoa indeterminada – Desclassificação para comunicação falsa de crime – Conversão em diligência, para aplicação dos institutos despenalizadores da Lei 9.099/95.

VOTO

Francieli Pereira do Carmo foi condenada pela MMª. Juíza de Direito da Comarca de Getulina a 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 12 (doze) dias-multa, no valor mínimo unitário, substituída a pena privativa de liberdade por prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, como incursa no art. 339, por três vezes, na forma do art. 70, ambos do Código Penal.

Inconformada, pretende a absolvição, sustentando insuficiência probatória e ausência do dolo configurador do crime.

Oferecidas as contrarrazões (fls. 163/165), a D. Procuradoria da Justiça opina pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Segundo a denúncia, Francieli e duas amigas se aproximaram de Ademir Antonio da Silva, Fabiano Elias Abrahão e Antonio Carlos Gomes Filho em lanchonete e, após conversa, convidaram-nos para sair de carro. Durante o passeio, ante alusões de Francieli a magia negra, os rapazes deixaram as moças em estrada da zona rural. Quando partiam, percebendo celular, jaqueta e sapatos no assento que a ré utilizara, jogaram os objetos pela janela. Inconformada por ter de voltar a pé para a cidade, Francieli acionou a polícia militar. Disse que homens a forçaram a entrar em veículo com amiga e, levando-a encapuzada para as cercanias de fazenda, dela tentaram abusar, bem como que subtraíram seus sapatos e celular, por fim abandonando-as na estrada. Os bens foram recuperados e, com base na descrição do carro, a polícia identificou Ademir e os demais. Inquirida na delegacia, a acusada ratificou o que dissera aos milicianos. As amigas, no entanto, negaram o roubo e o estupro, corroborando as versões dos rapazes.

Interrogada, Francieli disse que saiu para passear com os moços e, na volta de ida ao banheiro com as acompanhantes, não mais os encontrou. Imaginou que tivessem subtraído as coisas deixadas no veículo, mas não os acusou de roubo (fl. 120).

Fabiano relatou que Francieli e as amigas sugeriram que deixassem a lanchonete. A pedido da acusada, parou em encruzilhada, perto de canavial. Ela desceu com as demais e, após andar um pouco, pediu que somente ele se aproximasse. Assim feito, começou a falar enrolado, como noutra língua, e declarou já estar morta a mulher que o acompanhara. Atendendo a pedido de amigo, que identificou os fatos como "macumba", o depoente voltou para o automóvel. Antes de partir, dispensou as coisas de Francieli pela janela. Na mesma semana, procurado por policial, compareceu a delegacia para prestar esclarecimentos (fl. 90).

Na mesma linha a narrativa de Antonio Carlos (fl. 92).

De acordo com o policial militar Haroldo Rodrigues de Sousa, Francieli disse que três homens a colocaram à força em Toyota Hilux, juntamente com amiga, e as levaram para estrada rural, perto de certa fazenda. Lá tentaram agarrá-la. Depois, partiram levando alguns bens da acusada. Os objetos foram recuperados (fl. 93).

O miliciano Argentino de Oliveira Junior declarou ter ouvido da apelante que, quando pararam perto da fazenda, os ocupantes da Hilux tentaram agarrá-la e beijá-la. Iniciada discussão, deixaram-na no local com as amigas, apoderando-se de suas coisas (fl. 94).

Jéssica de Oliveira afirmou ter acompanhado Francieli no passeio e que os rapazes partiram, sem qualquer agressão, assustados com conversa da ré sobre estar possuída. Francieli pediu que, quando os policiais chegassem, relatasse

Acesso ao Sumário

violência (fl. 118).

Semelhante o depoimento de Daniela Carolina de Oliveira, contando que solicitada a dizer que haviam sido encapuzadas. Para Jéssica, Francieli requereu que se arranhasse e rasgasse as próprias roupas (fl. 119).

Como se pode ver, não se sustenta a alegação da recorrente de haver noticiado a subtração dos bens por engano, ao constatar que os rapazes haviam partido.

Os depoimentos das amigas mostram que sabia não ser esse o caso. Ambas declararam que os rapazes partiram por medo, informando ainda que solicitadas a mentir para a polícia, com alusões a violência.

Mas não é só.

A acusada não falou apenas em crime patrimonial, mas também de estupro. De acordo com os milicianos, referiu a tentativas de agarrão e beijos. E, no final do termo de fl. 11, consta a notícia de que intentado abuso.

Em suma, Francieli comunicou crimes que sabia inexistentes.

Logo, atuou com dolo.

Verifica-se, todavia, que a denunciada não apontou nominalmente os rapazes, identificados apenas por meio de investigação policial, com base no referido modelo de veículo.

Nesse cenário, ausente falsa acusação contra pessoa determinada, de rigor a desclassificação para a figura do art. 340 do CP (comunicação falsa de crime).

Com efeito, conforme já se decidiu, "para a configuração típica do delito de denunciação caluniosa, exige a lei que a acusação falsa objetive pessoa determinada. Se o dolo deve ser direto porque se imputa acusação falsa a alguém, sabendo-o inocente, óbvio é que esse alguém deve e precisa ser identificado, sem o que inexistirá o elemento subjetivo da infração" (RT 613/301).

Note-se que todas as elementares do art. 340 constam da exordial, permitindo a aplicação do art. 383 do Código de Processo Penal, consoante dispõe o art. 617 do mesmo diploma legal.

Ante a solução ora adotada, impõe-se a conversão do julgamento em diligência para que se ofereçam à ré a transação penal e a suspensão condicional do processo. Os institutos não podem ser ignorados, deixando-se de fornecer a plena e efetiva prestação jurisdicional, com a consequente supressão de favor legal.

Irrelevante que já superado o momento processual próprio para as propostas, pois, em tal ocasião, diante da imputação de delito com sanção máxima superior a 02 (dois) anos e mínima maior que 01 (um) ano, não eram elas aplicáveis, situação que não subsiste. Excluído o motivo que impossibilitava as benesses, não se justifica que à recorrente seja suprimida a possibilidade de

Acesso ao Sumário

obtenção do benefício a que fazia jus, convalidando-se a ilegalidade inicial.

Nessa esteira, a Súmula 337 do Superior Tribunal de Justiça estabelece que "é cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e na procedência parcial da pretensão punitiva".

Consagrando tal entendimento, aliás, a atual redação do art. 383, § 1º, do Código de Processo Penal, determina, de forma expressa, que, "se, em consequência de definição jurídica diversa, houver possibilidade de proposta de suspensão condicional do processo, o juiz procederá de acordo com o disposto na lei".

Veja-se que presentes estavam os requisitos subjetivos, tanto que, consideradas atendidas as mesmas exigências legais, procedeu-se à substituição da pena privativa de liberdade imposta por restritiva de direitos, sem objeção do órgão acusatório.

Por fim, caso feita a oferta e não efetivada por qualquer motivo a transação ou a suspensão, a apelação deverá retornar para continuidade do julgamento e fixação da pena.

Frente ao exposto, de ofício, desclassifica-se a conduta de Francieli Pereira do Carmo para o crime capitulado no art. 340 do Código Penal e converte-se o julgamento em diligência a fim de que se apliquem os institutos despenalizadores da Lei 9.099/95.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001884-64.2012.8.26.0060, da Comarca de Auriflama, em que é apelante MÁRCIO ANTÔNIO MACHADO, 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: "POR MAIORIA DE VOTOS NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO O E. RELATOR SORTEADO, QUE DAVA PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO E DECLARARÁ. ACÓRDÃO COM O E. 3º JUIZ, EXMO. DES. GRASSI NETO", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 7.356)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GRASSI NETO, vencedor, MARCO ANTÔNIO COGAN, vencido, GRASSI NETO (Presidente) e LOURI BARBIERO.

São Paulo, 25 de junho de 2015.

GRASSI NETO, Relator designado.

Ementa: Ameaça – Violência doméstica – Conjunto probatório suficiente quanto a ter a vítima efetivamente enfrentado fundado receio de sofrer mal injusto e grave – Configuração

Configura o crime de ameaça, previsto no art. 147 do CP, a conduta daquele que venha a infundir na vítima verdadeiro receio de sofrer mal injusto e grave. Na hipótese de existirem elementos seguros nesse sentido, será de rigor a condenação do acusado.

Ameaça – Violência doméstica – Embriaguez voluntária do agente que não chega a afastar a intimidação à vítima – Presença do elemento subjetivo do tipo reconhecida – Excludente não configurada

A embriaguez não tem o condão de, por si só, afastar o elemento subjetivo do tipo, que consiste na intenção de intimidar, infundir medo, se não se fizerem presentes indícios mínimos de que se cuidava de mera bravata por parte do agente. Sendo ela voluntária, não afasta tampouco, nos termos do art. 28, II, do CP, a imputabilidade penal, pelo que não se cogita de exclusão da culpabilidade do agente.

Violência doméstica – Descumprimento de medidas protetivas – Configuração do crime de desobediência (art. 330 do CP) – Inexistência de *bis in idem* pela circunstância de a Lei n. 11.340/06 prever a possibilidade de prisão cuja natureza é meramente preventiva e acautelatória

Não se ignora a existência de entendimento doutrinário e jurisprudencial, consoante o qual a conduta do agente que descumpre medida protetiva concedida no âmbito da violência doméstica não se subsumiria ao crime de desobediência, previsto no art. 330 do CP. A objeção se fundaria na circunstância de que a própria Lei n. 11.340/06, à exemplo do que ocorre no CPP, estabeleceria a possibilidade de prisão como sendo a sanção específica cabível para esta modalidade de desobediência.

As Medidas Protetivas de Urgência previstas na

Acesso ao Sumário

Lei n. 11.340/06 não possuem, contudo, caráter satisfativo, mas meramente processual, uma vez que, diversamente das medidas cautelares previstas na legislação processual civil, visam apenas a oferecer proteção acauteladora imediata à vitima das agressões. São previstas pela legislação especial em escala gradual, no topo da qual figura a prisão preventiva, e devem ser estabelecidas consoante a gravidade e a necessidade do caso.

Eventual desobediência a medida protetiva judicial que vise a salvaguardar as vítimas de violência doméstica pode acarretar, pois, tanto a decretação da prisão processual do ofensor, como sua persecução penal pela realização do tipo penal concernente ao crime de desobediência (art. 330 do CP), sem que se cogite da ocorrência de *bis in idem.*

Vias de fato – Violência doméstica – Conjunto probatório desfavorável ao agente – Declarações coerentes prestadas por vítima corroboradas por testemunha – Suficiência à aferição da autoria e do dolo

Nos crimes cometidos com violência doméstica, muitas vezes praticados na clandestinidade, a palavra da ofendida, se coerente e em harmonia com outros elementos de convicção existentes nos autos, assume especial importância, tanto para confirmar a sua autoria quanto o dolo.

VOTO

Vistos,

Pela r. sentença de fls. 141/147, prolatada pela MMª. Juíza Maria Paula Branquinho Pini, cujo relatório ora se adota, MÁRCIO ANTÔNIO MACHADO foi condenado como incurso nos arts. 150, *caput,* 150, § 1º, 330 e 147, todos do Código Penal, e art. 21, do Decreto-Lei n. 3.688/1941, c.c. a Lei n. 11.340/2006, ambos em regime inicial aberto. Pela ameaça, recebeu à pena de 01 mês e 05 dias de detenção; pelos crimes de violação de domicílio: art. 150, *caput,* do CP, à pena de 01 mês e 05 dias de detenção; pelo de violação de domicílio qualificado: art. 150, § 1º, do mesmo Codex, à pena de 07 meses de detenção; pelo crime de desobediência, às penas de 17 dias de detenção, e de 11 dias-multa, e finalmente, pela contravenção penal: art. 21 da LCP, à pena de 17 dias de prisão simples.

Acesso ao Sumário

Reconhecido o concurso material, as penas foram somadas, chegando-se a um total final de 09 meses e 27 dias de detenção, de 17 dias-multa, à razão de 1/30 do maior salário mínimo vigente à época dos fatos, e de 17 dias de prisão simples.

Inconformado, o réu apelou em busca de sua absolvição, com supedâneo no art. 386, VI, do CPP, eis que na data dos fatos estaria completamente embriagado, retirando, assim, o dolo específico do crime de ameaça.

Em sede de contrarrazões, a representante do *Parquet* requereu preliminarmente o não conhecimento do recurso, eis que intempestivo, e no mérito, pelo seu desprovimento.

Processado e contra-arrazoado o recurso, a Douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo seu conhecimento, e no mérito, pelo seu desprovimento.

É o Relatório.

A preliminar de intempestividade, suscitada pela i. Promotora de Justiça, deve ser rechaçada.

Como bem observado pelo nobre Procurador de Justiça, o ora apelante somente foi cientificado da r. sentença condenatória em 30 de julho de 2013, consoante se verifica da certidão da zelosa serventia de fls. 153, data posterior ao recurso interposto pela Defesa. Tendo-se como base a data de intimação do acusado, o recurso é, pois, tempestivo, pelo que deve ele ser reconhecido.

Dirimida a questão, não mérito, o apelo não comporta provimento.

Não se cogita de absolvição, eis que dúvidas inexistem quanto à realização dos tipos previstos nos arts. 150, *caput*, 150, § 1º, 330 e 147, todos do Código Penal, e art. 21, do Decreto-Lei n. 3.688/1941.

É de se ressaltar que, contrariamente do quanto sustentado pela nobre Defensora, a condenação do apelante foi embasada em elementos idôneos produzidos sob o crivo do contraditório, principalmente, nas declarações da vítima que, prestadas na fase administrativa, foram corroboradas em Juízo (cf. fls. 112).

O réu esclareceu, em Juízo, que, quando dos fatos, havia ingerido bebida alcoólica. Afirmou que ameaçou sua ex-companheira xingando-a. Reconheceu, ainda que adentrou a residência da ofendida "na marra", desobedecendo a medida protetiva (fls. 113)

Destaque-se que nos crimes cometidos com violência doméstica, muitas vezes praticados na clandestinidade, a palavra da ofendida, se coerente e em harmonia com outros elementos de convicção existentes nos autos, assume especial importância, tanto para confirmar a materialidade dos fatos quanto sua autoria e dolo.

Acesso ao Sumário

A esse respeito, a Jurisprudência já tem há muito tempo assim se manifestado:

> "As declarações da ofendida, por partirem de pessoa insuspeita, constituem elemento seguríssimo de convicção, quando não contrariadas por outras evidências, merecendo, até prova em contrário, credibilidade".[1]
>
> "No que tange aos crimes de violência doméstica e familiar, entende esta Corte que a palavra da vítima assume especial importância, pois normalmente são cometidos sem testemunhas".[2]

Necessário se faz, assim, seja reprimido o comportamento adotado pelo acusado, a fim de se prevenir a ocorrência de novos episódios semelhantes.

É de se ressaltar também que eventual embriaguez do acusado não tem o condão de, por si só, afastar o elemento subjetivo do tipo, que consiste na intenção de intimidar, infundir medo, se não se fizerem presentes indícios mínimos de que se cuidava de mera bravata por parte do agente.

No caso dos autos, restou evidenciado que o apelante, de fato, ameaçou a vítima de morte, sendo que esta efetivamente acreditou na idoneidade e seriedade do quanto alegado; sua conduta restou, portanto, devidamente tipificada.

Há que se ponderar, ainda, que, de acordo com a previsão legal do art. 28, II, do CP, não se cogita de exclusão da culpabilidade do agente em caso de embriaguez voluntária, tal qual ocorreu no caso em tela, em que se aplica a teoria da *actio libera in causa*.

Só haveria, com efeito, exclusão da responsabilidade penal do apelante, caso tivesse restado comprovada que a embriaguez teria se dado de modo involuntário, decorrente de caso fortuito ou força maior, ou ainda efetuada sob coação de terceiro, prova esta que deveria ter sido por ele minimamente apresentada.

No que concerne ao crime de desobediência, destaque-se que o réu confessou ter descumprido a medida protetiva em razão de conduta própria, eis que teria adentrado à residência da vítima "na marra", desrespeitando, assim, a medida protetiva imposta por decisão judicial, pelo que, com relação também a este delito é, de rigor a manutenção da condenação.

Reconhece-se a existência de entendimento doutrinário e Jurisprudencial,

Acesso ao Sumário

1 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação n. 0004794- 94.2010.8.26.0590 (2013.0000559861). Apelante: Acedino Pereira de Souza. Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Desembargador Souza Nery. 9ª Câmara de Direito Criminal. Votação unânime. São Paulo, 12 de setembro de 2013. **@-SAJ Portal de Serviços**. Disponível em: (endereço eletrônico constante do texto original). Acesso em: 25 Out 2014.

2 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 213796 - DF (2012/0165998-9). Agravante: J. M. S. F.. Agravado: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Ministro Relator: Campos Marques. 5ª Turma. Votação unânime. Brasília, 19 de fevereiro de 2013. **Diário da Justiça Eletrônico**. 22 Fev. 2013. **Revista Eletrônica do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: (endereço eletrônico constante do texto original). Acesso em: 28 Out 2014.

consoante o qual não haveria como subsumir a conduta do agente que descumpre medida protetiva aos crimes de desobediência e desobediência a ordem judicial, previstos no art. 330 e art. 359 do CP, respectivamente, eis que a própria Lei n. 11.340/06, à exemplo do que ocorre no CPP, estabeleceria como sanção específica para a hipótese a possibilidade de prisão.

As Medidas Protetivas de Urgência previstas na Lei n. 11.340/06 não possuem, contudo, caráter satisfativo, mas meramente processual, uma vez que, diversamente das medidas cautelares previstas na legislação processual civil, visam apenas a oferecer proteção acauteladora imediata à vitima das agressões. São previstas pela legislação especial em escala gradual, no topo da qual figura a prisão preventiva, e devem ser estabelecidas consoante a gravidade e a necessidade do caso.

Eventual desobediência a medida protetiva judicial que vise a salvaguardar as vítimas de violência doméstica pode acarretar, pois, tanto a decretação da prisão processual do ofensor, como sua persecução penal pela realização do tipo penal concernente ao crime de desobediência (art. 330 do CP), sem que se cogite da ocorrência de *bis in idem.*

Sendo a autoria e o dolo incontestes, e não havendo qualquer justificativa minimamente plausível por parte do agressor, a condenação por todos os delitos a ele imputados é, pois, de rigor.

As penas, sequer impugnadas, foram criteriosamente dosadas e fundamentadas, em perfeito consonância com o sistema trifásico, fixando-se corretamente o regime aberto, pelo que não comportam qualquer reparo.

As reprimendas foram corretamente fixadas acima do mínimo legal, em razão dos maus antecedentes (cf. certidões de fls. 19, 21, 22, 24 e 31, do apenso próprio), tornando-as definitivas na ausência de modificadoras outras. Pelo reconhecimento do concurso material foram somadas, chegando-se a um total final de 09 meses e 27 dias de detenção, de 17 dias-multa, à razão de 1/30 do maior salário mínimo vigente à época dos fatos, e de 17 dias de prisão simples.

Ante o exposto, por maioria de votos, negaram provimento ao recurso; vencido o Exmo. Relator sorteado, Desembargador Marco Antônio Cogan, que lhe dava parcial provimento.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 24.535)

Ouso divergir da douta maioria.

Isso porque, por primeiro, no tocante à questão preliminar de intempestividade do recurso arguida pela doutora Promotora de Justiça em

Acesso ao Sumário

contrarrazões, fica afastada, vez que, embora o patrono do apelante tenha suplantado o prazo de cinco para a interposição, desde a data de sua intimação, em 18/06/2013 (fl. 147), ele o fez antes de ser o acusado intimado da r. sentença, o que ocorreu em 30/07/2013 (fl. 154), daí porque, o recurso protocolado em 28/06/2013 (fl. 149), é tempestivo.

E no mérito, há que se dar parcial provimento a esse.

Na Delegacia, o apelante negou a prática dos crimes, asseverando que esteve na residência da vítima apenas para visitar o filho, o que não lhe é por ela permitido, por motivo que desconhece (fl. 07).

Em Juízo confessou ter ameaçado e ofendido a vítima, quando "entrou na 'marra' na casa. Mesmo com a medida protetiva desobedeceu a ordem" (fl. 113), ressaltando que havia ingerido bebida alcoólica na ocasião.

E a prova oral deu conta de corroborar suas palavras.

A vítima Marcielle Nogueira Rosa Henrique contou que o apelante não aceitava a separação do casal, e que na data em questão ele esteve em sua residência, com sinais de embriaguez, dizendo que portava uma faca, contra ela proferindo ameaças de morte, além de tê-la agredido com "socos no braço e empurrões" (fl. 112), frisando que, embora com ele não mais conviva, dele depende para auxiliá-la no sustento do filho do casal. A fl. 04, na Delegacia, mencionou que o acusado ingressou em sua residência, aparentando estar também sob efeito de drogas, tendo se negado a sair, quando solicitado por essa, adotando postura violenta ao lhe dizer que chamaria a polícia, momento em que ele pegou uma faca e a ameaçou de morte, ressaltando que sentiu "muito medo, me tranquei no quarto com o nosso filho" (fl. 04), a denotar que o mal injusto e grave que o acusado prometeu lhe causar, foi capaz de incutir temor nessa ofendida. Ainda confirmou essa vítima, as fls. 32/33 dos presentes autos, e a fl. 04, do primeiro apenso, que o apelante ingressou em sua residência por meio de arrombamentos das portas da sala e da cozinha, após ter se negado a autorizar a sua entrada no imóvel, a segunda durante a madrugada.

Acesso ao Sumário

As perícias de fls. 48/49 e 67/68 confirmaram a existência de danos de rompimento nas aludidas portas, a denotar a materialidade quanto aos delitos de violação de domicílio, um deles cometido durante a noite.

Robusta a prova, pois, quanto à prática, pelo acusado, dos crimes de ameaça, vias de fato e de violação de domicílio por duas vezes, uma delas na forma agravada.

A alegada embriaguez, voluntária, não afasta a responsabilidade penal do réu, a teor do quanto previsto no artigo 28, II, do Código Penal, além do que ele a invocou em apenas uma ocasião, nada mencionando em relação aos demais crimes que praticou.

Todavia, não incide na espécie o crime de desobediência, por tratar-se de

descumprimento de medida protetiva imposta com base na Lei nº 11.340/2006, para o qual há previsão de adoção de outras providências visando garantir a efetividade das medidas de urgência determinadas, que podem culminar, inclusive, nos termos do artigo 313, III, do Código de Processo Penal, com a decretação da prisão preventiva do agressor, tal como se deu na espécie.

Nesse sentido, observa-se que, em 25/09/2012, foi realizada audiência preliminar, quando a vítima ofereceu representação contra o acusado (fl. 22), ocasião em que foi advertido quanto às medidas que poderiam ser adotadas em caso "de novo descumprimento da medida protetiva" (fl. 22), que poderia até mesmo ser a de sua prisão preventiva, que culminou por ser decretada cerca de um mês depois, conforme despacho de fl. 34, em razão da aludida desobediência.

Assim, havendo cominação de sanções específicas para os casos de descumprimento da ordem judicial de afastamento do lar decorrente de situação de violência doméstica e familiar contra a mulher, não há que se falar em imputação da prática do crime de desobediência, sequer citado na legislação como sendo passível de ser cumulado com tais sanções processuais cautelares.

Nesse sentido já se manifestou o Colendo Supremo Tribunal Federal: - "**AÇÃO PENAL. Crime de desobediência. Atipicidade. Caracterização. Desatendimento a ordem judicial expedida com a cominação expressa de pena de multa. (...). Descumprimento do preceito. Irrelevância penal. Falta de justa causa. Trancamento da ação penal. HC concedido para esse fim. Inteligência do art. 330 do Código Penal. Precedentes. Não configura crime de desobediência o comportamento da pessoa que, suposto desatenda a ordem judicial que lhe é dirigida, se sujeita, com isso, ao pagamento de multa cominada com a finalidade de a compelir ao cumprimento do preceito**." (HC 88572, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, julg. em 08/08/2006, DJ 08-09-2006).

Como também: - "**CRIME DE DESOBEDIÊNCIA - COMINAÇÃO DE MULTA DIÁRIA SE DESRESPEITADA A OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER IMPOSTA EM SEDE CAUTELAR - INOBSERVÂNCIA DA ORDEM JUDICIAL E CONSEQÜENTE DESCUMPRIMENTO DO PRECEITO - ATIPICIDADE PENAL DA CONDUTA - "*HABEAS CORPUS*" DEFERIDO. - Não se reveste de tipicidade penal - descaracterizando-se, desse modo, o delito de desobediência (CP, art. 330) - a conduta do agente, que, embora não atendendo a ordem judicial que lhe foi dirigida, expõe-se, por efeito de tal insubmissão, ao pagamento de multa diária ("astreinte") fixada pelo magistrado com a finalidade específica de compelir, legitimamente, o devedor a cumprir o preceito. Doutrina e jurisprudência**." (HC 86254/RS – Rel. Min. Celso de Mello – julg. 25/10/2005).

No mesmo sentido decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça: -

Acesso ao Sumário

"***HABEAS CORPUS.*** **PROCESSUAL PENAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. LIBERDADE PROVISÓRIA. INDEFERIMENTO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ACAUTELAMENTO DA INTEGRIDADE FÍSICA DAS VÍTIMAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. CRIME APENADO COM DETENÇÃO. POSSIBILIDADE DE DECRETAÇÃO DA CUSTÓDIA. INTELIGÊNCIA DO ART. 313, INCISO IV, DO CPP. 1. É legal a decisão que indeferiu o pedido de liberdade provisória que, partindo da singularidade do caso concreto, assevera a necessidade de acautelamento da integridade, sobretudo física, das vítimas, as quais, ao que consta dos autos, correm risco de sofrerem novas agressões, em se considerando o histórico do Paciente. 2. A despeito de os crimes pelos quais responde o Paciente serem punidos com detenção, o próprio ordenamento jurídico - art. 313, inciso IV, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei n.º 11.340/2006 - prevê a possibilidade de decretação de prisão preventiva nessas hipóteses, em circunstâncias especiais, com vistas a garantir a execução de medidas protetivas de urgência. 3. Ordem denegada**." (HC 170.962/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, julg. em 03/05/2011, DJe 17/05/2011).

E ainda: - "**CRIMINAL. DESOBEDIÊNCIA. ORDEM JUDICIAL. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO PACIENTE – ENGENHEIRO QUE CUMPRIA ORDENS DA MUNICIPALIDADE. PENA DE MULTA PREVISTA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. RECURSO DESPROVIDO. 1- Não se configura o crime de desobediência se o paciente não foi pessoalmente intimado da decisão que revogou uma liminar, não agindo com dolo no seu descumprimento, mormente por se tratar de engenheiro trabalhando para a municipalidade a qual foi dirigida a intimação e a quem está subordinado. 2. Para a configuração do delito de desobediência, não basta apenas o não cumprimento de uma ordem judicial, sendo indispensável que inexista a previsão de sanção específica em caso de seu descumprimento. Precedentes. 3. Ordem concedida para trancar o procedimento instaurado contra o paciente**." (HC 115.504/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Jane Silva (convocada), DJe 09/02/2009).

Fica, pois, o apelante, absolvido quanto ao crime em tela, por atipicidade da sua conduta, com fundamento no artigo 386, III, do Código de Processo Penal.

As penas básicas, quantos aos demais delitos, foram majoradas em 1/6, em razão dos péssimos antecedentes que ostenta o apelante, demonstrados nas certidões de fls. 19, 21, 22, 28 e 31, do apenso próprio, o que se mostrou até mesmo medida extremamente branda.

Reconhecido, acertadamente, o concurso material, somam, agora, suas reprimendas, o total de nove meses e dez dias de detenção, além de dezessete

Acesso ao Sumário

dias de prisão simples, mantido o regime prisional aberto para o seu desconto, em face dos aludidos maus antecedentes, sem outros benefícios.

Isto posto, dá-se parcial provimento ao apelo ajuizado em favor de Márcio Antônio Machado para que, mantida no mais, por seus fundamentos, a r. sentença, absolvê-lo da imputação da prática do crime previsto no artigo 330, do Código Penal, com fundamento no artigo 386, III, do Código de Processo Penal, ficando a soma de suas penas reduzida a 09 (nove) meses e 10 (dez) dias de detenção, além de 17 (dezessete) dias de prisão simples, por incurso nas sanções dos artigos 150, *caput*, 150, § 1º, e 147, do Código Penal, e artigo 21, do Decreto-lei nº 3.688/41.

MARCO ANTÔNIO PINHEIRO MACHADO COGAN, Relator sorteado

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0013943-47.2014.8.26.0664, da Comarca de Votuporanga, em que é apelante V.P.S., é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitadas as matérias preliminares, deram parcial provimento ao recurso, apenas para, nos termos do voto, reduzir a pena corporal para 12 anos de reclusão, a começar do fechado. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto 31.062)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente sem voto), AMARO THOMÉ e SOUZA NERY.

São Paulo, 28 de janeiro de 2016.

ROBERTO SOLIMENE, Relator

Ementa: ESTUPRO DE VULNERÁVEL – Vítimas irmãs gêmeas – Admissibilidade da prova acusatória – Coesão – Álibi defensivo que remanesceu em aberto – Recontagem da dosimetria – Circunstâncias do art. 59 do Cód. Penal que não se confundem com elementares do tipo violado – Denúncia que trata de continuidade delitiva e não de concurso material – Solução adotada na origem que importaria deliberação em sentido diverso àquele posto na exordial – Preliminares rejeitadas, apelo parcialmente provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Consta que ainda na origem o ora apelante foi condenado a cumprir, a partir do regime fechado, 20 de reclusão, por conta de violar o disposto nos arts. 217-A c.c. 71, par. único do Cód. Penal (fls. 267/270). Todavia, não resignado, apela para alegar inépcia da exordial, ao não se descrever minuciosamente as datas nas quais perpetradas as diversas infrações, trocadas as referências por uma genérica, *em data anterior a 7 de junho de 2014* (fl. 2d). Sem prejuízo, prequestionou a incidência dos arts. 5º, LIV da Const. Federal, 158, 167 e 405, §3º. III do Cód. de Processo Penal. Recusou a existência de prova da materialidade, a seu ver imprescindível para a responsabilização penal do denunciado. E, por último, não apenas destacou o que seriam incongruências nas declarações das vítimas, a colocar-lhes dúvida nas credibilidades, como levantou a questão de que a avó das crianças, cujo depoimento fora empregado para a condenação em 1º grau, seria testemunha suspeita (*verbis*), eis que com ele, apelante, teria desinteligência precedente. Nem olvidou-se de impugnar a dosimetria, especialmente com a pretensão de redução das penas ao mínimo, se não sacada a continuidade delitiva por completo (outro pleito ali agitado), eis que ausente demonstração da repetição dos alegados desatinos (fls. 322/342).

Recurso respondido (fls. 344/345), ainda encontramos no processo o r. parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça, pelo desprovimento (cf. fls. 357/361).

É o relatório.

Voto n. **31.062**

Acerca do prequestionamento, respeitosamente, este somente é possível quando tendo ocorrido, de fato, relevância para o julgado, ao esclarecê-lo, o julgador aborda os dispositivos legais desejados pela parte, vide EDcl no CC 47.784/SP – 1ª Seção – rel. Min. JOSÉ DELGADO – j. 12.12.2005. Demais disso, para que se configure o prequestionamento seria necessário que o Tribunal *a quo* se pronunciasse especificamente sobre a matéria articulada pelo recorrente, emitindo juízo de valor em relação aos dispositivos legais indicados e examinando a sua aplicação ou não ao caso concreto (AgRg no Ag 998.033/SP, rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, 4ª T., julgado em 07/08/2008, DJe 25/08/2008; AgRg no Ag 985.902/PR, rel. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, 4ª T., julgado em 06/05/2008, DJe 26/05/2008; EDcl no Ag 894.040/SP, rel. Min. HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, 4ª T., julgado em 20/11/2007, DJ 03/12/2007 p. 322). Até seria admissível o prequestionamento implícito, desde que, novamente, demonstrada, inequivocamente, a apreciação da tese, à luz da legislação federal indicada, o que é feito no decorrer do voto. No mais, tudo que de relevante foi trazido para dentro deste feito, em verdade, diz especificamente respeito ao exame das provas. Acerca destas é igualmente oportuno transcrever

Acesso ao Sumário

que, em crimes sexuais, normalmente praticados sem a presença de testemunhas, a jurisprudência autoriza se dê especial relevo aos depoimentos das vítimas, mormente quando confirmados pelo contexto probatório.

Nesse sentido os precedentes do E. Superior Tribunal de Justiça: HC 53.877/PE – rel. Min. PAULO GALLOTTI – j. 18.12.2006; HC 46.597/MG – rel. Min. FÉLIX FISCHER – DJU 13.2.2006; HC 32.342/MG – rel. Min. LAURITA VAZ – DJU 17.5.2004; HC 29.421/RJ – rel. Min. JORGE SCARTEZZINI – DJU 19.12.2003.

Ora, para descartar o que as vítimas imputaram ao réu seria preciso que ficasse evidenciado tivessem elas algum interesse em incriminar este último. Ausente tal móvel, temos que o reconhecimento pessoal por parte das vítimas, no campo processual penal, assume, então, inegável valor probante, repito, somente podendo ser desconsiderado quando presente alguma circunstância que torne suspeita a identificação, o que, *prima facie*, não parece ser o caso dos presentes autos, onde, transcorrida a instrução, não se vislumbrou qualquer motivação no sentido de se acusar pessoa supostamente inocente.

Interrogado, o acusado, aliás, negou qualquer impugnação contra as fontes acusatórias, especialmente contra as menores, observando, tão apenas, ter tido "*um atrito com a avó após o batizado do seu filho*" (fl. 220, *verbis*), todavia, não destacou que o assunto levaria tal pessoa a mentir, de sorte que não nos é dado intuir suspeição, até porque, conferido o termo de depoimento de d. R.F.R. (fls. 191/196vº), **não consta que a defesa tivesse impugnado precedentemente a oitiva, muito menos reperguntado sobre o assunto da suspeição deduzida no apelo**, impedindo as partes de debaterem a questão em sua inteireza no tempo certo, não permitindo esclarecimentos da fonte informativa nem a turma julgadora de tomar pé do tema.

E sobre tal fonte, relevante lembrar que a mulher do apelante, em juízo, perguntada sobre o relacionamento do varão com d. R.F.R., asseverou que a avó "*sempre falava que gostava muito dele*", até "*antes de acontecer o negócio com as meninas*" (*verbis*, fl. 199vº). Não havia, portanto, desinteligência precedente, de sorte que as falas da avó não podem ser descartadas.

A prova em comento, então, cf. precedentes, porque não consta oposição nos moldes e tempo certos, adota papel preponderante e goza da presunção da veracidade, tomando especial relevância no deslinde da controvérsia, merecendo crédito, não sendo crível à condição humana que alguém incriminasse irresponsavelmente pessoa idônea, daí porque o relato pode ser aproveitado, porque não teriam as acusadoras qualquer proveito em mentir. Matéria desse teor mereceu neste Sodalício a mesma orientação em condições aproximadas, confira-se *in* Apel. 0004446-22.2010.8.26.0220 – 2ª Câm. Criminal – rel. Des. ALMEIDA SAMPAIO – J. 10.10.2011 e na Apel. 0006429-96.2009.8.26.0606

Acesso ao Sumário

– 16ª Câm. Criminal – rel. Des. NEWTON NEVES – J. 29.11.2011.

De todo o modo, abordando a segunda prejudicial levantada pelo apelante, acerca da suposta regularidade da denúncia, se esta, ao menos em tese, suscita conduta equiparada a crime, no contraditório é que se dirimirá as dúvidas agitadas pela defesa (cf. RTJ 75/454), assim é que as coisas funcionam nesse tema.

Ou seja, a atuação do *Parquet* é balizada pela regra adjetiva inserida no art. 41 do Cód. de Processo Penal. Então, para afirmar a regularidade da denúncia, é necessário que de seu contexto seja possível reconstruir a pretensa ilicitude e demostrar o desencontro entre a conduta concreta e a ordenação jurídica. Confira-se sobre o assunto Maria Thereza Rocha de Assis Moura, *in* "A prova por indícios no Processo Penal, São Paulo, Saraiva, 1994, pp. 61 e 62".

Pragmaticamente, as questões que a denúncia deve sempre trazer em seu bojo são as seguintes: a) quem seria o autor ou autores do delito; b) quais meios ou instrumentos empregados; c) qual malefício ou perigo de dano se manifestou; d) quais os motivos determinantes à realização da infração; e) de que maneira deu-se a execução; f) o lugar da infração; e g) o tempo da infração (cf. RHC 20.901/RJ, j. 12.11.2007, do E. STJ).

Preservado o convencimento de quem quer que seja, todos estes pontos estão devidamente tratados pelo Dr. Promotor de Justiça. Quando a doutrina, no tocante à exordial criminal, trata do *tempo da infração*, não exige precisão matemática, impossível deixar de considerar que, em delitos clandestinos, a incerteza é a tônica, devendo o interessado, portanto, combater a denúncia na seara do mérito, no âmbito da prova, porque de inépcia não se há falar, tendo sido destacado que as faltas aconteceram em um período temporal facilmente localizável. Era o suficiente para que exercesse sua ampla defesa, até porque totalmente a ele garantido o contraditório.

Outrossim, cf. precedentes, "A alegação de inépcia só pode ser acolhida quando demonstrada inequívoca deficiência, a impedir a compreensão da acusação, em flagrante prejuízo à defesa do acusado, ou na ocorrência de qualquer das falhas apontadas pelo art. 43 do Cód. de Processo Penal" (cf. RHC 10.275-SP, do STJ, no DJU de 30.10.2000, p. 168).

Acesso ao Sumário

E mais: "Não (se) há falar em inépcia da denúncia desde que esta contenha "*quantum satis*" os necessários esclarecimentos, de forma a possibilitar aos acusados conhecimento pleno do fato delituoso que lhes é imputado, permitindo-lhes ampla defesa e fornecendo ao julgador elementos para um juízo de valor" (STJ - HC 1.194-5 - Rel. FLAQUER SCARTEZZINI - RT 689/402).

Delitos tidos como clandestinos, quanto mais quando crianças as vítimas, têm estas minudências que devem sim ser levadas em conta para formação do documento, evidentes as dificuldades de indicação das datas das faltas, o que,

pois, não invalida a exordial e nem cerceia a defesa do increpado.

Em casos não totalmente iguais, mas com dificuldades de contornos muito assemelhados, os tribunais superiores têm respondido com tolerância. O Col. Supremo Tribunal Federal, por ex., vem admitindo, nos casos de autoria conjunta ou coletiva, e em especial nos delitos praticados em sociedade, *não se fazer indispensável a individualização da conduta de cada agente* (RT 597/416-7), de tal orientação não divergindo o E. Superior Tribunal de Justiça, quando articula que o crime de autoria coletiva *não obriga a denúncia a pormenorizar o envolvimento de cada réu*, bastando a narração genérica do delito, sem que tolha, evidentemente, o exercício da defesa (RSTJ 25/367-8).

Aqui a situação é a mesma, até porque da narração dos fatos, insisto, não deflui qualquer prejuízo para a apresentação da defesa – esta, por sinal, muito simples, fundada na negativa de qualquer fato.

Confira-se neste mesmo sentido outro julgado do Col. Pretório Excelso, o MS 22050/MT, rel. o Min. MOREIRA ALVES, j. 04/05/1995 (Tribunal Pleno).

A demanda criminal em tela sequer contém contexto probatório complexo de ser examinado, por de um lado restarem as assertivas incriminadoras das menores, irmãs gêmeas, e, do outro, a peremptória recusa do varão.

Desde logo, relevante anotar que não se pode desvalorizar as falas das ofendidas só por serem crianças. Transcrevo, então, lição posta no REsp 849.715/SE, rel. o Min. NILSON NAVES, do E. Superior Tribunal de Justiça - e que cabe como luva no caso em questão: "(...) A criança, a despeito de sua imaturidade, não é mentirosa por princípio, especialmente quando se trata de imputar a alguém, contra quem nada tem aparentemente, crime tão grave quanto comprometedor de sua intimidade e de seu anonimato (...)". Ainda nos tribunais nos foi dado conferir que o estudo do depoimento infantil "(...) deve ser realizado caso a caso, sendo defeso desconsiderá-lo, de plano, por pequenas discrepâncias em detalhes circundantes e não essenciais, do contrário, nos crimes perpetrados contra crianças, além de instituir-se a impunidade, se estaria negando a proteção legal e constitucional a elas reservada em atenção à condição especial de pessoas em desenvolvimento (...)" (TJSP, Revisão Criminal n. 0253683-51.2012.8.26.0000, rel. Des. OTÁVIO HENRIQUE, 5º Grupo de Direito Criminal, J. 8.5.2014).

Não é preciso repetir a relevância das palavras das vítimas em delitos da natureza e espécie como os aqui tratados, porquanto perpetrados às escondidas, de modo que as pessoas que se submetem a esse tipo de violência são as únicas que têm condições de denunciá-la, de revelá-la.

Não seria demais afirmar que, apesar de se tratarem de crianças, aqui o relato das vítimas ocorreu, em termos gerais, de modo coerente. Manifestaram-se com firmeza, sem qualquer indício de fantasia ou indução por terceiros. A respeito, o relatório da Psicóloga juntado a fls. 65/66, o qual foi presencialmente

Acesso ao Sumário

repetido em juízo, fls. 189/190vº. A Dra. Daniela Ribeiro dos Santos não acreditou em fantasia (fl. 189 *in fine*), nem em indução por parentes (fl. 189vº *in limine*). Ela conclui de modo diferente da defesa e não notou traços de sexualidade nas menores quando do atendimento (fl. 189vº). Deu conta de a ela parecerem ingênuas (*idem*).

A propósito, podendo tirar todas as dúvidas veementemente agitadas no recurso, a defesa restringiu-se a fazer para a Psicóloga cinco perguntas superficiais e nada mais (vide fl. 190).

Ora, nestes termos, então, foi-nos possível reavivar a lição, pela qual "O depoimento infantil tem valor probatório, principalmente quando a criança narra fato de simples percepção visual e de fácil compreensão, fazendo-o com pureza. E o convencimento aumenta quando ele é confortado pelo conjunto probatório" (TJSP, Apel. n. 0016094-48.2003.8.26.0477, rel. Des. CÉSAR AUGUSTO ANDRADE DE CASTRO, 4ª Câm. Criminal Extraordinária, J. 27.3.2014).

Respeitosamente, pois, em face de tais conclusões é que as provas tinham mesmo de ser consideradas.

E prosseguindo no exame do conjunto probatório, é fato não existir indicador material de lesão anotado nos laudos periciais (aqueles de fls. 6/11). Porém, data vênia, nem poderia ser diferente: o texto acusatório inicial de autoria do *Parquet* relata não mais do que esfregaços da virilidade masculina nas partes pudendas das menores, além de felação. Estas infrações não são daquelas que deixam marcas. Mesmo porque, conferidas as declarações das menores, ficaram na descrição de tentativas de introdução do membro viril. Nenhuma delas testificou penetração.

Tais circunstâncias autorizam interpretação flexível do mandamento processual pelo qual imprescindível prova técnica da materialidade nos fatos típicos que deixam rastros, já que as faltas descritas pelo Ministério Público não produziram aquele resultado.

Repito: não é admissível afirmar que especificamente os crimes em questão possam ser incluídos no elenco daqueles que necessariamente deixam vestígios. A propósito, cf. escólio do Des. JARBAS MAZZONI, deste Tribunal de Justiça, "A ausência de sequelas físicas, em muitos casos, ao contrário, é a regra geral, como ocorre, p. ex., na cópula anal preambular, no coito interfemural, na *fellatio* e na *irrumatio in ore*, no *osculum illicebrosum*, no toque ou afago das partes pudendas, na heteromasturbação etc" (RT 607/304).

A título de reforço do argumento, igualmente adequado invocar o escólio do Min. CID FLAQUER SCARTEZZINI, no julgamento, no E. Superior Tribunal de Justiça, do RHC 4823/SP, em 13.9.1995, para quem "a conclusão do laudo de exame de corpo de delito pela inexistência de estupro, não é suficiente para desconstituir o crime previsto no art. 214, *caput* do CP, cuja consumação

Acesso ao Sumário

não exige conjunção carnal".

E não é só, dentre vários, há ainda mais outro precedente: "a prova técnica não é a única que comprova a existência do delito, sobretudo no crime de atentado violento ao pudor que, por dispensar conjunção carnal, pode ser consumado de diferentes formas, várias delas que não deixam vestígios" (HC nº 44.491/PA, STJ, 5ª Turma, Min. LAURITA VAZ, DJ 10/10/2005).

E para aqueles que querem conferir, de igual teor: RJTJSP 98/453; RT 397/66 e JTJ 142/339.

Ou seja, a argumentação defensiva, pese o maior respeito pelo patrono, não vinga, sempre relevante revisitar todas as declarações das menores encartadas no processo.

Não bastasse o relatório da Psicóloga, insisto, mesmo o depoimento desta sob o contraditório, tudo a reportar sinceridade nas declarações prestadas pelas menores dentro dos autos (fls. 15/16, 17/18, 177/181 e 183/188), a defesa não declinou uma só razão que conduzisse à ideia de conspiração contra o apelante.

Observo, como já fiz anteriormente no voto, que eventuais pequenos descompassos não deslustram a prova.

Em termos gerais, as crianças disseram a mesma coisa, nunca reportando penetrações anais ou vaginais, eis que o apelante não obteve chance de ereção. Disseram sim que, antes na casa do próprio e, mais tarde no salão, foram constrangidas a praticar felação, suportando também contato íntimo da virilidade masculina contra suas partes pudendas no baixo ventre. Tentar introdução necessariamente não deixa marcas, quanto mais diante da indisposição funcional do membro.

A ordem de ataque, primeiro contra I. e depois contra V., a circunstância de a dona do salão ter chamado a mulher do acusado e esta ter mesmo acorrido ao local quando da 2ª ocorrência (dia em que foram instadas a cabular aulas), está tudo em consonância com as declarações das pequeninas, reforçando a credibilidade destas, não causando espécie tivessem antes caído em silêncio para, somente ao depois, revelar o acontecido. Os fatos são traumatizantes e a vergonha serviu como obstáculo para imediata comunicação, sem olvidar das ameaças proferidas pelo agressor.

Não passou despercebido que a mulher do apelante, ao responder pergunta do MM Juiz sobre quem *seria P.* (fl. 198 *in limine*), depois da insistência judicial, revelou dado novo, menos relevante para o processo, mais para apurar a conduta do réu: esclareceu sobre tal moça que *houve sim alguma coisa, mas só depois que teve o acontecido com as meninas, "antes nunca*" (*verbis*). Esta passagem de seu depoimento revela que a conduta do réu no âmbito doméstico não era totalmente insuspeita, minudência que fragilizou tentativas de se dourar a pílula, ou seja, de abrandarem as cores da gravidade do denunciado pelo *Parquet.*

Acesso ao Sumário

Na mesma fl. 198 *in fine* d. D., a mulher do apelante, revelou que algumas vezes as menores chegaram à sua casa quando ela, informante, se achava ausente. Chamo atenção para a sua literal expressão: "*teve vezes de elas irem direto para casa e a mãe nem ligava, eu é que ligava (para ela). Eu estou no serviço e suas filhas estão lá em casa, você que mandou*?" (confira-se).

Ainda d. D., agora a fl. 201, inovou ao suscitar, em proveito do marido e para depreciar as menores, supostas liberdades sexuais, contando que uma das menores (não foi precisa acerca de qual delas) teria "*feito o ato, não sei se foi na cama ou embaixo, com um primo que moraria com ela*" (igualmente não identificado qual o jovem com precisão e deixando ao leitor a conclusão acerca do que seria o tal *ato*). Patente estava buscando lançar dúvidas sobre as declarações das ofendidas, o que somente conseguiria se trouxesse provas cabais do que disse. A respeito na mesma oportunidade, ainda acusou-as de tirar fotos da mãe nua "*e mandar pra homem pela internet*", e foi além ao insinuar acesso à pornografia, *verbis*: "*viam assim vídeo em frente delas, nunca teve bloqueio do que vai assistir, sempre teve muito acesso à internet*" (fl. 201).

Esta retro destacada inovação está flagrante em dissonância com o seu depoimento prestado à autoridade policial, vide fl. 27: Ali nos foi dado ler que "*I. e V. foram à sua casa para assistir desenho, **já que a declarante possui canal fechado***".

Se elas só têm em casa televisão aberta não teriam acesso a vídeos, pornografia etc.

De todo o modo a defesa teve oportunidades para esclarecer esses pontos, quais sejam, os acessos a vídeos, as fotografias postadas na internet, encontro com um primo em circunstâncias suspeitas etc., mesmo assim não fez uma pergunta sequer dos assuntos para a mãe das menores, d. S.R.B. (vide fls. 176/ v^{o}).

Ou seja, trabalhou com insinuação e deixou para o intérprete conclusões sobre a densidade e a profundidade dos seus argumentos.

Fernando da Costa Tourinho Filho ensina sobre o ônus da prova: "(...) A regra concernente ao *onus probandi*, ao encargo de provar, é regida pelo princípio *actori incumbit probatio*, vale dizer, deve incumbir-se da prova o autor da tese levantada. Se o acusador afirma que Mévio furtou, o ônus da prova lhe cabe, mesmo porque, enquanto não definitivamente condenado, o réu é presumidamente inocente. Se este alega que a pretensa res furtiva era sua, compete-lhe a prova (...) Se o réu invoca um álibi, o ônus da prova é seu. Se argúi legítima defesa, estado de necessidade, etc., o ônus probandi é inteiramente seu (...) Se alegar e não provar, a decepção também será sua (...)" (in Código de Processo Penal Comentado. v. 1, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 356).

A citação seria até despicienda na medida do que dispõe o art. 156 do

Acesso ao Sumário

Cód. de Processo Penal, "A prova da alegação incumbirá a quem a fizer (...)": no processo penal o réu assume o papel de reconvinte do processo civil (RT 542/418), de sorte que, para ser acolhida, a suposta insinceridade dos acusadores precisaria ficar destacada no contexto e tal incumbência é daquele que levanta a bandeira em seu proveito (RT 671/346). E esta somente pode ser afirmada quando extreme de dúvidas (RT 387/326 e 395/322), o que não é a hipótese deste caso.

Ainda sobre a atividade defensiva, em resumo, considerando as regras de distribuição do ônus da prova, prova insuficiente é aquela que apresenta dúvida invencível que torna impossível ter-se o álibi por verificado.

Quando o réu e as vítimas são as únicas fontes presenciais, a tentativa de abalar a confiança das falas destas últimas deve ser seguida de atuação objetiva e direta naquele sentido, não deixando para outras vias o que não vai além da insinuação sobre a insinceridade.

O segundo fato, aquele acontecido em um local tido como uma construção onde havia um salão de festas, merece especial destaque no voto.

A dona do imóvel, que em situação mal explicada alugou o mesmo para o apelante, disse que a permanência do grupo (o réu e as duas vítimas) "*foi coisa de cinco minutinhos, só*" (*verbis*, fl. 204vº). Para tal desiderato deu conta de que ali chegaram "*cedo, uma nove horas, ou antes*" (fl. 204vº *in fine*) e que as meninas não manifestaram interesse em usar a piscina (fl. 205vº). Todavia aqui há duas contradições, porque A.F., o tal cuidador da piscina existente naquele imóvel (o "*piscineiro*"), não só disse que as menores **quiseram usar da piscina**, como, ainda, disse que as encontrou ali *antes do almoço, mais ou menos onze horas* (fl. 209 *in fine*).

Não foram cinco minutos, mas duas horas, data vênia, tempo suficiente para aquilo que foi descrito na exordial, a partir das acusações feitas pelas menores. E há referências mesmo de que, além de refrigerantes, o apelante levou na ocasião alguma comida (circunstância reconhecida pelo *piscineiro*), o que não coaduna com mera passagem pela morada em comento.

A procedência, então, era sim de rigor.

Corrige-se, no entanto, a dosimetria, eis que a denúncia **não** invocou o parágrafo único do art. 71 do Cód. Penal. Só há menção ao *caput*, o que levou ao oblíquo emprego do concurso material, agravando a situação do increpado sem que lhe fosse previamente anunciado. Ademais, reconhecida a sua primariedade e afirmada a inexistência de agravantes, o ataque contra menores, *per se*, não passa de elementar do tipo, inadequado como fundamento para majoração da reprimenda. Quanto ao comportamento familiar do réu, ainda que censurável, o mesmo não é causa para majoração da pena-base na dimensão adotada em 1º grau (fl. 269).

Acesso ao Sumário

Igualmente, pela clandestinidade tantas vezes referida, não nos foi dado concluir com precisão o número de atentados cometidos, base reconhecida na jurisprudência para contagem da proporção da continuidade, prevalecendo, neste exclusivo ponto, em prol do acusado, a dúvida.

Daí porque a pena-base é reduzida para 8 anos de reclusão (mínimo), agregada de metade pela continuação delitiva (CP, art. 71), fração escolhida pela dupla jornada contra duas menores diferentes e também em razão das modalidades de violência sexual postas na exordial, na r. sentença e neste voto. Tal cálculo totaliza 12 anos de reclusão a começar do regime fechado (CP, art. 33).

Ante o exposto, rejeitadas as matérias preliminares, dou parcial provimento ao recurso, apenas para, nos termos do voto, reduzir a pena corporal para 12 anos de reclusão, a começar do fechado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0047778-88.2015.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado MIKE DE DEUS HONORATO.

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 pelo MINISTÉRIO PÚBLICO, a fim de: 1) condenar MIKE DE DEUS HONORATO, por incurso no artigo 155, § 4º, inciso III, c.c. o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, à pena de 01 ano de reclusão, em regime inicial aberto, mais pagamento de 10 dias-multa, no piso e 2) substituir a pena privativa de liberdade por multa, no valor de 10 dias-multa, no piso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13.266)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALEX ZILENOVSKI (Presidente), BANDEIRA LINS e ALMEIDA SAMPAIO.

São Paulo, 1 de fevereiro de 2016.

ALEX ZILENOVSKI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: FURTO – Condenação – Possibilidade – Materialidade e autoria devidamente comprovadas – Inocorrência de crime impossível diante da impropriedade relativa do objeto – Recurso

ministerial provido.

VOTO

Vistos.

Ao relatório da r. sentença (fls. 84/85), que passa a fazer parte deste voto, cumpre acrescer que se trata de apelação interposta pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO**, inconformado com a decisão que absolveu **MIKE DE DEUS HONORATO**, da infração prevista no artigo 155, § 4º, inciso II, c.c. o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

O Ministério Público, em suas razões de recurso (fls. 89/92), pugnou pela condenação do acusado sob o fundamento de não se tratar de crime impossível dada a impropriedade apenas relativa do objeto.

A Defesa requereu o improvimento do recurso ministerial (fls.98/101).

A D. Procuradoria de Justiça manifesta-se pelo provimento do recurso ministerial (fls. 107/108).

É o relatório.

Narra a denúncia que, no dia 02 de junho de 2015, por volta das 04h30min, na Rua Guido Bonissi, altura do nº 176, Ermelino Matarazzo, Capital, **MIKE DE DEUS HONORATO**, com o emprego de chave falsa, tentou subtrair para si ou para outrem, o veículo Ford Escort L, de cor vermelha, ano 1993, de placas BND-4548, avaliado em R$ 6.000,00, pertencente à vítima *Fernanda Neusa dos Santos* e que estava na posse de *Felipe dos Santos Silva.*

É caso de condenação.

Interrogado em juízo, **MIKE** confessou a tentativa de subtração. Asseverou que, à época dos fatos, possuía uma dívida com traficantes e estava sob efeito de drogas. Disse, ainda, que de posse de uma "*mixa*", tentou dar partida no auto, todavia, o veículo não funcionou. Em seguida, desengatou o carro e deslocou-se com ele por uma descida. No entanto, como o veículo não funcionou, decidiu abandoná-lo. Nesse momento, surgiram alguns policiais. Ele tentou evadir-se, mas foi preso (cf. mídia de fls. 82).

A policial militar Aderly Aparecida Aliendes afirmou que efetuava patrulhamento, momento em que se deparou com um veículo com os faróis apagados. Desceu da viatura para abordar o réu. Nesse instante, ele empreendeu fuga e invadiu uma propriedade próxima. Em seguida, após efetuarem um cerco, o acusado foi detido e apreendido na ignição do auto uma *mixa* (cf. mídia de fls. 82).

No mesmo sentido o policial Rafael Ribeiro de Albuquerque que acrescentou que o veículo estava em movimento, em uma descida, mas com o

Acesso ao Sumário

motor desligado (cf. mídia de fls. 82).

O ofendido *Felipe dos Santos Silva* disse que o veículo não funcionava e estava estacionado em frente a sua residência. Asseverou não ter presenciado o delito e que fora avisado pelos policiais acerca dos fatos (cf. mídia de fls. 82).

Complementam o acervo probatório os autos de exibição e apreensão (fls. 15/16), de entrega (fls. 18/19) e de avaliação (fls. 21/22), bem como laudo pericial (fls. 59).

Vê-se, pois, ser inviável afastar a responsabilidade criminal do apelado.

Diante do conjunto probatório amealhado, autoria e materialidade delitiva emergem incontroversas pela confissão judicial do acusado aliada aos depoimentos coerentes e coesos dos policiais militares e do ofendido.

Inicialmente, respeitado entendimento do MM. Juízo *a quo*, cumpre ponderar que não se trata, na verdade, de crime impossível. Observe-se que a impropriedade do objeto era relativa, tanto é assim que o acusado conseguiu deslocar o automóvel por alguns metros.

Em tempo, destaque-se que o crime impossível reserva-se para aqueles casos em que a impropriedade além de absoluta é patente, o que não ocorre no caso dos autos.

Com efeito, o furto foi praticado mediante a utilização de uma chave falsa (cf. laudo de fls. 59) e não se consumou por circunstâncias alheias à vontade do agente, porque enquanto efetuava a subtração foi surpreendido por policiais militares.

Assim sendo, de rigor a condenação do réu pela prática do crime de furto qualificado tentado.

Após essas considerações, passa-se à análise das reprimendas.

O acusado é tecnicamente primário. Possui um processo criminal em andamento, contudo, este não tem o condão de elevar a pena-base com vistas à súmula 444, do STJ. Desta forma, fixo a pena-base no patamar mínimo à espécie, qual seja, 02 anos de reclusão, mais 10 dias-multa, no piso.

Acesso ao Sumário

Na segunda fase da dosimetria, incide a atenuante da confissão espontânea, contudo, sem reflexos na dosimetria com vistas à súmula 231, do STJ.

Por fim, reconhecida a figura tentada, diante do *iter criminis* percorrido (o agente apoderou-se do bem e o deslocou por alguns metros), a pena deve reduzida de ½, restando assim ancorada em 01 ano de reclusão, mais 10 dias-multa.

Diante do *quantum* sancionatório, deve ser fixado o regime inicial aberto, com fundamento no art. 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal.

Preenchidos os requisitos do art. 44, do Código Penal, a sanção deve substituída por multa solitária, no valor de 10 dias-multa, no piso.

Posto isto, **DÁ-SE PROVIMENTO** ao recurso de apelação interposto pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO**, a fim de: 1) condenar **MIKE DE DEUS HONORATO**, por incurso no artigo 155, § 4º, inciso III, c.c. o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, à pena de 01 ano de reclusão, em regime inicial aberto, mais pagamento de 10 dias- multa, no piso e 2) substituir a pena privativa de liberdade por multa, no valor de 10 dias-multa, no piso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0031174-21.2010.8.26.0602, da Comarca de Sorocaba, em que são apelantes ALEXANDRE RAFFA VALENTE, ANDERSON FABIANO SOUZA SILVA e MARCEL PEREIRA PESSOA, 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. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 1.493)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO SIMÃO (Presidente sem voto), FREITAS FILHO e OTAVIO ROCHA.

São Paulo, 4 de fevereiro de 2016.

ALBERTO ANDERSON FILHO, Relator

Ementa: APELAÇÕES – TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES – ARTIGO 33 DA LEI Nº 11.343/06 – APETRECHOS PARA TRÁFICO – ARTIGO 34 DA LEI Nº 11.343/06 – PRISÕES EM FLAGRANTE – CONFIGURAÇÃO – OCORRÊNCIA – ABSOLVIÇÕES – IMPOSSIBILIDADE – DESCLASSIFICAÇÃO PARA POSSE DE ENTORPECENTE PARA CONSUMO PESSOAL – ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343/06 – IMPOSSIBILIDADE – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS – IMPOSSIBILIDADE – SUBSTITUIÇÃO DO REGIME PRISIONAL INICIAL FECHADO – IMPOSSIBILIDADE –

Acesso ao Sumário

PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – CONDENAÇÕES BEM DIMENSIONADAS – RECURSOS DEFENSIVOS IMPROVIDOS.

VOTO

Alexandre Raffa Valente foi condenado à pena de 09 (nove) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime prisional inicial fechado, e 1.983 (mil, novecentos e oitenta e três) dias-multa, no mínimo valor legal, enquanto **Anderson Fabiano Souza Silva** e **Marcel Pereira Pessoa** foram condenados às penas individuais de 08 (oito) anos de reclusão, em regime prisional inicial fechado, e 1.700 (mil e setecentos) dias-multa, no mínimo valor legal, todos por infringência dos artigos 33, "***caput***", e 34, "***caput***", ambos da Lei nº 11.343/06, na forma do artigo 69, "***caput***", do Código Penal, assim como foi decretado o perdimento dos bens apreendidos nos autos, utilizados para a prática da traficância, em favor da União, nos termos artigo 63, § 1º, da Lei nº 11.343/06, pela r. sentença de fls. 541/549 (vol. 3), adotado seu relatório, que julgou procedente a presente ação penal. Foi-lhes negado o direito de recorrerem em liberdade, em razão de terem permanecido segregados durante o trâmite processual.

Irresignados, apelaram, pleiteando a reforma da sobredita r. sentença, postulando:

Anderson: sua absolvição das imputações irrogadas na denúncia, por fragilidade do acervo probatório, com aplicação do princípio "***in dubio pro reo***", nos termos do artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal. Subsidiariamente, pleiteia: **[1]** o reconhecimento de crime único, com a absorção da conduta do artigo 34, "***caput***", pelo artigo 33, "***caput***", ambos da Lei nº 11.343/06 **[2]** a mitigação prevista no parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06; **[3]** a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos; **[4]** a fixação de regime inicial aberto (fls. 580, vol. 3; razões, fls. 628/641, vol. 4);

Marcel: sua absolvição das imputações constantes da denúncia, por insuficiência do acervo probatório. Subsidiariamente, busca: **[I]** a aplicação da mitigação do parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06; **[II]** a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos; **[III]** o reconhecimento de crime único, com a absorção da conduta do artigo 34, "***caput***", pelo artigo 33, "***caput***", ambos da Lei nº 11.343/06; **[IV]** a fixação de regime inicial aberto (fls. 589, vol. 3; razões, fls. 685/689, vol. 4);

Alexandre: sua absolvição de ambas as imputações, por fragilidade e

Acesso ao Sumário

insuficiência do acervo probatório, aplicando- se o princípio "***in dubio pro reo***", nos termos do artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal. Subsidiariamente, requer: **[1]** a desclassificação para a conduta do artigo 28 da Lei nº 11.343/06; **[2]** o reconhecimento de crime único, com a absorção da conduta do artigo 34, "***caput***", pelo artigo 33, "***caput***", ambos da Lei nº 11.343/06; **[3]** a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos; **[4]** o afastamento do regime inicial fechado (fls. 590, vol. 3; razões, fls. 712/717, vol. 4).

Os recursos foram contra-arrazoados (fls. 724/729; 730/736; 737/745, vol. 4), tendo a douta Procuradoria Geral de Justiça opinado no sentido do improvimento dos recursos interpostos (fls. 753/770, vol. 4).

É o relatório.

Nega-se provimento aos recursos, pois a r. sentença hostilizada culminou por outorgar a correta tutela jurisdicional que a causa reclamava.

Exsurge clara e irrefutável a materialidade delitiva: auto de prisão em flagrante (fls. 02/03, vol. 1); boletim de ocorrência (fls. 20/26, vol. 1); auto de exibição e apreensão (fls. 27/29, vol. 1); laudos de constatação provisória (fls. 39; 40; 41; 42, vol. 1) e de exames químico-toxicológicos, com resultados positivos para **cocaína**, *Cannabis sativa L* e ***crack*** (fls. 112/115; 136/140; 141/145; 146/149; 150/153, vol. 1); e laudo de exame em peça (prensa – fls. 260/264, vol. 2).

Nunca é demais lembrar que a prisão em flagrante (fls. 02/03, vol. 1), estando formalmente em ordem, é uma das mais contundentes e cabais das provas da ocorrência do crime e de sua autoria. Assim, quem é apanhado em pleno "***iter criminis***", ou imediata e consequentemente a ele, como é o caso dos autos, difícil justificar tal situação (nesse sentido: STF, HC nº 92.711-4/RS, Relator Ministro Joaquim Barbosa, Segunda Turma, v.u., *Ementário* 2351-3/458; STF, HC nº 72.417-5/RJ, v.u., *Ementário* 1801-2/344), sendo a certeza visual dos acontecimentos e as apreensões dos objetos delituosos em poder do agente forte e decisivo indicativo de autoria.

No mais, na hipótese em tela, em estrita observância do princípio constitucional da razoável duração do processo (CF/88, artigo 5º, inciso LXXVIII), alinhado com o pacificado entendimento do Supremo Tribunal Federal (ED ARE nº 723.254/SP, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, v.u., j. 14.04.2015, Processo Eletrônico, *DJe* 84; STF, AgR ARE nº 727.030/RS, Relator Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, v.u., j. 19.11.2013, *DJe* 237; QO-RG AI nº 791.292/PE, Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 23.06.2010, Repercussão Geral – Mérito, *Ementário* 2410-6/1289), assim como o permissivo do artigo 252 do Regimento Interno do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, aplica-se a técnica da fundamentação "***per relationem***", pela qual o

Acesso ao Sumário

Magistrado se utiliza de trechos de decisão anterior, em vista da constatação de a r. sentença ter examinado percucientemente todos os elementos do conjunto fático-probatório:

"*A ação penal é procedente.*

A materialidade dos fatos delituosos está bem demonstrada pelo auto de exibição e apreensão de fls. 27/29, laudos de constatação de fls. 39/42, laudos de exame químico-toxicológico de fls. 112/115, 136/140, 141/145, 146/149 e 150/153, bem como pelo laudo pericial realizado na prensa apreendida, constante de fls. 260/264.

A autoria também é certa.

Os investigadores de polícia Fernando de Moraes Sobrinho e Glauco Fernando Santos Fernandes, nas duas fases do procedimento, relataram que receberam informações dando conta que os indivíduos conhecidos por 'Macarrão' (Anderson), 'Boyzinho' (Marcel) e 'Corega' (Alexandre), eram os responsáveis pela distribuição e comercialização de substâncias entorpecentes em bares e casas noturnas em Sorocaba. Além disso, descobriram que Alexandre residia em uma chácara na vizinha cidade de Araçoiaba da Serra, onde a droga era manipulada, prensada e embalada para futura comercialização.

De posse de tais informações e munidos de mandados de busca, estiveram no endereço residencial de Anderson, Rua Baltazar Fernandes, nº 41, Vila Santana, local em que os policiais detiveram além do próprio Anderson, Marcel e Takamasa, vulgo 'Taka'.

Apreenderam, na ocasião, 75 (setenta e cinco) invólucros contendo cocaína, na mochila de Marcel. Já no quarto de Anderson, os policiais localizaram um 'tijolo' de maconha, 15 (quinze) porções de cocaína, idênticas àquelas encontradas na bolsa de Marcel, e 82 (oitenta e dois) flaconetes vazios.

O veículo de Takamasa foi revistado e no seu interior foi apreendido um cigarro de maconha. Na oportunidade, Takamasa admitiu aos policiais que guardava mais duas porções a granel de maconha, em sua residência localizada na rua Victor Carone, nº 11, Jardim das Flores, onde a droga foi apreendida.

Takamasa reconheceu, aos policiais, a sua participação na traficância, e que recebia as drogas de "Macarrão" e 'Corega'.

Em seguida, os policiais rumaram para a chácara de Alexandre, em Araçoiaba da Serra, onde foram localizadas 07 (sete) porções de maconha prensadas, pesando 6,5kg, além de utensílios para a manipulação de droga, uma prensa hidráulica, embalagens vazias e balanças de precisão.

Esclareceram, ainda, que através de interceptações telefônicas deferidas judicialmente em outro processo, foi possível estabelecer o vínculo associativo entre Alexandre, Marcel e Anderson, na comercialização de drogas.

Acesso ao Sumário

Assim, muito embora tenham os réus negado a traficância – com exceção de Alexandre, que ao assumir a sua condição de viciado, disse que vendia para manter o seu vício – é certo que os depoimentos seguros dos policiais, as circunstâncias em que se deram as prisões dos réus, em especial a apreensão de elevadas quantidades de entorpecentes, sua diversidade, a localização de prensa, balanças digitais e utensílios usados no preparo da droga, são elementos mais do que suficientes para a condenação dos réus pelo crime de tráfico de drogas.

O delito previsto no artigo 34, 'caput' da Lei 11.343/06, também se aperfeiçoou, pois ficou comprovado pelos depoimentos dos policiais e escutas realizadas, que Anderson, Marcel e Alexandre, manipulavam a droga na chácara deste último, onde foi encontrada uma prensa, com capacidade para quinze toneladas, utilizada para prensas a maconha, formando tijolos, como ilustram as fotos de fls. 261/264.

Bem provados os fatos descrito na denúncia, a condenação dos réus é de rigor." (fls. 543/545, vol. 3).

Deve ser observado que a alegação de parcialidade das declarações dos Agentes Policiais (mídia digital, fls. 366; 367/384; 385/400, vol. 2) não tem lastro sustentável, porque não estão eles legalmente impedidos de depor, por conta de suas condições funcionais, e o valor dos depoimentos prestados não pode ser sumariamente desprezado, pois, como todo e qualquer testemunho, há de ser avaliado no contexto de um exame global do quadro probatório: seus testemunhos possuem, assim, validade jurídica e são equivalentes aos depoimentos de testemunha civil (nesse sentido: STF, HC nº 73.518-5/SP, Relator Ministro Celso de Mello, Primeira Turma, v.u., *Ementário* 1846-2/293; STF, HC nº 74.522-9/AC, Relator Ministro Maurício Corrêa, Segunda Turma, v.u., *Ementário* 1854-5/942), registrado que desmerecer seus testemunhos, apenas pela natureza das funções que exercem, a par de não ter suporte em qualquer preceito legal, implicaria um imposto, preconceituoso e desarrazoado atestado de inidoneidade de toda uma corporação, além de não existir nos autos qualquer elemento que possa desabonar os depoimentos prestados (no sentido de que fossem desafetos dos apelantes, tivessem hostil prevenção contra eles ou quisessem perversamente prejudicá-los). Nesse sentido: TJ/SP, Apel. nº 178.786-3/1, Relator Desembargador Marcial Hollanda, 1ª Câmara Criminal, v.u., j. 10.04.95, RT 721/414; TJ/SP, Apel. Crim. nº 63.445-3, Cubatão, Relator Desembargador Jarbas Mazzoni, 1ª Câmara, v.u., j. 29.08.88, *RT* 634/276.

Em assim sendo e levando em consideração a quantidade e variedade de drogas apreendidas – 122,88g (cento e vinte dois gramas e oitenta e oito centigramas) de **cocaína**; 479,09g (quatrocentos e setenta e nove gramas e nove centigramas), 67,06 (sessenta e sete gramas e seis centigramas), 0,11g (onze centigramas), seis pacotes com peso total de 6.105,9g (seis mil, cento e cinco

Acesso ao Sumário

gramas e nove centigramas) de *Cannabis sativa L.*; e de 5,38g (cinco gramas e trinta e oito centigramas) de ***crack*** – e o modo pelo qual foram apreendidas e estavam embaladas (fls. 28; 29; 112/115; 136/140; 141/145; 146/149; 150/153, vol. 1), por óbvio que outra alternativa não resta, em conjunto com os demais elementos de convicção carreados para os autos, senão prestigiar o decreto condenatório, pois inafastável e inarredável que os apelantes se dedicavam ao nefasto, pernicioso e infame tráfico ilegal de substâncias entorpecentes, visto que, de maneira consciente e voluntária, realizavam os comportamentos típicos previstos em lei, agindo, ainda, com plena ciência da ilicitude de suas condutas e que os conduziriam ao resultado por eles almejado.

Dessa forma e demonstrado, nos autos, que os recorrentes, em realidade, traziam consigo e tinham em depósito as drogas apreendidas (cocaína; *Cannabis sativa L.*; e *crack*), para fins de tráfico, assim como possuíam e guardavam maquinário destinado a preparação de maconha, imperioso endossar a r. sentença monocrática.

Por oportuno, mister deixar consignado que o crime de tráfico de entorpecentes é de mera conduta, bastando, para a sua consumação, a prática de qualquer um dos núcleos verbais do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 (nesse sentido STF, HC nº 122.299/SP, Relator Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, j. 19.08.2014, DJe 195; STF, Ext nº 1.023- 9/RFA, Relator Ministro Carlos Britto, Tribunal Pleno, v.u., *LEXSTF* vol. 29, nº 345, 2007, págs. 335/343), independentemente da concretização ou não da entrega ao destinatário, pelo que a conduta dos apelantes, consistentes em "*trazerem consigo*" e "*terem em depósito*" as substâncias entorpecentes e "*possuírem e guardarem*" maquinário destinado a preparação de maconha em sua forma compacta, caracterizaram os delitos, prestigiada, portanto, a solução condenatória. Colhe-se da jurisprudência:

> *"Recurso ordinário em habeas corpus. 2. Tráfico ilícito de entorpecentes e porte ilegal de arma de fogo com numeração suprimida (arts. 33, caput, da Lei 11.343/06 c/c art. 16, parágrafo único, IV, da Lei 10.826/03). Condenação. 3. Pleito de absolvição em virtude de suposta insuficiência probatória. Impossibilidade. Provas carreadas nos autos conduzem à comprovação da autoria e da materialidade. 4. Pedido de revogação da custódia cautelar. Prisão devidamente fundamentada. Necessidade de garantir a ordem pública e assegurar a aplicação da lei penal. 5. Fixação de regime inicial fechado. Fundamento no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90. Declaração incidental de inconstitucionalidade (HC 111.840/ES, Rel. Min. Dias Toffoli, Pleno, DJe 17.12.2013). Superada a obrigatoriedade de início do cumprimento de pena no regime fechado aos condenados por crimes hediondos ou a eles equiparados. 6. Recurso ordinário parcialmente provido para determinar ao Juízo de primeiro grau que, afastando o disposto no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, proceda*

Acesso ao Sumário

a nova fixação do regime inicial de cumprimento de pena, segundo os critérios previstos no art. 33, §§ 2º e 3º do CP."

(STF, RHC nº 120.334/RJ, Relator Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, v.u., j. 29.04.2014, *DJe* 92).

No mesmo sentido*:* STF, HC nº 112.769/MG, Relatora Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, v.u., j. 04.09.2012, DJe 183.

O entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça está alinhado com o posicionamento do Supremo Tribunal Federal:

"verifica-se que as decisões hostilizadas afastaram as teses defensivas, fazendo, na sequência, cotejo das provas carreadas aos autos, mantendo a condenação do paciente pela prática dos delitos de associação e tráfico ilícito de entorpecentes, com fundamento em contexto fático-probatório válido para demonstrar o crime e sua autoria".

[…]

"a sentença e o acórdão objurgado apresentaram fundamentação suficiente à manutenção da decisão condenatória pela prática dos referidos crimes".

(STJ, HC nº 146.381/SP, Relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, v.u., j. 17.06.2010, *DJe* 09.08.2010).

No mesmo sentido: STJ, REsp nº 606.152/SC, Relator Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, v.u., j. 24.11.2009, *DJe* 24.05.2010.

Quanto aos pleitos de reconhecimento de crime único, com a absorção da conduta do artigo 34, "***caput***", pelo artigo 33, "***caput***", ambos da Lei nº 11.343/06, sob a alegação de que deve ser aplicado o princípio da consunção, para que o delito fim (tráfico de drogas) absorva o crime meio (apetrechos), previsto no artigo 34 da Lei nº 11.343/2006, ressalte-se que, em conformidade com os dados concretos dos autos, observa-se que a r. sentença bem examinou o contexto dos elementos fático probatório (fls. 543/545, vol. 3), e, "***in casu***", constata-se serem delitos autônomos.

As condutas delituosas (artigo 33, "***caput***", e artigo 34, "***caput***", ambos da Lei nº 11.343/06) são tipos penais diferentes e um não constitui, necessariamente, meio para o cometimento do outro, pois quem mantém apetrechos para o fabrico e preparação de drogas no local, além de guardar substâncias entorpecentes destinadas ao tráfico ilícito, incide nos dois tipos penais. Até porque, para que alguém guarde ou tenha em depósito substâncias estupefacientes, não é necessário e obrigatório que também mantenha em depósito objetos e apetrechos para a preparação e fabrico de tais substâncias e, assim agindo, os agentes praticaram duas condutas distintas, objetivamente mais graves que a prática isolada da guarda dos entorpecentes, "***exempli gratia***". Além disso, os crimes acima mencionados são resultado de duas condutas diferentes em concurso

Acesso ao Sumário

material de delitos, nos moldes do artigo 69, do Código Penal e, assim sendo, impossibilitado se falar, na hipótese em tela, em dois crimes mediante uma só conduta (crime formal) ou dois crimes praticados um como consequência natural do outro (delitos continuados).

O Colendo Superior Tribunal de Justiça respalda tal entendimento:

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. INSUMOS E MAQUINÁRIO. CONSUNÇÃO. CONTEXTO FÁTICO ÚNICO. INCERTEZA. VALORAÇÃO DE PROVAS DESCABIDA NO HABEAS CORPUS. NÃO CABIMENTO. CONDUTAS AUTÔNOMAS.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. O princípio da consunção incide quando seja um dos crimes etapa necessária ou usual ao crime final pretendido pelo agente.

3. Embora o contexto fático único autorize a absorção dos fatos contidos no art. 33 § 1º e 34, ambos da Lei n. 11.343/2006, pelo delito descrito no art. 33 da mesma Lei, não restou certa a situação fática exigida de que fossem os insumos e maquinários destinados ao exclusivo fim de preparo da droga comercializada pelos acusados – não cabendo valoração fática na via do habeas corpus.

4. Habeas corpus não conhecido."

(STJ, HC nº 266.516/SP, Relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, v.u., j. 16.12.2014, *DJe* 03.02.2015).

No mesmo sentido: STJ, AgRg no AREsp nº 303.213/SP, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, v.u., j. 08.10.2013, DJe 14.10.2013; STJ, HC nº 171.842/RJ, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, v.u., j. 06.11.2012, *DJe* 16.11.2012.

Dessa forma e demonstrado, nos autos, que os apelantes, em realidade, trazia consigo, para fins de tráfico, as drogas apreendidas (cocaína; *Cannabis sativa L.*; e *crack*), imperioso endossar a r. sentença monocrática, rejeitada e repelida a tese defensiva de absolvição, por fragilidade e insuficiência probatória. O ônus da prova, quanto ao alegado pelos recorrentes, cabia às suas Defesas (nesse sentido: STF, HC nº 68.964-7/SP, Relator Ministro Celso de Mello, Primeira Turma, v.u., *Ementário* 1741-3/444, STF, HC nº 70.742-4/RJ, Relator Ministro Carlos Velloso, Segunda Turma, *Ementário* 1997-2/251), que não se desincumbiram dessa tarefa (fls. 628/641; 685/689; 712/717, vol. 4),

Acesso ao Sumário

fortalecendo, assim, a análise do conjunto probatório, no sentido da manutenção das condenações individuais.

No que tange às penas cominadas, individualmente consideradas, foram dimensionadas de modo adequado, não havendo retificação alguma para ser realizada, por ter sido criteriosamente observado o método trifásico (disposto nos artigos 59 e 68 do Código Penal) e as disposições dos artigos 42 e 43 da Lei nº 11.343/06 – fls. 546/547, vol. 3 –, nem motivos para suas mitigações individuais.

No tocante à tese subsidiária de aplicação da mitigação prevista no parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, a pretensão é descabida, em vista da observação, na r. sentença, que demonstra a dedicação doa recorrentes à mercancia ilícita de entorpecentes: "*Os referidos réus não fazem jus à redução da pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, tendo em vista a reincidência de Alexandre e a grande quantidade de drogas com eles encontradas, tudo revelando que se dedicavam à atividade criminosa de abastecimento de pequenos traficantes*" (fls. 547, vol. 3), obstada, portanto, a aplicação da causa de diminuição.

O Supremo Tribunal Federal endossa o entendimento acima exposto:

"Ementa: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. […] *APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE.* […]

[…]

2. A não aplicação da causa de diminuição da pena do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 pressupõe a demonstração pelo juízo sentenciante da existência de um conjunto probatório apto a afastar pelo menos um dos critérios, que são autônomos, descritos no preceito legal: (a) primariedade; (b) bons antecedentes; (c) não dedicação a atividades criminosas; e (d) não integração à organização criminosa. Precedentes.

3. No caso, as instâncias ordinárias concluíram, com base nos elementos de provas colhidos sob o crivo do contraditório, que o paciente pertencia à organização criminosa dedicada à prática do crime de tráfico de drogas. Nesse contexto, revela-se inviável a utilização do habeas corpus, a fim de reexaminar o que decidido pelas instâncias ordinárias.

[…]

6. Habeas corpus denegado."

(STF, HC nº 124.250/SP, Relator Ministro Teori Zavascki, Segunda Turma, v.u., j. 09.12.2014, *DJe* 249).

No mesmo sentido: STF, RHC nº 127.254/SP, Relator Ministro Dias Toffoli, Segunda Turma, v.u., j. 12.05.2015, *DJe* 101; STF, HC nº 116.016/

Acesso ao Sumário

SP, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, v.u., j. 12.11.2013, *DJe* 236; STF, RHC nº 118.623/MS, Relator Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma, v.u., j. 19.11.2013, *DJe* 239.

Quanto à tese subsidiária do recorrente Alexandre, consistente em desclassificação do delito de tráfico de drogas para a conduta do artigo 28 da Lei nº 11.343/06, também não comporta recepção, pela ressalva de que, não obstante a sua condição de usuário de drogas, o restante do conjunto probatório amealhado não tem força necessária para afastar o tráfico, conforme bem fundamentado pelo MM. Magistrado de 1º Grau (fls. 545, vol. 3: "*Assim, muito embora tenham os réus negado a traficância – com exceção de Alexandre, que ao assumir a sua condição de viciado, disse que vendia para manter o seu vício – é certo que os depoimentos seguros dos policiais, as circunstâncias em que se deram as prisões dos réus, em especial a apreensão de elevadas quantidades de entorpecentes, sua diversidade, a localização de prensa, balanças digitais e utensílios usados no preparo da droga, são elementos mais do que suficientes para a condenação dos réus pelo crime de tráfico de drogas*").

A jurisprudência não discrepa:

"PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. TIPO SUBJETIVO. ESPECIAL FIM DE AGIR (FINS DE MERCANCIA). DESNECESSIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO. IMPOSSIBILIDADE.

I - O tipo previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/06 é congruente ou congruente simétrico, esgotando-se, o seu tipo subjetivo, no dolo. As figuras, v.g., de transportar, trazer consigo, guardar ou, ainda, de adquirir não exigem, para a adequação típica, qualquer elemento subjetivo adicional tal como o fim de traficar ou comercializar. Além do mais, para tanto, basta também atentar para a incriminação do fornecimento (Precedentes).

II - O tipo previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/06, este sim, como delictum sui generis, apresenta a estrutura de congruente assimétrico ou incongruente, visto que o seu tipo subjetivo, além do dolo, exige a finalidade do exclusivo uso próprio. (Precedentes).

Recurso especial provido."

(STJ, REsp nº 1.133.943/MG, Relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, v.u., *RJM* 193/327).

No mesmo sentido: STJ, HC nº 304.647/RS, Relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, v.u., j. 24.03.2015, *DJe* 06.04.2015; STJ, HC nº 161.604/MG, Relator Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, v.u., j. 06.11.2014, *DJe* 14.11.2014; STJ, AgRg no AREsp nº 172.320/MG, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, v.u., j. 10.02.2015, *DJe* 23.02.2015; STJ, AgRg no AREsp nº 512.436/PR, Relatora Ministra Maria Thereza

Acesso ao Sumário

de Assis Moura, Sexta Turma, v.u., j. 21.08.2014, *DJe* 03.09.2014.

O Pretório Excelso confirma tal posicionamento:

"EMENTA Habeas corpus. Tráfico de entorpecentes. Pretensão à desclassificação para o crime de uso previsto no art. 28 da Lei de Tóxicos. Alegada inexistência de provas da finalidade mercantil. Inadequação da via do writ. Precedentes. Ordem denegada.

1. Para operar-se a desclassificação pretendida, afastando-se as circunstâncias que levaram a julgadora de primeiro grau a reconhecer o tráfico, faz-se necessário o reexame de fatos e provas, incabível na via estreita do habeas corpus.

2. Ordem denegada."

(STF, HC nº 105.343/MS, Relator Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, v.u., j. 10.04.2012, *DJe* 91).

No mesmo sentido: STF, AgR ARE nº 830.221/BA, Relator Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, v.u., j. 26.08.2014, *DJe* 179.

"- A condenação penal pelo crime de tráfico ***não é vedada*** *pelo fato de ser também o agente um usuário da droga.*

- Não descaracteriza o delito de tráfico de substância entorpecente o fato de a Polícia haver apreendido pequena quantidade do tóxico em poder do réu."

(STF, HC nº 74.420-6/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, Primeira Turma, v.u., *Ementário* 1855-2/389).

No referente à tese subsidiária de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tal pleito não comporta atendimento, pela observação de que, na hipótese em tela, concreta a desvalia da conduta dos apelantes Anderson, Marcel e Alexandre, presos em flagrante com drogas variadas, sendo duas delas – **cocaína** e ***crack*** – de altos poderes viciantes, devastadores e deletérios.

O posicionamento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal endossa o entendimento acima exposto:

"EMENTA RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO DENEGADA NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA POR INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. QUANTIDADE DA DROGA. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA.

1. O Superior Tribunal de Justiça observou os precedentes da Primeira Turma desta Suprema Corte que não vem admitindo a utilização de habeas corpus em substituição a recurso constitucional.

Acesso ao Sumário

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal reputou configurado bis in idem na consideração cumulativa da quantidade e da espécie da droga apreendida, como indicativos do maior ou menor envolvimento do agente no mundo das drogas, na exasperação da pena-base e no dimensionamento previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006.

3. Possibilidade de indeferir a substituição da pena por restritiva de direitos e de fixar o regime de cumprimento da pena forte na quantidade e natureza da droga. Precedente.

4. A fixação do regime inicial de cumprimento de pena e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos devem ser apreciadas pelo juiz do processo à luz do preenchimento, ou não, dos requisitos dos artigos 33 e 44 do Código Penal.

5. Recurso ordinário em habeas corpus a que se nega provimento."

(STF, RHC nº 122.804/MT, Relatora Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, v.u., j. 30.09.2014, *DJe* 200).

No mesmo sentido: STF, HC nº 119.515/AC, Relatora Ministra Cármen Lúcia, Segunda Turma, v.u., j. 03.12.2013, *DJe* 242.

Por derradeiro, quanto aos pleitos subsidiários de modificação do regime prisional inicial para aberto, estes ficam impossibilitados, pois o regime prisional fixado (inicial fechado), para o desconto da privativa de liberdade dos réus, por infringência dos artigos 33, "***caput***", e 34, "***caput***", ambos da Lei nº 11.343/06, na forma do artigo 69, "***caput***", do Código Penal, não há de ser alterado, por duas razões principais: a uma, porque foi determinado de forma precisa e correta, nos termos dos artigos 33, § 3º, 44, inciso III, e 59, todos do Código Penal, c.c. o artigo 42 da Lei nº 11.343/2006 (circunstância judicial desfavorável: alta quantia de **maconha** apreendida – 479,09g [quatrocentos e setenta e nove gramas e nove centigramas], 67,06 [sessenta e sete gramas e seis centigramas], 0,11g [onze centigramas], seis pacotes com peso total de 6.105,9g [seis mil, cento e cinco gramas e nove centigramas], além de 122,88g (cento e vinte dois gramas e oitenta e oito centigramas) de ***cocaína*** e de 5,38g (cinco gramas e trinta e oito centigramas) de ***crack*** – e o modo pelo qual foram apreendidas e estavam embaladas – fls. 28; 29; 112/115; 136/140; 141/145; 146/149; 150/153, vol. 1) e, a duas, porque o delito de tráfico de drogas, equiparado a hediondo, não se sujeita a regime mais brando, pois, como público e notório, provoca o recrudescimento da violência e da intranquilidade social, além da desagregação da instituição familiar, observado, ainda, o disposto no artigo 2º, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07. A jurisprudência não discrepa:

"Ementa: HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES (705g DE COCAÍNA).

Acesso ao Sumário

REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. 1. A análise desfavorável das circunstâncias judicias do art. 59 do Código Penal impossibilita, no caso, a concessão do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos (interpretação dos arts. 33 e 44 do Código Penal). Precedente: RHC 120.025, Rel. Min. Luiz Fux. 2. Ademais, as instâncias de origem concluíram que a conversão da reprimenda não se mostra recomendável diante da natureza e da quantidade da droga objeto do tráfico. Precedentes: HC 118.405, Rel. Min. Teori Zavascki; e o RHC 119.208, Rel.ª Min.ª Rosa Weber. 3. Habeas Corpus extinto, sem resolução do mérito, por inadequação da via processual."

(STF, HC nº 114.197/MS, Relator Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma, v.u., j. 02.09.2014, *DJe* 179).

No mesmo sentido: STF, RHC nº 116.050/ES, Relator Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, v.u., j. 11.06.2013*, DJe* 165.

Nega-se, pois, provimento aos recursos, mantendo-se integralmente a bem exarada sentença monocrática.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0013943-47.2014.8.26.0664, da Comarca de Votuporanga, em que é apelante V.P.S., é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitadas as matérias preliminares, deram parcial provimento ao recurso, apenas para, nos termos do voto, reduzir a pena corporal para 12 anos de reclusão, a começar do fechado. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto 31.062)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente sem voto), AMARO THOMÉ e SOUZA NERY.

São Paulo, 28 de janeiro de 2016.

ROBERTO SOLIMENE, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: ESTUPRO DE VULNERÁVEL – Vítimas irmãs gêmeas – Admissibilidade da prova acusatória – Coesão – Álibi defensivo que remanesceu em aberto – Recontagem da dosimetria – Circunstâncias do art. 59 do Cód. Penal que não se confundem com elementares

do tipo violado – Denúncia que trata de continuidade delitiva e não de concurso material – Solução adotada na origem que importaria deliberação em sentido diverso àquele posto na exordial – Preliminares rejeitadas, apelo parcialmente provido.

VOTO

Consta que ainda na origem o ora apelante foi condenado a cumprir, a partir do regime fechado, 20 de reclusão, por conta de violar o disposto nos arts. 217-A c.c. 71, par. único do Cód. Penal (fls. 267/270). Todavia, não resignado, apela para alegar inépcia da exordial, ao não se descrever minuciosamente as datas nas quais perpetradas as diversas infrações, trocadas as referências por uma genérica, *em data anterior a 7 de junho de 2014* (fl. 2d). Sem prejuízo, prequestionou a incidência dos arts. 5º, LIV da Const. Federal, 158, 167 e 405, §3º. III do Cód. de Processo Penal. Recusou a existência de prova da materialidade, a seu ver imprescindível para a responsabilização penal do denunciado. E, por último, não apenas destacou o que seriam incongruências nas declarações das vítimas, a colocar-lhes dúvida nas credibilidades, como levantou a questão de que a avó das crianças, cujo depoimento fora empregado para a condenação em 1º grau, seria testemunha suspeita (*verbis*), eis que com ele, apelante, teria desinteligência precedente. Nem olvidou-se de impugnar a dosimetria, especialmente com a pretensão de redução das penas ao mínimo, se não sacada a continuidade delitiva por completo (outro pleito ali agitado), eis que ausente demonstração da repetição dos alegados desatinos (fls. 322/342).

Recurso respondido (fls. 344/345), ainda encontramos no processo o r. parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça, pelo desprovimento (cf. fls. 357/361).

É o relatório.

Voto n. **31.062**

Acerca do prequestionamento, respeitosamente, este somente é possível quando tendo ocorrido, de fato, relevância para o julgado, ao esclarecê-lo, o julgador aborda os dispositivos legais desejados pela parte, vide EDcl no CC 47.784/SP – 1ª Seção – rel. Min. JOSÉ DELGADO – j. 12.12.2005. Demais disso, para que se configure o prequestionamento seria necessário que o Tribunal *a quo* se pronunciasse especificamente sobre a matéria articulada pelo recorrente, emitindo juízo de valor em relação aos dispositivos legais indicados e examinando a sua aplicação ou não ao caso concreto (AgRg no Ag 998.033/SP, rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, 4ª T., julgado em 07/08/2008, DJe 25/08/2008; AgRg no Ag 985.902/PR, rel. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, 4ª T., julgado em 06/05/2008, DJe 26/05/2008; EDcl no Ag 894.040/

Acesso ao Sumário

SP, rel. Min. HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, 4ª T., julgado em 20/11/2007, DJ 03/12/2007 p. 322). Até seria admissível o prequestionamento implícito, desde que, novamente, demonstrada, inequivocamente, a apreciação da tese, à luz da legislação federal indicada, o que é feito no decorrer do voto. No mais, tudo que de relevante foi trazido para dentro deste feito, em verdade, diz especificamente respeito ao exame das provas. Acerca destas é igualmente oportuno transcrever que, em crimes sexuais, normalmente praticados sem a presença de testemunhas, a jurisprudência autoriza se dê especial relevo aos depoimentos das vítimas, mormente quando confirmados pelo contexto probatório.

Nesse sentido os precedentes do E. Superior Tribunal de Justiça: HC 53.877/PE – rel. Min. PAULO GALLOTTI – j. 18.12.2006; HC 46.597/MG – rel. Min. FÉLIX FISCHER – DJU 13.2.2006; HC 32.342/MG – rel. Min. LAURITA VAZ – DJU 17.5.2004; HC 29.421/RJ – rel. Min. JORGE SCARTEZZINI – DJU 19.12.2003.

Ora, para descartar o que as vítimas imputaram ao réu seria preciso que ficasse evidenciado tivessem elas algum interesse em incriminar este último. Ausente tal móvel, temos que o reconhecimento pessoal por parte das vítimas, no campo processual penal, assume, então, inegável valor probante, repito, somente podendo ser desconsiderado quando presente alguma circunstância que torne suspeita a identificação, o que, *prima facie*, não parece ser o caso dos presentes autos, onde, transcorrida a instrução, não se vislumbrou qualquer motivação no sentido de se acusar pessoa supostamente inocente.

Interrogado, o acusado, aliás, negou qualquer impugnação contra as fontes acusatórias, especialmente contra as menores, observando, tão apenas, ter tido "*um atrito com a avó após o batizado do seu filho*" (fl. 220, *verbis*), todavia, não destacou que o assunto levaria tal pessoa a mentir, de sorte que não nos é dado intuir suspeição, até porque, conferido o termo de depoimento de d. R.F.R. (fls. 191/196vº), **não consta que a defesa tivesse impugnado precedentemente a oitiva, muito menos reperguntado sobre o assunto da suspeição deduzida no apelo**, impedindo as partes de debaterem a questão em sua inteireza no tempo certo, não permitindo esclarecimentos da fonte informativa nem a turma julgadora de tomar pé do tema.

E sobre tal fonte, relevante lembrar que a mulher do apelante, em juízo, perguntada sobre o relacionamento do varão com d. R.F.R., asseverou que a avó "*sempre falava que gostava muito dele*", até "*antes de acontecer o negócio com as meninas*" (*verbis*, fl. 199vº). Não havia, portanto, desinteligência precedente, de sorte que as falas da avó não podem ser descartadas.

A prova em comento, então, cf. precedentes, porque não consta oposição nos moldes e tempo certos, adota papel preponderante e goza da presunção da veracidade, tomando especial relevância no deslinde da controvérsia, merecendo

Acesso ao Sumário

crédito, não sendo crível à condição humana que alguém incriminasse irresponsavelmente pessoa idônea, daí porque o relato pode ser aproveitado, porque não teriam as acusadoras qualquer proveito em mentir. Matéria desse teor mereceu neste Sodalício a mesma orientação em condições aproximadas, confira-se *in* Apel. 0004446-22.2010.8.26.0220 – 2ª Câm. Criminal – rel. Des. ALMEIDA SAMPAIO – J. 10.10.2011 e na Apel. 0006429-96.2009.8.26.0606 – 16ª Câm. Criminal – rel. Des. NEWTON NEVES – J. 29.11.2011.

De todo o modo, abordando a segunda prejudicial levantada pelo apelante, acerca da suposta regularidade da denúncia, se esta, ao menos em tese, suscita conduta equiparada a crime, no contraditório é que se dirimirá as dúvidas agitadas pela defesa (cf. RTJ 75/454), assim é que as coisas funcionam nesse tema.

Ou seja, a atuação do *Parquet* é balizada pela regra adjetiva inserida no art. 41 do Cód. de Processo Penal. Então, para afirmar a regularidade da denúncia, é necessário que de seu contexto seja possível reconstruir a pretensa ilicitude e demostrar o desencontro entre a conduta concreta e a ordenação jurídica. Confira-se sobre o assunto Maria Thereza Rocha de Assis Moura, *in* "A prova por indícios no Processo Penal, São Paulo, Saraiva, 1994, pp. 61 e 62".

Pragmaticamente, as questões que a denúncia deve sempre trazer em seu bojo são as seguintes: a) quem seria o autor ou autores do delito; b) quais meios ou instrumentos empregados; c) qual malefício ou perigo de dano se manifestou; d) quais os motivos determinantes à realização da infração; e) de que maneira deu-se a execução; f) o lugar da infração; e g) o tempo da infração (cf. RHC 20.901/RJ, j. 12.11.2007, do E. STJ).

Preservado o convencimento de quem quer que seja, todos estes pontos estão devidamente tratados pelo Dr. Promotor de Justiça. Quando a doutrina, no tocante à exordial criminal, trata do *tempo da infração*, não exige precisão matemática, impossível deixar de considerar que, em delitos clandestinos, a incerteza é a tônica, devendo o interessado, portanto, combater a denúncia na seara do mérito, no âmbito da prova, porque de inépcia não se há falar, tendo sido destacado que as faltas aconteceram em um período temporal facilmente localizável. Era o suficiente para que exercesse sua ampla defesa, até porque totalmente a ele garantido o contraditório.

Outrossim, cf. precedentes, "A alegação de inépcia só pode ser acolhida quando demonstrada inequívoca deficiência, a impedir a compreensão da acusação, em flagrante prejuízo à defesa do acusado, ou na ocorrência de qualquer das falhas apontadas pelo art. 43 do Cód. de Processo Penal" (cf. RHC 10.275-SP, do STJ, no DJU de 30.10.2000, p. 168).

E mais: "Não (se) há falar em inépcia da denúncia desde que esta contenha "*quantum satis*" os necessários esclarecimentos, de forma a possibilitar aos

Acesso ao Sumário

acusados conhecimento pleno do fato delituoso que lhes é imputado, permitindo-lhes ampla defesa e fornecendo ao julgador elementos para um juízo de valor" (STJ - HC 1.194-5 - Rel. FLAQUER SCARTEZZINI - RT 689/402).

Delitos tidos como clandestinos, quanto mais quando crianças as vítimas, têm estas minudências que devem sim ser levadas em conta para formação do documento, evidentes as dificuldades de indicação das datas das faltas, o que, pois, não invalida a exordial e nem cerceia a defesa do increpado.

Em casos não totalmente iguais, mas com dificuldades de contornos muito assemelhados, os tribunais superiores têm respondido com tolerância. O Col. Supremo Tribunal Federal, por ex., vem admitindo, nos casos de autoria conjunta ou coletiva, e em especial nos delitos praticados em sociedade, *não se fazer indispensável a individualização da conduta de cada agente* (RT 597/416-7), de tal orientação não divergindo o E. Superior Tribunal de Justiça, quando articula que o crime de autoria coletiva *não obriga a denúncia a pormenorizar o envolvimento de cada réu*, bastando a narração genérica do delito, sem que tolha, evidentemente, o exercício da defesa (RSTJ 25/367-8).

Aqui a situação é a mesma, até porque da narração dos fatos, insisto, não deflui qualquer prejuízo para a apresentação da defesa – esta, por sinal, muito simples, fundada na negativa de qualquer fato.

Confira-se neste mesmo sentido outro julgado do Col. Pretório Excelso, o MS 22050/MT, rel. o Min. MOREIRA ALVES, j. 04/05/1995 (Tribunal Pleno).

A demanda criminal em tela sequer contém contexto probatório complexo de ser examinado, por de um lado restarem as assertivas incriminadoras das menores, irmãs gêmeas, e, do outro, a peremptória recusa do varão.

Desde logo, relevante anotar que não se pode desvalorizar as falas das ofendidas só por serem crianças. Transcrevo, então, lição posta no REsp 849.715/SE, rel. o Min. NILSON NAVES, do E. Superior Tribunal de Justiça - e que cabe como luva no caso em questão: "(...) A criança, a despeito de sua imaturidade, não é mentirosa por princípio, especialmente quando se trata de imputar a alguém, contra quem nada tem aparentemente, crime tão grave quanto comprometedor de sua intimidade e de seu anonimato (...)". Ainda nos tribunais nos foi dado conferir que o estudo do depoimento infantil "(...) deve ser realizado caso a caso, sendo defeso desconsiderá-lo, de plano, por pequenas discrepâncias em detalhes circundantes e não essenciais, do contrário, nos crimes perpetrados contra crianças, além de instituir-se a impunidade, se estaria negando a proteção legal e constitucional a elas reservada em atenção à condição especial de pessoas em desenvolvimento (...)" (TJSP, Revisão Criminal n. 0253683-51.2012.8.26.0000, rel. Des. OTÁVIO HENRIQUE, 5º Grupo de Direito Criminal, J. 8.5.2014).

Acesso ao Sumário

Não é preciso repetir a relevância das palavras das vítimas em delitos da natureza e espécie como os aqui tratados, porquanto perpetrados às escondidas,

de modo que as pessoas que se submetem a esse tipo de violência são as únicas que têm condições de denunciá-la, de revelá-la.

Não seria demais afirmar que, apesar de se tratarem de crianças, aqui o relato das vítimas ocorreu, em termos gerais, de modo coerente. Manifestaram-se com firmeza, sem qualquer indício de fantasia ou indução por terceiros. A respeito, o relatório da Psicóloga juntado a fls. 65/66, o qual foi presencialmente repetido em juízo, fls. 189/190vº. A Dra. Daniela Ribeiro dos Santos não acreditou em fantasia (fl. 189 *in fine*), nem em indução por parentes (fl. 189vº *in limine*). Ela conclui de modo diferente da defesa e não notou traços de sexualidade nas menores quando do atendimento (fl. 189vº). Deu conta de a ela parecerem ingênuas (*idem*).

A propósito, podendo tirar todas as dúvidas veementemente agitadas no recurso, a defesa restringiu-se a fazer para a Psicóloga cinco perguntas superficiais e nada mais (vide fl. 190).

Ora, nestes termos, então, foi-nos possível reavivar a lição, pela qual "O depoimento infantil tem valor probatório, principalmente quando a criança narra fato de simples percepção visual e de fácil compreensão, fazendo-o com pureza. E o convencimento aumenta quando ele é confortado pelo conjunto probatório" (TJSP, Apel. n. 0016094-48.2003.8.26.0477, rel. Des. CÉSAR AUGUSTO ANDRADE DE CASTRO, 4ª Câm. Criminal Extraordinária, J. 27.3.2014).

Respeitosamente, pois, em face de tais conclusões é que as provas tinham mesmo de ser consideradas.

E prosseguindo no exame do conjunto probatório, é fato não existir indicador material de lesão anotado nos laudos periciais (aqueles de fls. 6/11). Porém, data vênia, nem poderia ser diferente: o texto acusatório inicial de autoria do *Parquet* relata não mais do que esfregaços da virilidade masculina nas partes pudendas das menores, além de felação. Estas infrações não são daquelas que deixam marcas. Mesmo porque, conferidas as declarações das menores, ficaram na descrição de tentativas de introdução do membro viril. Nenhuma delas testificou penetração.

Acesso ao Sumário

Tais circunstâncias autorizam interpretação flexível do mandamento processual pelo qual imprescindível prova técnica da materialidade nos fatos típicos que deixam rastros, já que as faltas descritas pelo Ministério Público não produziram aquele resultado.

Repito: não é admissível afirmar que especificamente os crimes em questão possam ser incluídos no elenco daqueles que necessariamente deixam vestígios. A propósito, cf. escólio do Des. JARBAS MAZZONI, deste Tribunal de Justiça, "A ausência de sequelas físicas, em muitos casos, ao contrário, é a regra geral, como ocorre, p. ex., na cópula anal preambular, no coito interfemural, na *fellatio* e na *irrumatio in ore*, no *osculum illicebrosum*, no toque ou afago das partes

pudendas, na heteromasturbação etc" (RT 607/304).

A título de reforço do argumento, igualmente adequado invocar o escólio do Min. CID FLAQUER SCARTEZZINI, no julgamento, no E. Superior Tribunal de Justiça, do RHC 4823/SP, em 13.9.1995, para quem "a conclusão do laudo de exame de corpo de delito pela inexistência de estupro, não é suficiente para desconstituir o crime previsto no art. 214, *caput* do CP, cuja consumação não exige conjunção carnal".

E não é só, dentre vários, há ainda mais outro precedente: "a prova técnica não é a única que comprova a existência do delito, sobretudo no crime de atentado violento ao pudor que, por dispensar conjunção carnal, pode ser consumado de diferentes formas, várias delas que não deixam vestígios" (HC nº 44.491/PA, STJ, 5ª Turma, Min. LAURITA VAZ, DJ 10/10/2005).

E para aqueles que querem conferir, de igual teor: RJTJSP 98/453; RT 397/66 e JTJ 142/339.

Ou seja, a argumentação defensiva, pese o maior respeito pelo patrono, não vinga, sempre relevante revisitar todas as declarações das menores encartadas no processo.

Não bastasse o relatório da Psicóloga, insisto, mesmo o depoimento desta sob o contraditório, tudo a reportar sinceridade nas declarações prestadas pelas menores dentro dos autos (fls. 15/16, 17/18, 177/181 e 183/188), a defesa não declinou uma só razão que conduzisse à ideia de conspiração contra o apelante.

Observo, como já fiz anteriormente no voto, que eventuais pequenos descompassos não deslustram a prova.

Em termos gerais, as crianças disseram a mesma coisa, nunca reportando penetrações anais ou vaginais, eis que o apelante não obteve chance de ereção. Disseram sim que, antes na casa do próprio e, mais tarde no salão, foram constrangidas a praticar felação, suportando também contato íntimo da virilidade masculina contra suas partes pudendas no baixo ventre. Tentar introdução necessariamente não deixa marcas, quanto mais diante da indisposição funcional do membro.

A ordem de ataque, primeiro contra I. e depois contra V., a circunstância de a dona do salão ter chamado a mulher do acusado e esta ter mesmo acorrido ao local quando da 2ª ocorrência (dia em que foram instadas a cabular aulas), está tudo em consonância com as declarações das pequeninas, reforçando a credibilidade destas, não causando espécie tivessem antes caído em silêncio para, somente ao depois, revelar o acontecido. Os fatos são traumatizantes e a vergonha serviu como obstáculo para imediata comunicação, sem olvidar das ameaças proferidas pelo agressor.

Não passou despercebido que a mulher do apelante, ao responder pergunta do MM Juiz sobre quem *seria P.* (fl. 198 *in limine*), depois da insistência judicial,

Acesso ao Sumário

revelou dado novo, menos relevante para o processo, mais para apurar a conduta do réu: esclareceu sobre tal moça que *houve sim alguma coisa, mas só depois que teve o acontecido com as meninas, "antes nunca*" (*verbis*). Esta passagem de seu depoimento revela que a conduta do réu no âmbito doméstico não era totalmente insuspeita, minudência que fragilizou tentativas de se dourar a pílula, ou seja, de abrandarem as cores da gravidade do denunciado pelo *Parquet.*

Na mesma fl. 198 *in fine* d. D., a mulher do apelante, revelou que algumas vezes as menores chegaram à sua casa quando ela, informante, se achava ausente. Chamo atenção para a sua literal expressão: "*teve vezes de elas irem direto para casa e a mãe nem ligava, eu é que ligava (para ela). Eu estou no serviço e suas filhas estão lá em casa, você que mandou*?" (confira-se).

Ainda d. D., agora a fl. 201, inovou ao suscitar, em proveito do marido e para depreciar as menores, supostas liberdades sexuais, contando que uma das menores (não foi precisa acerca de qual delas) teria "*feito o ato, não sei se foi na cama ou embaixo, com um primo que moraria com ela*" (igualmente não identificado qual o jovem com precisão e deixando ao leitor a conclusão acerca do que seria o tal *ato*). Patente estava buscando lançar dúvidas sobre as declarações das ofendidas, o que somente conseguiria se trouxesse provas cabais do que disse. A respeito na mesma oportunidade, ainda acusou-as de tirar fotos da mãe nua "*e mandar pra homem pela internet*", e foi além ao insinuar acesso à pornografia, *verbis*: "*viam assim vídeo em frente delas, nunca teve bloqueio do que vai assistir, sempre teve muito acesso à internet*" (fl. 201).

Esta retro destacada inovação está flagrante em dissonância com o seu depoimento prestado à autoridade policial, vide fl. 27: Ali nos foi dado ler que "*I. e V. foram à sua casa para assistir desenho,* ***já que a declarante possui canal fechado***".

Se elas só têm em casa televisão aberta não teriam acesso a vídeos, pornografia etc.

De todo o modo a defesa teve oportunidades para esclarecer esses pontos, quais sejam, os acessos a vídeos, as fotografias postadas na internet, encontro com um primo em circunstâncias suspeitas etc., mesmo assim não fez uma pergunta sequer dos assuntos para a mãe das menores, d. S.R.B. (vide fls. 176/ v^{o}).

Ou seja, trabalhou com insinuação e deixou para o intérprete conclusões sobre a densidade e a profundidade dos seus argumentos.

Fernando da Costa Tourinho Filho ensina sobre o ônus da prova: "(...) A regra concernente ao *onus probandi*, ao encargo de provar, é regida pelo princípio *actori incumbit probatio*, vale dizer, deve incumbir-se da prova o autor da tese levantada. Se o acusador afirma que Mévio furtou, o ônus da prova lhe cabe, mesmo porque, enquanto não definitivamente condenado, o réu

é presumidamente inocente. Se este alega que a pretensa res furtiva era sua, compete-lhe a prova (...) Se o réu invoca um álibi, o ônus da prova é seu. Se argúi legítima defesa, estado de necessidade, etc., o ônus probandi é inteiramente seu (...) Se alegar e não provar, a decepção também será sua (...)" (in Código de Processo Penal Comentado. v. 1, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 356).

A citação seria até despicienda na medida do que dispõe o art. 156 do Cód. de Processo Penal, "A prova da alegação incumbirá a quem a fizer (...)": no processo penal o réu assume o papel de reconvinte do processo civil (RT 542/418), de sorte que, para ser acolhida, a suposta insinceridade dos acusadores precisaria ficar destacada no contexto e tal incumbência é daquele que levanta a bandeira em seu proveito (RT 671/346). E esta somente pode ser afirmada quando extreme de dúvidas (RT 387/326 e 395/322), o que não é a hipótese deste caso.

Ainda sobre a atividade defensiva, em resumo, considerando as regras de distribuição do ônus da prova, prova insuficiente é aquela que apresenta dúvida invencível que torna impossível ter-se o álibi por verificado.

Quando o réu e as vítimas são as únicas fontes presenciais, a tentativa de abalar a confiança das falas destas últimas deve ser seguida de atuação objetiva e direta naquele sentido, não deixando para outras vias o que não vai além da insinuação sobre a insinceridade.

O segundo fato, aquele acontecido em um local tido como uma construção onde havia um salão de festas, merece especial destaque no voto.

A dona do imóvel, que em situação mal explicada alugou o mesmo para o apelante, disse que a permanência do grupo (o réu e as duas vítimas) "*foi coisa de cinco minutinhos, só*" (*verbis*, fl. 204vº). Para tal desiderato deu conta de que ali chegaram "*cedo, uma nove horas, ou antes*" (fl. 204vº *in fine*) e que as meninas não manifestaram interesse em usar a piscina (fl. 205vº). Todavia aqui há duas contradições, porque A.F., o tal cuidador da piscina existente naquele imóvel (o "*piscineiro*"), não só disse que as menores **quiseram usar da piscina**, como, ainda, disse que as encontrou ali *antes do almoço, mais ou menos onze horas* (fl. 209 *in fine*).

Não foram cinco minutos, mas duas horas, data vênia, tempo suficiente para aquilo que foi descrito na exordial, a partir das acusações feitas pelas menores. E há referências mesmo de que, além de refrigerantes, o apelante levou na ocasião alguma comida (circunstância reconhecida pelo *piscineiro*), o que não coaduna com mera passagem pela morada em comento.

A procedência, então, era sim de rigor.

Corrige-se, no entanto, a dosimetria, eis que a denúncia **não** invocou o parágrafo único do art. 71 do Cód. Penal. Só há menção ao *caput*, o que levou ao oblíquo emprego do concurso material, agravando a situação do increpado sem

Acesso ao Sumário

que lhe fosse previamente anunciado. Ademais, reconhecida a sua primariedade e afirmada a inexistência de agravantes, o ataque contra menores, *per se*, não passa de elementar do tipo, inadequado como fundamento para majoração da reprimenda. Quanto ao comportamento familiar do réu, ainda que censurável, o mesmo não é causa para majoração da pena-base na dimensão adotada em 1º grau (fl. 269).

Igualmente, pela clandestinidade tantas vezes referida, não nos foi dado concluir com precisão o número de atentados cometidos, base reconhecida na jurisprudência para contagem da proporção da continuidade, prevalecendo, neste exclusivo ponto, em prol do acusado, a dúvida.

Daí porque a pena-base é reduzida para 8 anos de reclusão (mínimo), agregada de metade pela continuação delitiva (CP, art. 71), fração escolhida pela dupla jornada contra duas menores diferentes e também em razão das modalidades de violência sexual postas na exordial, na r. sentença e neste voto. Tal cálculo totaliza 12 anos de reclusão a começar do regime fechado (CP, art. 33).

Ante o exposto, rejeitadas as matérias preliminares, dou parcial provimento ao recurso, apenas para, nos termos do voto, reduzir a pena corporal para 12 anos de reclusão, a começar do fechado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0047778-88.2015.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado MIKE DE DEUS HONORATO.

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 pelo MINISTÉRIO PÚBLICO, a fim de: 1) condenar MIKE DE DEUS HONORATO, por incurso no artigo 155, § 4º, inciso III, c.c. o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, à pena de 01 ano de reclusão, em regime inicial aberto, mais pagamento de 10 dias-multa, no piso e 2) substituir a pena privativa de liberdade por multa, no valor de 10 dias-multa, no piso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13.266)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALEX ZILENOVSKI (Presidente), BANDEIRA LINS e ALMEIDA SAMPAIO.

São Paulo, 1 de fevereiro de 2016.

Acesso ao Sumário

ALEX ZILENOVSKI, Relator

Ementa: FURTO – Condenação – Possibilidade – Materialidade e autoria devidamente comprovadas – Inocorrência de crime impossível diante da impropriedade relativa do objeto – Recurso ministerial provido.

VOTO

Vistos.

Ao relatório da r. sentença (fls. 84/85), que passa a fazer parte deste voto, cumpre acrescer que se trata de apelação interposta pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO**, inconformado com a decisão que absolveu **MIKE DE DEUS HONORATO**, da infração prevista no artigo 155, § 4º, inciso II, c.c. o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

O Ministério Público, em suas razões de recurso (fls. 89/92), pugnou pela condenação do acusado sob o fundamento de não se tratar de crime impossível dada a impropriedade apenas relativa do objeto.

A Defesa requereu o improvimento do recurso ministerial (fls.98/101).

A D. Procuradoria de Justiça manifesta-se pelo provimento do recurso ministerial (fls. 107/108).

É o relatório.

Narra a denúncia que, no dia 02 de junho de 2015, por volta das 04h30min, na Rua Guido Bonissi, altura do nº 176, Ermelino Matarazzo, Capital, **MIKE DE DEUS HONORATO**, com o emprego de chave falsa, tentou subtrair para si ou para outrem, o veículo Ford Escort L, de cor vermelha, ano 1993, de placas BND-4548, avaliado em R$ 6.000,00, pertencente à vítima *Fernanda Neusa dos Santos* e que estava na posse de *Felipe dos Santos Silva.*

É caso de condenação.

Interrogado em juízo, **MIKE** confessou a tentativa de subtração. Asseverou que, à época dos fatos, possuía uma dívida com traficantes e estava sob efeito de drogas. Disse, ainda, que de posse de uma "*mixa*", tentou dar partida no auto, todavia, o veículo não funcionou. Em seguida, desengatou o carro e deslocou-se com ele por uma descida. No entanto, como o veículo não funcionou, decidiu abandoná-lo. Nesse momento, surgiram alguns policiais. Ele tentou evadir-se, mas foi preso (cf. mídia de fls. 82).

A policial militar Aderly Aparecida Aliendes afirmou que efetuava patrulhamento, momento em que se deparou com um veículo com os faróis

Acesso ao Sumário

apagados. Desceu da viatura para abordar o réu. Nesse instante, ele empreendeu fuga e invadiu uma propriedade próxima. Em seguida, após efetuarem um cerco, o acusado foi detido e apreendido na ignição do auto uma *mixa* (cf. mídia de fls. 82).

No mesmo sentido o policial Rafael Ribeiro de Albuquerque que acrescentou que o veículo estava em movimento, em uma descida, mas com o motor desligado (cf. mídia de fls. 82).

O ofendido *Felipe dos Santos Silva* disse que o veículo não funcionava e estava estacionado em frente a sua residência. Asseverou não ter presenciado o delito e que fora avisado pelos policiais acerca dos fatos (cf. mídia de fls. 82).

Complementam o acervo probatório os autos de exibição e apreensão (fls. 15/16), de entrega (fls. 18/19) e de avaliação (fls. 21/22), bem como laudo pericial (fls. 59).

Vê-se, pois, ser inviável afastar a responsabilidade criminal do apelado.

Diante do conjunto probatório amealhado, autoria e materialidade delitiva emergem incontroversas pela confissão judicial do acusado aliada aos depoimentos coerentes e coesos dos policiais militares e do ofendido.

Inicialmente, respeitado entendimento do MM. Juízo *a quo*, cumpre ponderar que não se trata, na verdade, de crime impossível. Observe-se que a impropriedade do objeto era relativa, tanto é assim que o acusado conseguiu deslocar o automóvel por alguns metros.

Em tempo, destaque-se que o crime impossível reserva-se para aqueles casos em que a impropriedade além de absoluta é patente, o que não ocorre no caso dos autos.

Com efeito, o furto foi praticado mediante a utilização de uma chave falsa (cf. laudo de fls. 59) e não se consumou por circunstâncias alheias à vontade do agente, porque enquanto efetuava a subtração foi surpreendido por policiais militares.

Assim sendo, de rigor a condenação do réu pela prática do crime de furto qualificado tentado.

Acesso ao Sumário

Após essas considerações, passa-se à análise das reprimendas.

O acusado é tecnicamente primário. Possui um processo criminal em andamento, contudo, este não tem o condão de elevar a pena-base com vistas à súmula 444, do STJ. Desta forma, fixo a pena-base no patamar mínimo à espécie, qual seja, 02 anos de reclusão, mais 10 dias-multa, no piso.

Na segunda fase da dosimetria, incide a atenuante da confissão espontânea, contudo, sem reflexos na dosimetria com vistas à súmula 231, do STJ.

Por fim, reconhecida a figura tentada, diante do *iter criminis* percorrido (o agente apoderou-se do bem e o deslocou por alguns metros), a pena deve

reduzida de ½, restando assim ancorada em 01 ano de reclusão, mais 10 dias-multa.

Diante do *quantum* sancionatório, deve ser fixado o regime inicial aberto, com fundamento no art. 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal.

Preenchidos os requisitos do art. 44, do Código Penal, a sanção deve substituída por multa solitária, no valor de 10 dias-multa, no piso.

Posto isto, **DÁ-SE PROVIMENTO** ao recurso de apelação interposto pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO**, a fim de: 1) condenar **MIKE DE DEUS HONORATO**, por incurso no artigo 155, § 4º, inciso III, c.c. o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, à pena de 01 ano de reclusão, em regime inicial aberto, mais pagamento de 10 dias- multa, no piso e 2) substituir a pena privativa de liberdade por multa, no valor de 10 dias-multa, no piso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0031174-21.2010.8.26.0602, da Comarca de Sorocaba, em que são apelantes ALEXANDRE RAFFA VALENTE, ANDERSON FABIANO SOUZA SILVA e MARCEL PEREIRA PESSOA, 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. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 1.493)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO SIMÃO (Presidente sem voto), FREITAS FILHO e OTAVIO ROCHA.

São Paulo, 4 de fevereiro de 2016.

ALBERTO ANDERSON FILHO, Relator

Ementa: APELAÇÕES – TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES – ARTIGO 33 DA LEI Nº 11.343/06 – APETRECHOS PARA TRÁFICO – ARTIGO 34 DA LEI Nº 11.343/06 – PRISÕES EM FLAGRANTE – CONFIGURAÇÃO – OCORRÊNCIA – ABSOLVIÇÕES – IMPOSSIBILIDADE – DESCLASSIFICAÇÃO PARA POSSE DE ENTORPECENTE PARA

Acesso ao Sumário

CONSUMO PESSOAL – ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343/06 – IMPOSSIBILIDADE – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS – IMPOSSIBILIDADE – SUBSTITUIÇÃO DO REGIME PRISIONAL INICIAL FECHADO – IMPOSSIBILIDADE – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – CONDENAÇÕES BEM DIMENSIONADAS – RECURSOS DEFENSIVOS IMPROVIDOS.

VOTO

Alexandre Raffa Valente foi condenado à pena de 09 (nove) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime prisional inicial fechado, e 1.983 (mil, novecentos e oitenta e três) dias-multa, no mínimo valor legal, enquanto **Anderson Fabiano Souza Silva** e **Marcel Pereira Pessoa** foram condenados às penas individuais de 08 (oito) anos de reclusão, em regime prisional inicial fechado, e 1.700 (mil e setecentos) dias-multa, no mínimo valor legal, todos por infringência dos artigos 33, "***caput***", e 34, "***caput***", ambos da Lei nº 11.343/06, na forma do artigo 69, "***caput***", do Código Penal, assim como foi decretado o perdimento dos bens apreendidos nos autos, utilizados para a prática da traficância, em favor da União, nos termos artigo 63, § 1º, da Lei nº 11.343/06, pela r. sentença de fls. 541/549 (vol. 3), adotado seu relatório, que julgou procedente a presente ação penal. Foi-lhes negado o direito de recorrerem em liberdade, em razão de terem permanecido segregados durante o trâmite processual.

Irresignados, apelaram, pleiteando a reforma da sobredita r. sentença, postulando:

Anderson: sua absolvição das imputações irrogadas na denúncia, por fragilidade do acervo probatório, com aplicação do princípio "***in dubio pro reo***", nos termos do artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal. Subsidiariamente, pleiteia: **[1]** o reconhecimento de crime único, com a absorção da conduta do artigo 34, "***caput***", pelo artigo 33, "***caput***", ambos da Lei nº 11.343/06 **[2]** a mitigação prevista no parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06; **[3]** a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos; **[4]** a fixação de regime inicial aberto (fls. 580, vol. 3; razões, fls. 628/641, vol. 4);

Marcel: sua absolvição das imputações constantes da denúncia, por insuficiência do acervo probatório. Subsidiariamente, busca: **[I]** a aplicação da

Acesso ao Sumário

mitigação do parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06; **[II]** a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos; **[III]** o reconhecimento de crime único, com a absorção da conduta do artigo 34, "***caput***", pelo artigo 33, "***caput***", ambos da Lei nº 11.343/06; **[IV]** a fixação de regime inicial aberto (fls. 589, vol. 3; razões, fls. 685/689, vol. 4);

Alexandre: sua absolvição de ambas as imputações, por fragilidade e insuficiência do acervo probatório, aplicando- se o princípio "***in dubio pro reo***", nos termos do artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal. Subsidiariamente, requer: **[1]** a desclassificação para a conduta do artigo 28 da Lei nº 11.343/06; **[2]** o reconhecimento de crime único, com a absorção da conduta do artigo 34, "***caput***", pelo artigo 33, "***caput***", ambos da Lei nº 11.343/06; **[3]** a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos; **[4]** o afastamento do regime inicial fechado (fls. 590, vol. 3; razões, fls. 712/717, vol. 4).

Os recursos foram contra-arrazoados (fls. 724/729; 730/736; 737/745, vol. 4), tendo a douta Procuradoria Geral de Justiça opinado no sentido do improvimento dos recursos interpostos (fls. 753/770, vol. 4).

É o relatório.

Nega-se provimento aos recursos, pois a r. sentença hostilizada culminou por outorgar a correta tutela jurisdicional que a causa reclamava.

Exsurge clara e irrefutável a materialidade delitiva: auto de prisão em flagrante (fls. 02/03, vol. 1); boletim de ocorrência (fls. 20/26, vol. 1); auto de exibição e apreensão (fls. 27/29, vol. 1); laudos de constatação provisória (fls. 39; 40; 41; 42, vol. 1) e de exames químico-toxicológicos, com resultados positivos para **cocaína**, *Cannabis sativa L* e ***crack*** (fls. 112/115; 136/140; 141/145; 146/149; 150/153, vol. 1); e laudo de exame em peça (prensa – fls. 260/264, vol. 2).

Nunca é demais lembrar que a prisão em flagrante (fls. 02/03, vol. 1), estando formalmente em ordem, é uma das mais contundentes e cabais das provas da ocorrência do crime e de sua autoria. Assim, quem é apanhado em pleno "***iter criminis***", ou imediata e consequentemente a ele, como é o caso dos autos, difícil justificar tal situação (nesse sentido: STF, HC nº 92.711-4/RS, Relator Ministro Joaquim Barbosa, Segunda Turma, v.u., *Ementário* 2351-3/458; STF, HC nº 72.417-5/RJ, v.u., *Ementário* 1801-2/344), sendo a certeza visual dos acontecimentos e as apreensões dos objetos delituosos em poder do agente forte e decisivo indicativo de autoria.

No mais, na hipótese em tela, em estrita observância do princípio constitucional da razoável duração do processo (CF/88, artigo 5º, inciso LXXVIII), alinhado com o pacificado entendimento do Supremo Tribunal Federal (ED ARE nº 723.254/SP, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma,

Acesso ao Sumário

v.u., j. 14.04.2015, Processo Eletrônico, *DJe* 84; STF, AgR ARE nº 727.030/RS, Relator Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, v.u., j. 19.11.2013, *DJe* 237; QO-RG AI nº 791.292/PE, Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 23.06.2010, Repercussão Geral – Mérito, *Ementário* 2410-6/1289), assim como o permissivo do artigo 252 do Regimento Interno do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, aplica-se a técnica da fundamentação "***per relationem***", pela qual o Magistrado se utiliza de trechos de decisão anterior, em vista da constatação de a r. sentença ter examinado percucientemente todos os elementos do conjunto fático-probatório:

"*A ação penal é procedente.*

A materialidade dos fatos delituosos está bem demonstrada pelo auto de exibição e apreensão de fls. 27/29, laudos de constatação de fls. 39/42, laudos de exame químico-toxicológico de fls. 112/115, 136/140, 141/145, 146/149 e 150/153, bem como pelo laudo pericial realizado na prensa apreendida, constante de fls. 260/264.

A autoria também é certa.

Os investigadores de polícia Fernando de Moraes Sobrinho e Glauco Fernando Santos Fernandes, nas duas fases do procedimento, relataram que receberam informações dando conta que os indivíduos conhecidos por 'Macarrão' (Anderson), 'Boyzinho' (Marcel) e 'Corega' (Alexandre), eram os responsáveis pela distribuição e comercialização de substâncias entorpecentes em bares e casas noturnas em Sorocaba. Além disso, descobriram que Alexandre residia em uma chácara na vizinha cidade de Araçoiaba da Serra, onde a droga era manipulada, prensada e embalada para futura comercialização.

De posse de tais informações e munidos de mandados de busca, estiveram no endereço residencial de Anderson, Rua Baltazar Fernandes, nº 41, Vila Santana, local em que os policiais detiveram além do próprio Anderson, Marcel e Takamasa, vulgo 'Taka'.

Apreenderam, na ocasião, 75 (setenta e cinco) invólucros contendo cocaína, na mochila de Marcel. Já no quarto de Anderson, os policiais localizaram um 'tijolo' de maconha, 15 (quinze) porções de cocaína, idênticas àquelas encontradas na bolsa de Marcel, e 82 (oitenta e dois) flaconetes vazios.

O veículo de Takamasa foi revistado e no seu interior foi apreendido um cigarro de maconha. Na oportunidade, Takamasa admitiu aos policiais que guardava mais duas porções a granel de maconha, em sua residência localizada na rua Victor Carone, nº 11, Jardim das Flores, onde a droga foi apreendida.

Takamasa reconheceu, aos policiais, a sua participação na traficância, e que recebia as drogas de "Macarrão" e 'Corega'.

Em seguida, os policiais rumaram para a chácara de Alexandre, em Araçoiaba da Serra, onde foram localizadas 07 (sete) porções de maconha

Acesso ao Sumário

prensadas, pesando 6,5kg, além de utensílios para a manipulação de droga, uma prensa hidráulica, embalagens vazias e balanças de precisão.

Esclareceram, ainda, que através de interceptações telefônicas deferidas judicialmente em outro processo, foi possível estabelecer o vínculo associativo entre Alexandre, Marcel e Anderson, na comercialização de drogas.

Assim, muito embora tenham os réus negado a traficância – com exceção de Alexandre, que ao assumir a sua condição de viciado, disse que vendia para manter o seu vício – é certo que os depoimentos seguros dos policiais, as circunstâncias em que se deram as prisões dos réus, em especial a apreensão de elevadas quantidades de entorpecentes, sua diversidade, a localização de prensa, balanças digitais e utensílios usados no preparo da droga, são elementos mais do que suficientes para a condenação dos réus pelo crime de tráfico de drogas.

O delito previsto no artigo 34, 'caput' da Lei 11.343/06, também se aperfeiçoou, pois ficou comprovado pelos depoimentos dos policiais e escutas realizadas, que Anderson, Marcel e Alexandre, manipulavam a droga na chácara deste último, onde foi encontrada uma prensa, com capacidade para quinze toneladas, utilizada para prensas a maconha, formando tijolos, como ilustram as fotos de fls. 261/264.

Bem provados os fatos descrito na denúncia, a condenação dos réus é de rigor." (fls. 543/545, vol. 3).

Deve ser observado que a alegação de parcialidade das declarações dos Agentes Policiais (mídia digital, fls. 366; 367/384; 385/400, vol. 2) não tem lastro sustentável, porque não estão eles legalmente impedidos de depor, por conta de suas condições funcionais, e o valor dos depoimentos prestados não pode ser sumariamente desprezado, pois, como todo e qualquer testemunho, há de ser avaliado no contexto de um exame global do quadro probatório: seus testemunhos possuem, assim, validade jurídica e são equivalentes aos depoimentos de testemunha civil (nesse sentido: STF, HC nº 73.518-5/SP, Relator Ministro Celso de Mello, Primeira Turma, v.u., *Ementário* 1846-2/293; STF, HC nº 74.522-9/AC, Relator Ministro Maurício Corrêa, Segunda Turma, v.u., *Ementário* 1854-5/942), registrado que desmerecer seus testemunhos, apenas pela natureza das funções que exercem, a par de não ter suporte em qualquer preceito legal, implicaria um imposto, preconceituoso e desarrazoado atestado de inidoneidade de toda uma corporação, além de não existir nos autos qualquer elemento que possa desabonar os depoimentos prestados (no sentido de que fossem desafetos dos apelantes, tivessem hostil prevenção contra eles ou quisessem perversamente prejudicá-los). Nesse sentido: TJ/SP, Apel. nº 178.786-3/1, Relator Desembargador Marcial Hollanda, 1ª Câmara Criminal, v.u., j. 10.04.95, RT 721/414; TJ/SP, Apel. Crim. nº 63.445-3, Cubatão, Relator

Acesso ao Sumário

Desembargador Jarbas Mazzoni, 1ª Câmara, v.u., j. 29.08.88, *RT* 634/276.

Em assim sendo e levando em consideração a quantidade e variedade de drogas apreendidas – 122,88g (cento e vinte dois gramas e oitenta e oito centigramas) de **cocaína**; 479,09g (quatrocentos e setenta e nove gramas e nove centigramas), 67,06 (sessenta e sete gramas e seis centigramas), 0,11g (onze centigramas), seis pacotes com peso total de 6.105,9g (seis mil, cento e cinco gramas e nove centigramas) de *Cannabis sativa L.*; e de 5,38g (cinco gramas e trinta e oito centigramas) de ***crack*** – e o modo pelo qual foram apreendidas e estavam embaladas (fls. 28; 29; 112/115; 136/140; 141/145; 146/149; 150/153, vol. 1), por óbvio que outra alternativa não resta, em conjunto com os demais elementos de convicção carreados para os autos, senão prestigiar o decreto condenatório, pois inafastável e inarredável que os apelantes se dedicavam ao nefasto, pernicioso e infame tráfico ilegal de substâncias entorpecentes, visto que, de maneira consciente e voluntária, realizavam os comportamentos típicos previstos em lei, agindo, ainda, com plena ciência da ilicitude de suas condutas e que os conduziriam ao resultado por eles almejado.

Dessa forma e demonstrado, nos autos, que os recorrentes, em realidade, traziam consigo e tinham em depósito as drogas apreendidas (cocaína; *Cannabis sativa L.*; e *crack*), para fins de tráfico, assim como possuíam e guardavam maquinário destinado a preparação de maconha, imperioso endossar a r. sentença monocrática.

Por oportuno, mister deixar consignado que o crime de tráfico de entorpecentes é de mera conduta, bastando, para a sua consumação, a prática de qualquer um dos núcleos verbais do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 (nesse sentido STF, HC nº 122.299/SP, Relator Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, j. 19.08.2014, DJe 195; STF, Ext nº 1.023- 9/RFA, Relator Ministro Carlos Britto, Tribunal Pleno, v.u., *LEXSTF* vol. 29, nº 345, 2007, págs. 335/343), independentemente da concretização ou não da entrega ao destinatário, pelo que a conduta dos apelantes, consistentes em "*trazerem consigo*" e "*terem em depósito*" as substâncias entorpecentes e "*possuírem e guardarem*" maquinário destinado a preparação de maconha em sua forma compacta, caracterizaram os delitos, prestigiada, portanto, a solução condenatória. Colhe-se da jurisprudência:

> *"Recurso ordinário em habeas corpus. 2. Tráfico ilícito de entorpecentes e porte ilegal de arma de fogo com numeração suprimida (arts. 33, caput, da Lei 11.343/06 c/c art. 16, parágrafo único, IV, da Lei 10.826/03). Condenação. 3. Pleito de absolvição em virtude de suposta insuficiência probatória. Impossibilidade. Provas carreadas nos autos conduzem à comprovação da autoria e da materialidade. 4. Pedido de revogação da custódia cautelar. Prisão devidamente fundamentada. Necessidade de garantir a ordem pública e assegurar a aplicação da lei penal. 5. Fixação de regime inicial fechado. Fundamento no art. 2º, §*

Acesso ao Sumário

1º, da Lei 8.072/90. Declaração incidental de inconstitucionalidade (HC 111.840/ES, Rel. Min. Dias Toffoli, Pleno, DJe 17.12.2013). Superada a obrigatoriedade de início do cumprimento de pena no regime fechado aos condenados por crimes hediondos ou a eles equiparados. 6. Recurso ordinário parcialmente provido para determinar ao Juízo de primeiro grau que, afastando o disposto no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, proceda a nova fixação do regime inicial de cumprimento de pena, segundo os critérios previstos no art. 33, §§ 2º e 3º do CP."

(STF, RHC nº 120.334/RJ, Relator Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, v.u., j. 29.04.2014, *DJe* 92).

No mesmo sentido*:* STF, HC nº 112.769/MG, Relatora Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, v.u., j. 04.09.2012, DJe 183.

O entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça está alinhado com o posicionamento do Supremo Tribunal Federal:

"verifica-se que as decisões hostilizadas afastaram as teses defensivas, fazendo, na sequência, cotejo das provas carreadas aos autos, mantendo a condenação do paciente pela prática dos delitos de associação e tráfico ilícito de entorpecentes, com fundamento em contexto fático-probatório válido para demonstrar o crime e sua autoria".

[…]

"a sentença e o acórdão objurgado apresentaram fundamentação suficiente à manutenção da decisão condenatória pela prática dos referidos crimes".

(STJ, HC nº 146.381/SP, Relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, v.u., j. 17.06.2010, *DJe* 09.08.2010).

No mesmo sentido: STJ, REsp nº 606.152/SC, Relator Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, v.u., j. 24.11.2009, *DJe* 24.05.2010.

Quanto aos pleitos de reconhecimento de crime único, com a absorção da conduta do artigo 34, "***caput***", pelo artigo 33, "***caput***", ambos da Lei nº 11.343/06, sob a alegação de que deve ser aplicado o princípio da consunção, para que o delito fim (tráfico de drogas) absorva o crime meio (apetrechos), previsto no artigo 34 da Lei nº 11.343/2006, ressalte-se que, em conformidade com os dados concretos dos autos, observa-se que a r. sentença bem examinou o contexto dos elementos fático probatório (fls. 543/545, vol. 3), e, "***in casu***", constata-se serem delitos autônomos.

As condutas delituosas (artigo 33, "***caput***", e artigo 34, "***caput***", ambos da Lei nº 11.343/06) são tipos penais diferentes e um não constitui, necessariamente, meio para o cometimento do outro, pois quem mantém apetrechos para o fabrico e preparação de drogas no local, além de guardar substâncias entorpecentes destinadas ao tráfico ilícito, incide nos dois tipos penais. Até porque, para

Acesso ao Sumário

que alguém guarde ou tenha em depósito substâncias estupefacientes, não é necessário e obrigatório que também mantenha em depósito objetos e apetrechos para a preparação e fabrico de tais substâncias e, assim agindo, os agentes praticaram duas condutas distintas, objetivamente mais graves que a prática isolada da guarda dos entorpecentes, "***exempli gratia***". Além disso, os crimes acima mencionados são resultado de duas condutas diferentes em concurso material de delitos, nos moldes do artigo 69, do Código Penal e, assim sendo, impossibilitado se falar, na hipótese em tela, em dois crimes mediante uma só conduta (crime formal) ou dois crimes praticados um como consequência natural do outro (delitos continuados).

O Colendo Superior Tribunal de Justiça respalda tal entendimento:

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. INSUMOS E MAQUINÁRIO. CONSUNÇÃO. CONTEXTO FÁTICO ÚNICO. INCERTEZA. VALORAÇÃO DE PROVAS DESCABIDA NO HABEAS CORPUS. NÃO CABIMENTO. CONDUTAS AUTÔNOMAS.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. O princípio da consunção incide quando seja um dos crimes etapa necessária ou usual ao crime final pretendido pelo agente.

3. Embora o contexto fático único autorize a absorção dos fatos contidos no art. 33 § 1º e 34, ambos da Lei n. 11.343/2006, pelo delito descrito no art. 33 da mesma Lei, não restou certa a situação fática exigida de que fossem os insumos e maquinários destinados ao exclusivo fim de preparo da droga comercializada pelos acusados – não cabendo valoração fática na via do habeas corpus.

4. Habeas corpus não conhecido."

(STJ, HC nº 266.516/SP, Relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, v.u., j. 16.12.2014, *DJe* 03.02.2015).

No mesmo sentido: STJ, AgRg no AREsp nº 303.213/SP, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, v.u., j. 08.10.2013, DJe 14.10.2013; STJ, HC nº 171.842/RJ, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, v.u., j. 06.11.2012, *DJe* 16.11.2012.

Dessa forma e demonstrado, nos autos, que os apelantes, em realidade, trazia consigo, para fins de tráfico, as drogas apreendidas (cocaína; *Cannabis sativa L.*; e *crack*), imperioso endossar a r. sentença monocrática, rejeitada

e repelida a tese defensiva de absolvição, por fragilidade e insuficiência probatória. O ônus da prova, quanto ao alegado pelos recorrentes, cabia às suas Defesas (nesse sentido: STF, HC nº 68.964-7/SP, Relator Ministro Celso de Mello, Primeira Turma, v.u., *Ementário* 1741-3/444, STF, HC nº 70.742-4/RJ, Relator Ministro Carlos Velloso, Segunda Turma, *Ementário* 1997-2/251), que não se desincumbiram dessa tarefa (fls. 628/641; 685/689; 712/717, vol. 4), fortalecendo, assim, a análise do conjunto probatório, no sentido da manutenção das condenações individuais.

No que tange às penas cominadas, individualmente consideradas, foram dimensionadas de modo adequado, não havendo retificação alguma para ser realizada, por ter sido criteriosamente observado o método trifásico (disposto nos artigos 59 e 68 do Código Penal) e as disposições dos artigos 42 e 43 da Lei nº 11.343/06 – fls. 546/547, vol. 3 –, nem motivos para suas mitigações individuais.

No tocante à tese subsidiária de aplicação da mitigação prevista no parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, a pretensão é descabida, em vista da observação, na r. sentença, que demonstra a dedicação doa recorrentes à mercancia ilícita de entorpecentes: "*Os referidos réus não fazem jus à redução da pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, tendo em vista a reincidência de Alexandre e a grande quantidade de drogas com eles encontradas, tudo revelando que se dedicavam à atividade criminosa de abastecimento de pequenos traficantes*" (fls. 547, vol. 3), obstada, portanto, a aplicação da causa de diminuição.

O Supremo Tribunal Federal endossa o entendimento acima exposto:

"Ementa: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. […] *APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE.* […]

[…]

2. A não aplicação da causa de diminuição da pena do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 pressupõe a demonstração pelo juízo sentenciante da existência de um conjunto probatório apto a afastar pelo menos um dos critérios, que são autônomos, descritos no preceito legal: (a) primariedade; (b) bons antecedentes; (c) não dedicação a atividades criminosas; e (d) não integração à organização criminosa. Precedentes.

3. No caso, as instâncias ordinárias concluíram, com base nos elementos de provas colhidos sob o crivo do contraditório, que o paciente pertencia à organização criminosa dedicada à prática do crime de tráfico de drogas. Nesse contexto, revela-se inviável a utilização do habeas corpus, a fim de reexaminar o que decidido pelas instâncias ordinárias.

[…]

Acesso ao Sumário

6. Habeas corpus denegado."

(STF, HC nº 124.250/SP, Relator Ministro Teori Zavascki, Segunda Turma, v.u., j. 09.12.2014, *DJe* 249).

No mesmo sentido*:* STF, RHC nº 127.254/SP, Relator Ministro Dias Toffoli, Segunda Turma, v.u., j. 12.05.2015, *DJe* 101; STF, HC nº 116.016/SP, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, v.u., j. 12.11.2013, *DJe* 236; STF, RHC nº 118.623/MS, Relator Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma, v.u., j. 19.11.2013, *DJe* 239.

Quanto à tese subsidiária do recorrente Alexandre, consistente em desclassificação do delito de tráfico de drogas para a conduta do artigo 28 da Lei nº 11.343/06, também não comporta recepção, pela ressalva de que, não obstante a sua condição de usuário de drogas, o restante do conjunto probatório amealhado não tem força necessária para afastar o tráfico, conforme bem fundamentado pelo MM. Magistrado de 1º Grau (fls. 545, vol. 3: "*Assim, muito embora tenham os réus negado a traficância – com exceção de Alexandre, que ao assumir a sua condição de viciado, disse que vendia para manter o seu vício – é certo que os depoimentos seguros dos policiais, as circunstâncias em que se deram as prisões dos réus, em especial a apreensão de elevadas quantidades de entorpecentes, sua diversidade, a localização de prensa, balanças digitais e utensílios usados no preparo da droga, são elementos mais do que suficientes para a condenação dos réus pelo crime de tráfico de drogas*").

A jurisprudência não discrepa:

"PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. TIPO SUBJETIVO. ESPECIAL FIM DE AGIR (FINS DE MERCANCIA). DESNECESSIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO. IMPOSSIBILIDADE.

I - O tipo previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/06 é congruente ou congruente simétrico, esgotando-se, o seu tipo subjetivo, no dolo. As figuras, v.g., de transportar, trazer consigo, guardar ou, ainda, de adquirir não exigem, para a adequação típica, qualquer elemento subjetivo adicional tal como o fim de traficar ou comercializar. Além do mais, para tanto, basta também atentar para a incriminação do fornecimento (Precedentes).

II - O tipo previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/06, este sim, como delictum sui generis, apresenta a estrutura de congruente assimétrico ou incongruente, visto que o seu tipo subjetivo, além do dolo, exige a finalidade do exclusivo uso próprio. (Precedentes).

Recurso especial provido."

(STJ, REsp nº 1.133.943/MG, Relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, v.u., *RJM* 193/327).

No mesmo sentido: STJ, HC nº 304.647/RS, Relator Ministro Jorge Mussi,

Acesso ao Sumário

Quinta Turma, v.u., j. 24.03.2015, *DJe* 06.04.2015; STJ, HC nº 161.604/MG, Relator Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, v.u., j. 06.11.2014, *DJe* 14.11.2014; STJ, AgRg no AREsp nº 172.320/MG, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, v.u., j. 10.02.2015, *DJe* 23.02.2015; STJ, AgRg no AREsp nº 512.436/PR, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, v.u., j. 21.08.2014, *DJe* 03.09.2014.

O Pretório Excelso confirma tal posicionamento:

"EMENTA Habeas corpus. Tráfico de entorpecentes. Pretensão à desclassificação para o crime de uso previsto no art. 28 da Lei de Tóxicos. Alegada inexistência de provas da finalidade mercantil. Inadequação da via do writ. Precedentes. Ordem denegada.

1. Para operar-se a desclassificação pretendida, afastando-se as circunstâncias que levaram a julgadora de primeiro grau a reconhecer o tráfico, faz-se necessário o reexame de fatos e provas, incabível na via estreita do habeas corpus.

2. Ordem denegada."

(STF, HC nº 105.343/MS, Relator Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, v.u., j. 10.04.2012, *DJe* 91).

No mesmo sentido: STF, AgR ARE nº 830.221/BA, Relator Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, v.u., j. 26.08.2014, *DJe* 179.

"- A condenação penal pelo crime de tráfico ***não é vedada*** *pelo fato de ser também o agente um usuário da droga.*

- Não descaracteriza o delito de tráfico de substância entorpecente o fato de a Polícia haver apreendido pequena quantidade do tóxico em poder do réu."

(STF, HC nº 74.420-6/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, Primeira Turma, v.u., *Ementário* 1855-2/389).

No referente à tese subsidiária de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tal pleito não comporta atendimento, pela observação de que, na hipótese em tela, concreta a desvalia da conduta dos apelantes Anderson, Marcel e Alexandre, presos em flagrante com drogas variadas, sendo duas delas – **cocaína** e ***crack*** – de altos poderes viciantes, devastadores e deletérios.

O posicionamento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal endossa o entendimento acima exposto:

"EMENTA RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO DENEGADA NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA POR INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. QUANTIDADE DA DROGA. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA

Acesso ao Sumário

DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA.

1. O Superior Tribunal de Justiça observou os precedentes da Primeira Turma desta Suprema Corte que não vem admitindo a utilização de habeas corpus em substituição a recurso constitucional.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal reputou configurado bis in idem na consideração cumulativa da quantidade e da espécie da droga apreendida, como indicativos do maior ou menor envolvimento do agente no mundo das drogas, na exasperação da pena-base e no dimensionamento previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006.

3. Possibilidade de indeferir a substituição da pena por restritiva de direitos e de fixar o regime de cumprimento da pena forte na quantidade e natureza da droga. Precedente.

4. A fixação do regime inicial de cumprimento de pena e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos devem ser apreciadas pelo juiz do processo à luz do preenchimento, ou não, dos requisitos dos artigos 33 e 44 do Código Penal.

5. Recurso ordinário em habeas corpus a que se nega provimento."

(STF, RHC nº 122.804/MT, Relatora Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, v.u., j. 30.09.2014, *DJe* 200).

No mesmo sentido: STF, HC nº 119.515/AC, Relatora Ministra Cármen Lúcia, Segunda Turma, v.u., j. 03.12.2013, *DJe* 242.

Por derradeiro, quanto aos pleitos subsidiários de modificação do regime prisional inicial para aberto, estes ficam impossibilitados, pois o regime prisional fixado (inicial fechado), para o desconto da privativa de liberdade dos réus, por infringência dos artigos 33, "***caput***", e 34, "***caput***", ambos da Lei nº 11.343/06, na forma do artigo 69, "***caput***", do Código Penal, não há de ser alterado, por duas razões principais: a uma, porque foi determinado de forma precisa e correta, nos termos dos artigos 33, § 3º, 44, inciso III, e 59, todos do Código Penal, c.c. o artigo 42 da Lei nº 11.343/2006 (circunstância judicial desfavorável: alta quantia de **maconha** apreendida – 479,09g [quatrocentos e setenta e nove gramas e nove centigramas], 67,06 [sessenta e sete gramas e seis centigramas], 0,11g [onze centigramas], seis pacotes com peso total de 6.105,9g [seis mil, cento e cinco gramas e nove centigramas], além de 122,88g (cento e vinte dois gramas e oitenta e oito centigramas) de ***cocaína*** e de 5,38g (cinco gramas e trinta e oito centigramas) de ***crack*** – e o modo pelo qual foram apreendidas e estavam embaladas – fls. 28; 29; 112/115; 136/140; 141/145; 146/149; 150/153, vol. 1) e, a duas, porque o delito de tráfico de drogas, equiparado a hediondo, não se sujeita a regime mais brando, pois, como público e notório, provoca o recrudescimento da violência e da intranquilidade social, além da desagregação

Acesso ao Sumário

da instituição familiar, observado, ainda, o disposto no artigo 2º, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07. A jurisprudência não discrepa:

> *"Ementa: HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES (705g DE COCAÍNA). REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. 1. A análise desfavorável das circunstâncias judicias do art. 59 do Código Penal impossibilita, no caso, a concessão do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos (interpretação dos arts. 33 e 44 do Código Penal). Precedente: RHC 120.025, Rel. Min. Luiz Fux. 2. Ademais, as instâncias de origem concluíram que a conversão da reprimenda não se mostra recomendável diante da natureza e da quantidade da droga objeto do tráfico. Precedentes: HC 118.405, Rel. Min. Teori Zavascki; e o RHC 119.208, Rel.ª Min.ª Rosa Weber. 3. Habeas Corpus extinto, sem resolução do mérito, por inadequação da via processual."*
>
> (STF, HC nº 114.197/MS, Relator Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma, v.u., j. 02.09.2014, *DJe* 179).
>
> No mesmo sentido: STF, RHC nº 116.050/ES, Relator Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, v.u., j. 11.06.2013, *DJe* 165.

Nega-se, pois, provimento aos recursos, mantendo-se integralmente a bem exarada sentença monocrática.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 9000036-11.2011.8.26.0451, da Comarca de Piracicaba, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado INÊS APARECIDA FONTES.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por votação unânime, deram provimento ao recurso para anular o julgamento e determinar a realização de outro, nos termos que constarão do acórdão. O E. Revisor dava provimento por outro fundamento e declarará.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.865)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MOREIRA DA SILVA (Presidente), DE PAULA SANTOS e FRANÇA CARVALHO.

São Paulo, 28 de janeiro de 2016.

MOREIRA DA SILVA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Apelação ministerial – Homicídio – Tese de negativa de autoria – Absolvição – Pretendido preliminarmente o reconhecimento da nulidade do julgamento por contradição entre os quesitos – No mérito, invocação de julgamento manifestamente contrário à prova dos autos – Admissibilidade – Preliminar a merecer acolhida – Jurados que, após reconhecerem a materialidade, a autoria e o concurso da ré para a prática do crime de homicídio, absolveram-na – Contradição entre as respostas dos quesitos, gerando a nulidade do julgamento – Recurso provido.

VOTO

1. Trata-se de Apelação Criminal interposta por Ministério Público, contra o r. veredicto que absolveu **Inês Aparecida Fontes** da imputação contida no artigo 121, parágrafo 2º, incisos I e IV, combinado com o artigo 29, ambos do Código Penal, com fulcro no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Inconformado, recorre o Ministério Público. Alega, preliminarmente, nulidade do julgamento, por contradição entre os seus quesitos, uma vez que os senhores Jurados, após reconhecerem a materialidade e a participação da ré no crime de homicídio, contrariamente, responderam afirmativamente ao 4º quesito, absolvendo a acusada. No mérito, por entender ter sido a absolvição manifestamente contrária à prova dos autos, pleiteia a anulação do julgamento para que seja submetida a novo Júri (fls. 386/396).

Processado o recurso, opina a d. Procuradoria Geral de Justiça pelo provimento.

É o relatório.

2. O recurso comporta provimento, prejudicado o exame do mérito.

No caso em exame, a apelada foi acusada de ter concorrido para a prática do crime de homicídio contra seu amásio Sérgio Adão Alves de Oliveira, na medida em que instigou o assassino, Davi de Souza Lima, a executar a vítima mediante disparos de armas de fogo, prometendo-lhe como recompensa entregar-lhe sua filha Graziela Fontes de Araújo.

Pretende o Ministério Público a anulação do julgamento realizado pelo Tribunal do Júri, alegando a existência de contradição entre as respostas dos senhores jurados aos quesitos.

Acesso ao Sumário

Inteira razão assiste ao ilustre representante do órgão ministerial, lembrando-se que a tese única da defesa assentou-se na negativa de participação da apelada no crime.

Com efeito, verificando o termo de votação de fls. 380/381, constata-se que os senhores Jurados responderam afirmativamente aos 1º e 2º quesitos acerca da materialidade. E mais, reconheceram também que a apelada concorreu para a prática do crime de homicídio, ao responderem afirmativamente ao 3º quesito, com a seguinte redação: "*A ré, Inês Aparecida Fontes, qualificada nos autos, concorreu para a prática do crime acima descrito, instigando terceira pessoa a matar a vítima?*". No entanto, na sequência da votação, ao quesito obrigatório "*O jurado absolve a acusada?*", o Conselho de Sentença também respondeu afirmativamente, produzindo a absolvição da ré. Com isso, causou verdadeira perplexidade, mormente em se considerando que assim obtemperaram frente ao 3º quesito, depois de, contrariamente, terem reconhecido que ela concorreu para o crime de homicídio, situação essa a gerar inexoravelmente a nulidade do julgamento popular.

Nesse sentido:

> ***"Afastada a tese, respondidos afirmativamente os quesitos relativos à materialidade e à autoria e participação, deverá o juiz presidente, ainda assim, indagar aos jurados se absolvem o acusado. Respondendo negativamente, nenhum problema se suscita, eis que os jurados confirmaram a condenação. Todavia, se os jurados responderem afirmativamente ao quesito, absolvendo o acusado, qual o fundamento da absolvição? O resultado de um julgamento decidido nestes termos trará perplexidade, e, havendo recurso do órgão acusador, parece-nos que não resta outra alternativa, ao tribunal ad quem senão ordenar que o réu seja submetido a novo julgamento, por ser a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos".***[1]

Outro não é o entendimento desta 13ª Câmara de Direito Criminal:

> ***A tese defensória, única, foi a negativa de autoria de Danilo. Na série de quesitos respectiva, os jurados foram indagados, especialmente nos quesitos de número "2" e "3", se: "2 - O réu Danilo Aparecido Mendes dos Santos concorreu para o crime, transportando numa motocicleta o autor dos tiros;"***
>
> ***"3 - Assim agindo, o réu iniciou crime de homicídio, que só não se consumou por circunstâncias alheias à sua vontade, porque a vítima conseguiu fugir".***
>
> ***A resposta, para ambas as indagações foi "sim", ou seja, os membros do Conselho de Sentença afirmaram a materialidade e a***

1 Bonfim, Edilson Mougenot. O novo procedimento do júri: comentários à lei n. 11.689/2008/ Edilson Mougenit Bonfim, Domingos Parra Neto – São Paulo: Saraiva, 2009.

Acesso ao Sumário

autoria, por parte de Danilo.

Entretanto, responderam também afirmativamente ao 4º quesito (4 - O réu deve ser absolvido). Em suma, conquanto tenham admitido ser o acusado um dos autores do crime, o absolveram.

Não se desconhece que, em razão de alteração legislativa (Lei 11.689/2008), o quesito relativo à absolvição passou a ser genérico, nele restando englobadas todas as teses defensivas (excludentes de ilicitude e de culpabilidade), cabendo a absolvição até mesmo por clemência.

Todavia, mesmo nestas hipóteses, a despeito do livre convencimento, da convicção íntima e imotivada do Conselho de Sentença, a decisão não pode estar dissociada das provas, ainda que parco, algum elemento informador deve apoiar a decisão.

No caso em comento, poder-se-ia cogitar da figura (inovadora) da clemência, que pode ser traduzida como a vontade deliberada dos jurados em absolver o autor de um delito. Ocorre que o magistrado, percebendo essa distorção (técnica), tem o dever de alertar os jurados e recolocar o quesito para nova votação, ocasião em que, se confirmado o posicionamento, impor-se-á a vontade dos julgadores.

O Código de Processo Penal, vale a menção, em seu artigo 490, reza que, quando verificadas contradições entre as respostas aos quesitos, o presidente esclarecerá o impasse aos jurados e submeterá a matéria a nova votação.

É o que aconteceu na hipótese em exame, porquanto os jurados afirmaram ter sido Danilo autor do crime, sem que, insista-se, tenha a douta Defesa apresentado tese outra que não essa negativa, de modo que Danilo deverá ser submetido a novo julgamento, pelo Júri.[2]

Destarte, por verificar-se tal contradição na votação dos quesitos, exsurge imperioso o provimento do apelo.

3. Pelo exposto, **dá-se provimento** ao recurso ministerial para, acolhendo a preliminar, anular o julgamento de Inês Aparecida Fontes, submetendo-a a outro pelo Tribunal do Júri.

DECLARAÇÃO DE VOTO PARCIALMENTE VENCIDO

(APENAS QUANTO AO FUNDAMENTO)

(Voto nº 9.495)

Em que pese a alta qualidade do voto do E. Relator, considero que o recurso ministerial realmente merece provimento, mas por outro fundamento.

2 TJSP - Apelação Criminal n° 0002965-45.2013.8.26.0664, Relator Des. Augusto de Siqueira. Julgamento 09/10/2014, v.u.

Com efeito, a hipótese não é de nulidade do julgamento por "*contradição entre as respostas dos senhores jurados aos quesitos*".

Ou seja, no caso em tela, não existe, propriamente, contradição ***entre*** as respostas dos jurados (hipótese configurada quando salta aos olhos que a resposta a um quesito é incompatível com a resposta de outro quesito, vale dizer, uma resposta exclui a possibilidade de outra).

Não é o que aqui se verifica, pois os jurados, após afastarem, mediante respostas afirmativas aos três primeiros quesitos, a tese da negativa de autoria (única da Defesa e da própria acusada, cf. fls. 376), responderam afirmativamente ao quarto quesito, no qual indagado se absolviam a ré.

Destarte, o resultado foi a absolvição, que realmente não pode prevalecer, mas pelo fundamento de que a decisão se afigura manifestamente contrária à prova dos autos.

Com efeito, a apreciação de quesito com indagação acerca da absolvição é, em casos quejandos, obrigatória.

Do contrário, se estaria a adotar o entendimento de que, quando a tese defensiva fosse a de negativa de autoria, ficaria invariavelmente prejudicado o mencionado quesito sobre a absolvição quando o anterior quesito, a respeito da autoria (no presente caso, o terceiro), fosse redarguido afirmativamente.

Mas não é assim.

Nos moldes da sistemática vigente, o quesito sobre a absolvição, na hipótese acima, deve, necessariamente, ser submetido a votação, pois se considera que, mesmo afirmada a autoria, os jurados, dada sua soberania, podem absolver a pessoa acusada por outro motivo que o justifique, ainda que não alegado expressamente como tese de defesa.

Contudo, quando o fazem de forma manifestamente contrária à prova dos autos, como aqui ocorreu, torna-se imperioso reverter a decisão.

Vale o texto doutrinário transcrito no próprio voto do E. Relator Sorteado:

> "Afastada a tese, respondidos afirmativamente os quesitos relativos à materialidade e à autoria e participação, deverá o juiz presidente, ainda assim, indagar aos jurados se absolvem o acusado. Respondendo negativamente, nenhum problema se suscita, eis que os jurados confirmaram a condenação. Todavia, se os jurados responderem afirmativamente ao quesito, absolvendo o acusado, qual o fundamento da absolvição? O resultado de um julgamento decidido nestes termos trará perplexidade, e, havendo recurso do órgão acusador, parece-nos que não resta outra alternativa, ao tribunal ad quem senão ordenar que o réu seja submetido a novo julgamento, por ser a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos" (BONFIM, Edilson Mougenot, "O novo procedimento do júri: comentários à lei n. 11.689/2008", São Paulo: Saraiva, 2009).

Acesso ao Sumário

Com efeito, se a ré deve, realmente, passar por novo julgamento, é porque a decisão dos jurados afrontou a prova.

No mesmo rumo o ponderado pela douta Procuradoria Geral de Justiça: "*Diante da minuciosa confissão extrajudicial da ré, confirmada pelos exames periciais e pela prova oral colhida ao longo da persecução penal, conclui-se que a decisão absolutória foi manifestamente contrária à evidência dos autos*" (fls. 424/425).

Logo esse deve ser o fundamento do provimento ao recurso acusatório, para se submeter a apelada a novo julgamento, não sendo o caso, *data venia*, de se reconhecer nulidade com fulcro no parágrafo único do art. 564 do CPP ("*Ocorrerá ainda a nulidade por deficiência dos quesitos ou das suas respostas, e contradição entre elas*").

Na hipótese em tela, não há, repita-se, contradição ***entre*** as respostas dos jurados, pois não são, de per si, logicamente incompatíveis. O que existe, *in casu*, não é nulidade por contradição ***entre*** as respostas, mas ***error in judicando***, sendo que, para reconhecê-lo, é necessário ***examinar a prova***.

Em suma, o embasamento correto para se acolher o apelo ministerial é o de se reconhecer que a decisão do Conselho de Sentença foi manifestamente contrária à prova dos autos (tal como esclarecido no escólio doutrinário *supra* transcrito).

Diante do exposto, pelo meu voto, dou provimento ao recurso, mas por outro fundamento, com fulcro no art. 593, III, "d", § 3º, do CPP, para sujeitar a ré a novo julgamento.

DE PAULA SANTOS, Revisor (voto parcialmente vencido)

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0003242-73.2009.8.26.0091, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que são apelantes BRUNO DA CUNHA MENDES LIMA e ELTON THIAGO DE OLIVEIRA SOUZA, é apelado 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: "Deram provimento aos apelos dos réus Bruno da Cunha Mendes Lima e Elton Thiago de Oliveira Souza para absolvê-los por insuficiência de provas, nos termos do artigo 386, inc. VII, do Código de Processo Penal. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.226)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores NUEVO

CAMPOS (Presidente sem voto), CARLOS BUENO e FRANCISCO BRUNO.

São Paulo, 28 de janeiro de 2016.

RACHID VAZ DE ALMEIDA, Relatora

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – ROUBO QUALIFICADO – Conjunto probatório insuficiente para amparar a condenação. Divergências nas declarações das vítimas ao longo da instrução processual. Testemunha presencial que não apontou os acusados como autores do roubo, assim como os policias civis responsáveis pelas investigações. Bens que não foram apreendidos – Dúvidas sobre a autoria – Apelos providos.

VOTO

BRUNO DA CUNHA MENDES LIMA e **ELTON THIAGO DE OLIVEIRA SOUZA** foram condenados a cumprir penas de **onze anos, quatro meses e vinte e seis dias de reclusão**, mais o pagamento de vinte e seis dias-multa, ambos em regime prisional fechado, pela prática dos crimes de roubos majorados pelo emprego de arma e concurso de agentes, nos termos do artigo 70, do Código Penal (fls. 355/366).

Irresignados apelam postulando a absolvição por insuficiência probatória (fls. 381, 447/449, 400 e 423/427).

Pugna o Ministério Público, em contrarrazões, pelo improvimento do recurso (fls. 454/455). A Douta Procuradoria-Geral de Justiça se manifestou pelo desprovimento do apelo do réu Bruno, provendo-se parcialmente o apelo do réu Elton (fls. 468/477).

É O RELATÓRIO.

Os réus foram condenados porque, nas condições descritas na denúncia, subtraíram, juntamente com o corréu José Rosinário Rabelo da Silva e com outra pessoa não identificada, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, as motocicletas Honda CG 150 Titan ES e Honda CG 150 Titan KS, pertencentes, respectivamente, às vítimas M. M. de O. e A. A. V. da S..

A materialidade é incontroversa, restando comprovada pelos boletins de ocorrência (fls. 03/09), auto de avaliação (fls. 23) e pela prova oral colacionada.

Quanto à autoria merece provimento os apelos.

Não foram produzidos, sob o crivo do contraditório, elementos de provas coerentes e aptos a demonstrar, com segurança, a participação dos réus nos eventos criminosos narrados na denúncia.

Acesso ao Sumário

Os documentos que compõem o inquérito policial evidenciam que a comunicação do crime ocorreu inicialmente pela vítima A. A. V. da S. em 11.10.2008. No boletim de ocorrência (fls. 08/09) o ofendido mencionou ter sido abordado por duas pessoas que, ***chegaram andando*** e armados, subtraindo sua motocicleta. Em razão da rápida atuação dos roubadores **não teria condições de descrevê-los.**

No dia 13.10.2008 houve a lavratura de um boletim de ocorrência (fls. 05/07) pela prática do crime de porte de arma de fogo, no qual o acusado Elton foi indiciado, porquanto era passageiro de um veículo (GM/Corsa Wind, cor vermelha, placas BVP 1680) ocupado por mais três pessoas, entre eles os réus José Rosinário e Bruno da Cunha, sendo todos conduzidos ao distrito policial.

Na mesma data acima, a vítima M. M. de O. comparece ao distrito policial às 4h00min e registra a ocorrência do roubo de sua motocicleta (fls. 03/04), fato ocorrido em 10.10.2008. Na comunicação informa que foram quatro os roubadores apresentando algumas características físicas e vestimentas usadas.

Na oportunidade menciona que uma pessoa desceu de um automóvel Corsa, cor vinho, placa BVP 1680 – mencionando assim o veículo, ***fato não relatado pela outra vítima*** – e portando arma de fogo subtraiu sua motocicleta. Outra pessoa, que ***também estava no interior do Corsa***, teria subtraído a moto da outra vítima no mesmo contexto fático. Acrescentou ter declinado as características do autor da subtração e pelo fato do Corsa ter passado três vezes pelo local poderia reconhecer todos os seus ocupantes.

Como autores dos fatos, a vítima M. M. de O. descreveu quatro desconhecidos: 1. Homem, cútis branca, cabelo preto e liso, portando 1,70m de altura e magro; 2. Homem, cútis parda, cabelos castanhos, usando aparelho ortodôntico; 3. Homem, branco, forte e baixo e 4. Homem, cútis amarela, aparentando ser oriental (pessoa que conduzia o veículo GM Corsa).

Posteriormente, ***ambas as vítimas*** prestaram declarações uníssonas apresentando a versão de que o veículo GM/Corsa ocupado por quatro pessoas passou pelo local do roubo duas vezes, mas não teria parado em razão da presença de uma viatura da polícia militar. Na sequência o veículo Corsa parou próximo à esquina, duas pessoas desceram portando uma arma de fogo e realizaram a subtração das motocicletas.

Realizaram, ainda, acréscimos à dinâmica fática, tais como a **presença da testemunha Anderson**, a manutenção de **diálogos** com os roubadores, que inclusive disseram que queriam as motos para realizarem uma fuga e o fato de a vítima M. jogar a chave do bem no interior da residência de Anderson (fls. 14/17).

As vítimas reconheceram os réus Elton, José Rosinaldo e Bruno como os autores do roubo (fls. 21/22).

Acesso ao Sumário

Em novas declarações a vítima A. A. V. da S. tentou justificar o motivo pelo qual declarou no boletim de ocorrência n. 4296/2008 a impossibilidade de descrever ou reconhecer os roubadores, pois estaria bastante nervoso. No ato reconheceu fotograficamente José Rosinário (foto de fls. 61), Elton (foto de fls. 62) e Bruno (foto de fls. 63).

Como até aquele momento do inquérito policial as vítimas ainda não haviam indicado as respectivas condutas dos investigados, apesar de reconhecê-los como autores, o Ministério Público requereu retorno dos autos à polícia para colher novas declarações dos ofendidos (fls. 88/89).

O ofendido A. A. V. da S. declarou que do veículo GM/Corsa, logo após uma viatura policial deixar as proximidades do local do fato, desceram dois agentes, Elton, que empunhava arma de fogo e outro que aparentava ser adolescente. Elton ameaçou a todos e anunciou o roubo. A outra vítima pegou a chave da motocicleta e jogou no quintal da casa da testemunha Anderson, o acusado Elton, irritado, apontou a arma para a cabeça de M. e determinou ir pegar a chave. Na sequência Elton subiu em sua motocicleta e o outro roubador na moto do ofendido M. e fugiram (fls. 94/95).

Continuou dizendo que três dias depois, com a prisão do réu Elton por porte de arma, compareceu no distrito policial e o apontou como autor do roubo, reconhecendo também Alexandre Alves e José Rosinário.

Por outo lado, a vítima M. M. de O. confirmou a descrição fática inicialmente narrada pela vítima A., mas quanto aos indivíduos que desceram do GM/Corsa reconheceu com certeza o réu Bruno (foto de fls. 63), sendo este o criminoso armado e que determinou a entrega da chave da moto antes jogada no quintal da testemunha Anderson. Quem subtraiu sua motocicleta, conduzindo-a, foi o réu Bruno e o outro roubador, de aparelho nos dentes e aparentemente inimputável embarcou na moto da vítima A. (fls. 97/98).

Por fim, a vítima M. afirmou ter observado atentamente os roubadores antes dos fatos, porquanto o carro por eles ocupado passou três vezes diante dele, de modo que reconheceu depois da prisão de Elton por porte de arma, além deste, as pessoas de José Rosinário e Bruno Cunha, que estavam acompanhados de um quarto roubador, mas este não foi identificado.

Cumpridas as diligências solicitadas, o Ministério Público reiterou cota de fls. 88, porquanto não havia individualização da conduta de José Rosinário e dúvidas sobre o apontamento do réu Bruno (fls. 99/vº).

Percebe-se que as vítimas já haviam se manifestado em três oportunidades nos autos, realizando reconhecimentos pessoais e fotográficos e, até aquele momento, quase dois anos depois dos fatos, o órgão de acusação não havia formado a *opinio delicti*, haja vista as inúmeras contradições envolvendo o crime.

Acesso ao Sumário

Em aditamento de declarações, a vítima A. A. V. da S. asseverou que o condutor do automóvel GM/Corsa era o corréu José Rosinário e desembarcaram para executar o roubo o réu Elton e o adolescente não identificado. Novamente narrou a execução do roubo e afirmou que de posse das chaves o acusado **Elton ocupou a motocicleta da vítima M. e o adolescente ocupou a sua (moto de cor preta)** para depois fugirem do local (fls. 106/108).

O ofendido M. M. de O. durante suas declarações em aditamento corroborou a versão da outra vítima sobre a condução do GM/Corsa pelo corréu José Rosinário, esclarecendo que no interior do automóvel se encontrava também Elton e Bruno. No momento da execução do roubo desceram do Corsa o adolescente de aparelho nos dentes e o réu Bruno, sendo que este portava arma de fogo (fls. 111/113).

Acrescentou que indagou o acusado Bruno o motivo pelo qual estava subtraindo sua motocicleta explicando estar com dificuldades financeiras para pagar o bem e o réu respondeu precisar do veículo para realizar uma fuga.

Ao final, confirmou ter sido abordado por Bruno, que usava óculos com lentes e possui uma pinta ao lado da boca, conforme fotografia de fls. 63.

A d. Promotora de Justiça oficiante, insegura quanto às declarações das vítimas, requereu acareação (fls. 114/vº), retornando os autos à polícia.

Mais de dois anos e sete meses depois do crime de roubo os ofendidos comparecem na delegacia de polícia para realizar o ato de acareação, oportunidade na qual A. A. V. da S. apontou o réu Bruno como o executor do roubo, considerando-se o corte de cabelo, a pinta no rosto e perto da boca e a blusa cor laranja que vestia na data dos fatos, justificando ter se precipitado ao apontar o réu Elton como executor (pessoa que portava a arma de fogo), em razão da semelhança física entre ambos (fls. 136/137).

Superada, assim, a divergência entre os ofendidos e oferecida a denúncia, faço consignar que a semelhança física entre os réus Elton e Bruno, segundo minha convicção, e analisando as fotografias de fls. 62 e 63, se resume a cor da pele.

Acesso ao Sumário

Sob o crivo do contraditório as vítimas foram novamente ouvidas e outras circunstâncias até então não mencionadas surgiram.

M. M. de O. afirmou que estava parado defronte à residência de sua tia quando o veículo GM/Corsa passou com quatro pessoa no seu interior. ***Um vizinho disse que avistou o Corsa parando na esquina***. Duas pessoas desceram e se aproximaram para executar o roubo da sua motocicleta e da moto do ofendido A. A., ***ambos estavam armados***. O réu Bruno deixou o local guiando sua moto e o indivíduo baixinho e com luzes no cabelo conduziu a motocicleta de A. A. (fls. 224/vº).

Asseverou também que os roubadores foram presos pela polícia ***na***

madrugada e na delegacia reconheceu ***duas*** pessoas. Os policiais disseram que eram integrantes de uma quadrilha e que cometeram vários roubos. Reconheceu o réu de fls. 61 (fotografia) como o condutor do Corsa, ***não reconheceu a pessoa da fotografia de fls. 62***, e apontou a pessoa da foto de fls. 63 como o executor da subtração.

A testemunha Paulo Francisco, investigador de polícia, mencionou se recordar dos fatos, pois participou das investigações. A Polícia Militar realizou a prisão de *ladrões de moto* em Brás Cubas e os levou para a delegacia. Havia denúncia de que algumas motos foram levadas para a cidade de Poá, razão pela qual foram ao lugar e localizaram uma motocicleta (fls. 225).

O investigador de polícia, ao que parece, não participou do ato de reconhecimento realizado na fase inquisitiva e se limitou a esclarecer uma diligência relacionada ao crime de receptação de motocicleta, não mencionando os apelantes.

No mesmo sentido o depoimento da investigadora de polícia Luciana Brito (fls. 226).

Já no ano de 2014, mais de cinco anos após o roubo ocorrido em outubro de 2008, a vítima A. A. V. de S. foi ouvida em Juízo. Afirmou ter visto o veículo Corsa estacionando e o momento no qual desceram duas pessoas, uma delas estava armada. De posse das chaves subiram nas motocicletas e deixaram o local. Depois de uns cinco dias recebeu uma ligação da delegacia, ***conhecia o policial, que o buscou em casa.*** **As motos não foram localizadas**, mas dos quatro presos reconheceu dois ou três, pois ***foram os que realizaram a abordagem***. Reconheceu o réu Bruno, presente na audiência, como um dos autores do roubo (fls. 311/vº).

Na mesma data, em 24 de fevereiro de 2014, ocorreu a primeira oitiva nos autos da testemunha presencial Anderson (fls. 312).

Afirmou ser primo da vítima M. e se lembrar do roubo das motocicletas. Duas pessoas chegaram armadas e anunciaram a subtração. Seu primo jogou a chave do veículo no quintal e os criminosos apontaram a arma para o irmão do ofendido M., ***Marcos.*** Compareceu na delegacia com as vítimas, mas não realizou reconhecimento de qualquer investigado.

Quanto ao réu Bruno, presente na audiência, não se recordou se ele participou do roubo, haja vista o período de tempo decorrido.

O acusado Bruno, alegou em seu interrogatório conhecer a denúncia e já ter falado sobre sua situação, nada mais querendo esclarecer (fls. 313).

No tocante ao acusado Elton, a magistrada *a quo* decretou sua revelia (fls. 304).

Valorando os elementos de prova carreados nos autos ao longo de seis anos de investigação e instrução processual, não me convenço da autoria dos réus

Acesso ao Sumário

com a certeza necessária para lastrear a manutenção da r. decisão condenatória proferida em primeiro grau.

Faço consignar que procuro, na medida do possível, privilegiar a palavra das vítimas, notadamente em crimes praticados, muitas vezes, na clandestinidade, como o roubo, mesmo porque não haveria motivos para acusarem injustamente pessoas que sequer conheciam antes dos fatos.

Na espécie, contudo, mesmo diante do reconhecimento das duas vítimas em Juízo, tenho que as diversas contradições e incertezas verificadas nas declarações e reconhecimentos realizados pelos ofendidos durante o inquérito tornam a prova precária.

As vítimas somente concordaram em apontar o réu Bruno como o autor da execução, sendo ele a pessoa que empunhava a arma de fogo, no ato de acareação realizado depois de três declarações anteriores.

Neste voto percorri por toda a prova produzida desde a instauração do inquérito policial justamente para evidenciar as dificuldades que os ofendidos tiveram em apontar com coerência e coesão os autores do roubo.

Inicialmente, a vítima que primeiro registrou a ocorrência, no mesmo dia dos fatos, asseverou que a dinâmica do roubo não permitiu que atentasse para as características dos roubadores, de modo que seria impossível reconhecê-los.

Exatamente três dias depois, com a prisão dos acusados por delito diverso – porte de arma de fogo – foram chamados na delegacia (salientando que uma das vítimas se declarou amigo do policial, que inclusive o buscou em casa para ir à delegacia) e depois de ouvirem dos agentes públicos que aquelas pessoas presas eram responsáveis por diversos roubos de motos na região apontaram dois ou três como os autores do delito em análise nestes autos.

Em declarações posteriores para individualizar as condutas dos agentes a vítima A. A. V. da S. (fls. 94/95) foi firme ao apontar o acusado Elton como a pessoa que desceu do automóvel Corsa na companhia de um adolescente e portando arma de fogo realizou a subtração das motocicletas.

Por outro lado, a vítima M. M. de O., na mesma data, já com ânimo calmo e após refletir sobre os fatos reconheceu, com segurança, a pessoa de Bruno como aquele que portava a arma e juntamente com o adolescente realizou a subtração dos bens.

O motivo da confusão, segundo a vítima, que alterou seu reconhecimento no ato de acareação, seria a semelhança física entre os roubadores, mas analisando as fotografias encartadas nos autos (fls. 62 e 63) verifico que apenas a cor da tez (morena) é característica comum aos acusados. O corte de cabelo, a testa, as sobrancelhas, os olhos, nariz, orelhas, os lábios, são bem diferentes, até mesmo o fato de um possuir ralo bigode e cavanhaque os distingue, razão pela qual a justificativa do ofendido deve ser recebida com reservas.

Acesso ao Sumário

Além do mais, se compararmos as características físicas dos roubadores declinadas pela vítima no boletim de ocorrência de fls. 03/04, chegaremos a conclusão de que os réus não participaram do crime.

A primeira pessoa apontada como sendo branca, cabelos lisos, 1m70cm de altura, com calça de moleton preta (o que indica ser um dos roubadores que desceram do carro, do contrário a vítima não poderia apontar esse detalhe), em nada se assemelha com Elton ou Bruno.

A segunda pessoa, que era parda, cabelos curtos e castanhos, compleição mediana e com aparelho nos dentes, poderia até ser um dos apelantes, haja vista a cor da pele, mas o fato de possuir aparelho ortodôntico indica que este agente seria o adolescente, conforme observação da vítima M.

Referidos fatos comprometem ainda mais os reconhecimentos realizados pelos acusados, mesmo porque as duas outras pessoas apontadas no boletim de ocorrência possuem características físicas totalmente diferentes das apresentadas pelos recorrentes.

Os ofendidos também divergiram com relação a qual dos acusados teria conduzido as motocicletas subtraídas na fuga. Também não houve coesão no tocante à citação de um vizinho, que teria presenciado o roubo ou ao menos a aproximação dos roubadores e quanto as pessoas que estavam no local no momento da subtração, pois a testemunha Anderson (que inicialmente sequer foi citada como testemunha presencial dos fatos) citou a presença do irmão de uma das vítimas de nome Marcos.

Outro ponto interessante é o de que a cada declaração as vítimas apresentavam mais detalhes acerca dos fatos, o que é incomum, pois a lógica seria a perda da percepção do ocorrido com o passar dos anos. Nas primeiras declarações declinaram que a ação criminosa por ter sido rápida dificultou que se ativessem as características físicas dos agentes. Em um segundo momento passaram a relatar diálogos travados com os roubadores e até mesmo o fato de a chave da moto ter sido atirada no quintal da residência da testemunha Anderson. Ao final, até o motivo do roubo foi objeto de conversa entre vítimas e criminosos.

Se não bastassem, todas as contrariedades apontadas nos elementos de prova, os policiais civis responsáveis pelas diligências e ouvidos nos autos não apontaram os réus como autores do roubo.

Merece especial consideração a circunstância de a testemunha presencial Anderson, primo de uma das vítimas, não ter sido ouvido durante a fase de inquérito e depois de quase seis anos, quando prestou oitiva em Juízo, ter deixado de apontar Bruno como autor dos fatos, dizendo que não se recordava dele.

Enfim, apesar de os ofendidos convergirem em Juízo quanto à autoria de Bruno (executor) e Elton (teria permanecido no automóvel), a forma com que a prova foi produzida, os caminhos percorridos todos citados nesta decisão

Acesso ao Sumário

não autorizam a formação da livre convicção motivada acerca da autoria dos apelantes.

Os indícios desfavoráveis aos réus são inúmeros, mas as dúvidas pertinentes aos elementos de prova colhidos também, de modo que absolvo os réus por insuficiência de provas, nos termos do artigo 386, inc. VII, do Código de Processo Penal.

Posto isto, pelo meu voto, dou provimento aos apelos dos réus **Bruno da Cunha Mendes Lima** e **Elton Thiago de Oliveira Souza** para absolvê-los por insuficiência de provas, nos termos do artigo 386, inc. VII, do Código de Processo Penal.

Correições Parciais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Correição Parcial nº 2200889-14.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é corrigente GUILHERME ABAD FIGUEIREDO, é corrigido JUÍZO DA COMARCA.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento à correição parcial. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 9.503)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MOREIRA DA SILVA (Presidente sem voto), FRANÇA CARVALHO e AUGUSTO DE SIQUEIRA.

São Paulo, 21 de janeiro de 2016.

DE PAULA SANTOS, Relator

Ementa: CORREIÇÃO PARCIAL – Proposta de suspensão condicional do processo aceita pelo réu – Modificação de condição após sua aceitação – Impossibilidade – Inversão tumultuária dos atos processuais – Anulação da decisão combatida – Reparação de danos na esfera cível que impõe reconhecer o cumprimento da condição prevista no artigo 89, §1º, I, da Lei nº 9.099/95 nos autos do

Acesso ao Sumário

procedimento criminal – Correição parcial acolhida e provida para este fim.

VOTO

Cuida-se de correição parcial interposta por GUILHERME ABAD FIGUEIREDO contra a decisão copiada a fls. 65, do Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal do Foro Regional, que indeferiu seu pedido de homologação de cumprimento da condição prevista no art. 89, §1º, I, da Lei nº 9.099/95 (reparação do dano), formulado em virtude do cumprimento integral de acordo celebrado entre as partes na esfera cível. Referida decisão determinou, ainda, a realização do depósito no valor de R$ 1.356,00 (anteriormente previsto para ser feito a favor da vítima a este título) agora a favor da FUMCAD.

O corrigente sustenta, em suas razões que: a) foi denunciado como incurso nos artigos 303, *caput*, e 306, *caput*, ambos da Lei nº 9.503/97; b) foi apresentada pelo Ministério Público proposta de suspensão do processo nos termos do artigo 89 da Lei nº 9.099/95, pelo prazo de 02 (dois) anos, com comparecimento bimestral, atendidas as demais condições previstas no artigo 89, §1º, I, II e III, do citado diploma legal; c) a proposta ofertada foi aceita pelo corrigente, que passou a cumprir as condições impostas; d) paralelamente, tramitava ação de reparação de danos ajuizada pela suposta vítima e sua esposa, perante o Juízo da 4ª Vara Cível do Foro Regional II – Santo Amaro, na qual foi firmado, homologado e cumprido acordo entre as partes, com posterior extinção do feito; e) o corrigente, considerando que a vítima teve seu dano devidamente reparado, requereu ao Juízo corrigido a homologação do cumprimento da condição prevista no artigo 89, §1º, I, da Lei nº 9.099/95; f) o Ministério Público pleiteou que a quantia fosse, então, depositada a favor do FUMCAD, que não é e nunca foi vítima nos autos, sobrevindo a decisão combatida (que alterou os termos da condição originalmente aceita). Requer provimento, para se declarar a nulidade da decisão copiada a fls. 65, determinando-se a homologação da condição específica de reparação do dano.

Opinou a Douta Procuradoria Geral de Justiça pelo não conhecimento da correição parcial (fls. 72/73).

É o relatório.

De acordo com os autos, Guilherme Abad Figueiredo foi denunciado como incurso nos artigos 303, *caput*, e 306, *caput*, da Lei nº 9.503/97 (fls. 19/20).

O *Parquet* ofereceu *"proposta de suspensão condicional do processo pelo prazo de 02 (dois) anos, com comparecimento bimestral a Juízo, atendidas as demais condições previstas no artigo 89, §1º, incisos I (**reparação de dano no importe de R$ 1.356,00 – valor da fiança – a ser depositado em Juízo para posterior levantamento por parte da vítima**), II (proibição de frequência a*

Acesso ao Sumário

locais de má fama) e III (proibição de deixar a Comarca por mais de oito dias sem prévia autorização do Juízo), da Lei Federal 9.099/95" (fls. 21 - grifei).

Referida proposta foi aceita pelo ora corrigente (fls. 24), em audiência, na qual, inclusive, o Juízo, em face de tal aceitação, considerou já iniciado o cumprimento das condições, pois decidiu que a presença do corrigente naquela oportunidade já valia como primeiro comparecimento: *"DECISÃO INTERLOCUTÓRIA: Considerando a aceitação do acusado, determino que a condição consistente em comparecimento bimestral seja cumprida e fiscalizada por este juízo, valendo a presente data como primeiro comparecimento. Os comparecimentos subsequentes devem ocorrer entre os dias 01 e 10 dos meses subsequentes"* (fls. 24).

Ou seja, consolidou-se a situação processual, nos termos da proposta aceita.

Paralelamente, no âmbito cível, a vítima Ricardo Silva Cardoso e sua noiva Vanessa Vieira do Carmo ajuizaram ação de reparação de danos em face do ora corrigente (fls. 25/50). Naqueles autos, foi homologado acordo entre as partes (fls. 51), pelo qual este se comprometeu a pagar aos autores "*o valor total de R$ 15.000,00, por meio de 2 parcelas*". E houve posterior extinção da execução, nos termos do artigo 794, I, do Código de Processo Civil, ante o cumprimento do avençado (fls. 55).

Em razão disso, requereu o ora corrigente, nos autos do procedimento criminal, a homologação do cumprimento da condição prevista no artigo 89, §1º, I, da Lei nº 9.099/95, qual seja, o pagamento, a título de reparação de danos, do valor de R$ 1.356,00, que seria depositado a favor da vítima. Entretanto, o *Parquet*, inovando, manifestou-se nos seguintes termos: "*Em que pese as ponderações de fls. 158 e segs., mantendo a proposta de fls. 81, devendo a quantia de R$ 1.356,00 ser depositada em favor do FUMCAD*" (fls. 64). Referida manifestação foi acolhida pelo Juízo corrigido que, indeferindo o pleito do ora corrigente, determinou o depósito a favor do FUMCAD (fls. 65).

Mister se faz salientar o cabimento da presente correição parcial, a despeito da manifestação da douta Procuradoria Geral de Justiça.

Conceitua Guilherme de Souza Nucci a correição parcial como "*recurso, à disposição das partes, voltado à correção dos erros de procedimento adotados pelo juiz de primeira instância, na condução do processo, quando provocam a inversão tumultuária dos atos e fórmulas legais. É um recuso de natureza residual, somente sendo cabível utilizá-lo se não houver outro recurso especificamente previsto em lei*" (*in* Código de Processo Penal Comentado, 12ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 1016).

Deveras, contra a r. decisão ora combatida, não há a previsão legal de recurso específico. Ademais, é possível afirmar que acarreta *inversão tumultuária*

dos atos do processo em prejuízo do réu. Gerou este efeito o douto Juízo que a prolatou, ao permitir que fossem modificadas condições de proposta de suspensão do processo que ***já fora aceita*** pelo réu nos termos em que originalmente formulada (consolidando-se, naqueles termos, a situação processual, mesmo porque a autoridade judiciária proferiu decisão expressa consagrando o início do cumprimento das condições na própria data da aceitação, cf. fls. 24).

Como visto, a proposta de suspensão condicional do processo ofertada ao réu foi clara no sentido de que a quantia a ser depositada, nos termos do artigo 89, §1º, I, da Lei nº 9.099/95, a título de reparação de danos, seria destinada à vítima, devendo ser por esta posteriormente levantada.

Não é possível, portanto, que após aceita a proposta pelo réu e já iniciado o cumprimento de condições pactuadas (mediante comparecimento pessoal), sejam modificadas quaisquer daquelas condições, pelo Ministério Público ou pelo Juízo, em ofensa ao ato jurídico perfeito.

A **inversão** consiste, obviamente, em que a condição deve ser imposta **antes** da aceitação e do início do cumprimento daquilo que foi aceito. E não depois disto, como se fez na decisão ora atacada, que impôs obrigação *ex novo* em detrimento do corrigente, após manifestação unilateral do *Parquet.*

Destarte, não pode subsistir a determinação judicial de depósito da quantia anteriormente destinada a reparação de danos sofridos pela vítima, agora a favor de entidade estranha aos autos e à relação jurídica processual.

E vale notar que, se no âmbito cível ficou estabelecido, após acordo entre as partes, o valor *total* devido a título de reparação, tem-se que aquela quantia (bem menor) prevista no processo-crime restou por ele abarcada.

Uma vez, portanto, que devidamente comprovada a efetivação da integral reparação de danos, com o cumprimento de acordo na esfera cível e consequente extinção, pelo pagamento, do feito que ali tramitava, impõe-se reconhecer o cumprimento da correspondente condição prevista no artigo 89, §1º, I, da Lei nº 9.099/95, nos autos do procedimento criminal, como requerido pelo ora corrigente.

Diante do exposto, acolhe-se a correição parcial e a ela se **dá provimento**, para se anular a decisão que determinou a realização de depósito judicial a favor do FUMCAD (fls. 65), reconhecendo-se o cumprimento da condição prevista no artigo 89, §1º, I, da Lei nº 9.099/95, nos termos em que originalmente estabelecida.

Acesso ao Sumário

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2219242-05.2015.8.26.0000, da Comarca de Urupês, em que é paciente OLÍVIO SCAMATTI, Impetrantes ALBERTO ZACHARIAS TORON, LUIZA ALEXANDRINA VASCONCELOS OLIVER e GIOVANA DUTRA DE PAIVA.

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 6.528)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente sem voto), SOUZA NERY e ELY AMIOKA.

São Paulo, 10 de dezembro de 2015.

AMARO THOMÉ, Relator

Ementa: *HABEAS CORPUS* – INTERROGATÓRIO DO ACUSADO – INVERSÃO DE ATOS PROCESSUAIS – ILEGALIDADE – INOCORRÊNCIA – CONFORME PRECEDENTES DO C. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, A TEOR DO ART. 222, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, NA HIPÓTESE DE OITIVA DE TESTEMUNHA POR CARTA PRECATÓRIA, A EXPEDIÇÃO DA CARTA NÃO SUSPENDERÁ A INSTRUÇÃO CRIMINAL, RAZÃO PELA QUAL NÃO SE MOSTRA APRIORISTICAMENTE INVÁLIDA OU INQUINADA DE NULIDADE A REALIZAÇÃO DO INTERROGATÓRIO DO RÉU ANTES DO APERFEIÇOAMENTO DOS ATOS DEPRECADOS – AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO À DEFESA DO PACIENTE – ORDEM DENEGADA.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de *habeas corpus* impetrado por ALBERTO ZACHARIAS TORON, LUIZA ALEXANDRINA OLIVER e GIOVANA DUTRA DE

PAIVA, em favor de OLÍVIO SCAMATTI, com pedido liminar, apontando-se como autoridade coatora o Juízo de Direito da Vara Única da Comarca de Urupês, visando, em síntese, o sobrestamento da ação penal nº 0001453-41.2015.8.26.0648, em que se procede a persecução penal pela prática, em tese, de crime tipificado na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1.993 – Operação *Fratelli* –, para "*garantir que o interrogatório do paciente seja apenas após o término das oitivas das testemunhas arroladas*" (fl. 18).

A liminar foi **indeferida** a fls. 615/620.

Informações prestadas pela Douta Autoridade indicada como coatora a fls. 623/632.

Parecer da Douta Procuradoria-Geral de Justiça a fls. 6324/638, manifestando-se pela **denegação** da ordem.

É o relatório.

A ordem deve ser **denegada.**

Com efeito, após regular processamento do feito e considerando o teor das informações prestadas pela Douta Autoridade indicada como coatora e do parecer da Douta Procuradoria-Geral de Justiça, confirma-se os pressupostos que ampararam as razões de decidir outrora expostas, quando do apreço da pretensão liminar satisfativa.

Com efeito, a r. decisão vergastada encontra, em princípio e em tese, regular amparo legal.

Consta do r. *decisum* vergastado:

"Vários dos réus arrolaram testemunhas dos mais variados rincões do país: Acre, Tocantins, Mato Grosso do Sul, Goiás, dentre outros. Algumas delas, inclusive, com ***endereço à Rodovia Transamazônica no Pará (fls. 2.858 e 2.885).*** *Pois bem. O envio das cartas precatórias* ***será deferido, sem problemas****. No entanto, segundo o* ***art. 222, caput, e §§1° e 2°, do CPP, os defensores hão de estar cientes de que: a) as precatórias possuem prazo para serem concluídas; b) não suspendem o curso da instrução; e c) violado o prazo, não impedem o julgamento****. Aponto a melhor doutrina neste sentido:*

[...] a expedição de carta precatória não suspende a instrução criminal,* ex vi *do art. 222, §1°, do CPP*. Assim, não é impossível que a testemunha de defesa venha a ser inquirida no juízo deprecado antes da inquirição das testemunhas de acusação no juízo em que tramita o processo criminal, como também pode acontecer de uma testemunha de acusação ser inquirida no juízo deprecado após a inquirição das de defesa no juízo deprecante. Ao expedir carta precatória, deverá o juiz, nos termos do caput do citado dispositivo, fixar-lhe prazo razoável para cumprimento. A lei não estabelece qual seja esse prazo, mas normalmente tem sido*

Acesso ao Sumário

fixado ***entre trinta e noventa dias****, dependendo do tempo de tramitação do processo, da proximidade da prescrição e da circunstância de encontrar-se ou não preso o réu.* **Descumprido esse prazo no juízo deprecado (em razão de excesso de serviço, da ausência de pauta, da falta de juiz na Comarca deprecada, etc), a consequência será a possibilidade de prolatação de sentença no processo, independentemente do retorno da precatória (art. 222, §2°, do CPP), sem que isto importe em qualquer nulidade, consoante entendimento da jurisprudência**. *Neste sentido: 'a ausência de juntada aos autos de carta precatória expedida para inquirição de testemunha* ***não tem o condão de obstar o encerramento da ação penal, a teor do disposto no art. 222, §§1° e 2°, do Código de Processo Penal*** *(Norberto Avena – Processo Penal esquematizado – Método – 6ª Edição – 2014, pg. 632)"* (fls. 321/322, item "103").

A decisão, cujos fundamentos foram reiterados quando do indeferimento do pedido de suspensão deduzido em primeiro grau, atende o disposto no art. 93, inciso IX, da Constituição da República e não padece de qualquer ilegalidade constatável de plano, pois "*a teor do art. 222, § 1º, do Código de Processo Penal, na hipótese de oitiva de testemunha por carta precatória, a expedição da carta 'não suspenderá a instrução criminal*'" (HC 74.805/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 16/03/2010, DJe 05/04/2010).

Ademais, segundo entendimento pacífico do C. Supremo Tribunal Federal, não se mostra aprioristicamente inválida ou inquinada de nulidade a colheita de prova testemunhal defensiva mediante a expedição de carta precatória, mesmo que o seu aperfeiçoamento se dê como último ato processual instrutório imediatamente anterior à oferta de memoriais e sentenciamento do feito, portanto, após o depoimento do réu[1], mormente em situações excepcionalíssimas como a presente, em que houve a expedição de grande número de cartas precatórias, ainda pendente de cumprimento a inquirição de testemunhas arroladas pela Acusação e de 21 testemunhas de defesa.

Neste sentido, confira-se:

"HABEAS CORPUS" – PRETENDIDA NULIDADE PROCESSUAL SUPOSTAMENTE MOTIVADA PELA EFETIVAÇÃO DE INTERROGATÓRIO DO RÉU ANTES DA JUNTADA DE CARTAS PRECATÓRIAS E PELA RECUSA DE NOVO INTERROGATÓRIO JUDICIAL, QUE TRADUZ MEDIDA DE CARÁTER MERAMENTE FACULTATIVO – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO PARA O ACUSADO – "PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF" – PRETENDIDO RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO DA

Acesso ao Sumário

1 HC 119540, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 05/11/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 13-02-2014 PUBLIC 14-02-2014.

PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO – INOCORRÊNCIA – SITUAÇÃO DE ILIQUIDEZ QUANTO AOS FATOS SUBJACENTES À ACUSAÇÃO PENAL – CONTROVÉRSIA QUE IMPLICA EXAME APROFUNDADO DE FATOS E CONFRONTO ANALÍTICO DE MATÉRIA ESSENCIALMENTE PROBATÓRIA – INVIABILIDADE NA VIA SUMARÍSSIMA DO PROCESSO DE "HABEAS CORPUS" – INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL – PEDIDO INDEFERIDO. – A disciplina normativa das nulidades processuais, no sistema jurídico brasileiro, rege-se pelo princípio segundo o qual "Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa" (CPP, art. 563 – grifei). Esse postulado básico – "pas de nullité sans grief" – tem por finalidade rejeitar o excesso de formalismo, desde que eventual preterição de determinada providência legal não tenha causado prejuízo para qualquer das partes. Precedentes. – O processo de "habeas corpus", que tem caráter essencialmente documental, não se mostra juridicamente adequado quando utilizado com o objetivo (a) de promover a análise da prova penal, (b) de efetuar o reexame do conjunto probatório regularmente produzido, (c) de provocar a reapreciação da matéria de fato e (d) de proceder à revalorização dos elementos instrutórios coligidos no processo penal de conhecimento. Precedentes. (HC 119540, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 05/11/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 13-02-2014 PUBLIC 14-02-2014)

Mais ainda, conforme consignado pelos próprios impetrantes, "*a razão de ser do art. 222, §1° e 2°, do Código de Processo Penal não é nulificar a ordem de inquirição trazida pelo art. 400, do mesmo diploma legal. Ao contrário, é uma 'válvula de escape' para que o processo não fique eternamente refém do cumprimento de um ato deprecado*" (fl. 8).

A pretensão dos impetrantes funda-se em causa remota de pedir que antevê prejuízo à defesa que não decorre automaticamente do quanto alegado, mormente considerando-se que a lei autoriza a eventual realização de novo interrogatório do réu, acaso necessário (art. 196, do Código de Processo Penal), na mesma medida em que prevê a "válvula de escape" do art. 222, §§1º e 2º, do mesmo diploma legal.

A arguida violação ao contraditório e à ampla defesa pela realização de audiência anteriormente ao retorno de cartas precatórias tem por pressuposto **prejuízo concreto**, **e nunca prospectivo ou presumido**, o que demonstra a prematuridade da pretensão dos impetrantes.

Acresço, por fim, que os pedidos objeto da presente impetração foram reiterados quando da realização da audiência, oportunidade na qual foram novamente rejeitados, com fundamento no disposto nos arts. 222, §1° e 400,

Acesso ao Sumário

§1°, ambos do Código de Processo Penal, consignando expressamente a Douta Autoridade indicada como coatora que:

> *"A expedição da precatória não suspenderá a instrução criminal, bem como as provas serão produzidas numa só audiência [...]. Isso porque, com as reformas da Lei n° 11.719/08 e exigida a unicidade da audiência, restou absolutamente desnecessário o aguardo de precatória tanto para a realização de interrogatório, quanto para a preservação da ordem de testemunhas (art. 400, caput). Afinal,* 'corolário da regra é que a eventual inversão da prova, na hipótese, induzirá nulidade' [...] *de modo que não há* 'violação a dispositivo legal algum, diante da realização do interrogatório dos apelantes, antes da juntada aos autos da Carta Precatória'" (fls. 626/632).

O r. *decisum* vergastado, como já exposto, encontra regular amparo em Lei e nos precedentes deste C. Tribunal de Justiça, razão pela qual não se constata ilegalidade a ser coibida atentatória à liberdade de locomoção do paciente.

Ante o exposto, **DENEGO** a ordem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos nesses autos de *Habeas Corpus* nº 2212111-76.2015.8.26.0000, da Comarca de Embu das Artes, em que são pacientes CLEBERTON SILVA DE JESUS e WESLEY OLIVEIRA DOS SANTOS, Impetrantes GUILHERME SILVEIRA BRAGA, ALEXANDRE PACHECO MARTINS e JULIANE DE MENDONÇA.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a ordem. V.U. Sustentou oralmente o I. defensor, Dr. Alexandre Pacheco Martins e, usou da palavra, a Exma. Procuradora de Justiça, Dra. Sandra Jardim." de conformidade com o voto de Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.382)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EDISON BRANDÃO (Presidente) e IVAN SARTORI.

São Paulo, 15 de dezembro de 2015.

LUIS SOARES DE MELLO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: "Habeas Corpus". Pretendido desentranhamento de provas declaradas ilícitas. Impossibilidade. Nulificação de ato processual ante a não intimação da defesa. Renovação da prova que se

deu, com a anuência dos defensores, através da mera e simples ratificação das declarações anteriormente prestadas. Teor dos antigos depoimentos que integram a nova prova. Depoimentos substancialmente ratificados, então. Ilogicidade do desentranhamento no caso presente. Ordem denegada.

VOTO

Visto.

"Habeas Corpus" impetrado em favor de **Cleberton Silva de Jesus** e **Wesley Oliveira dos Santos**, que busca o desentranhamento dos autos de provas já declaradas nulas, com fundamento no art. 5º, LIV, LV e LVI, da Constituição Federal e art. 157 do Cód.Proc.Penal.

Pretexta, por isso, ocorrência de constrangimento ilegal.

Os pacientes estão sendo processados pela prática, em tese, do crime descrito no art. 157, § 2º, do Cód.Penal (*roubo qualificado por comparsaria*).

Ordem liminar negada (*f. 377*), vieram informes do d. juízo de origem (*f. 380/381*), bem assim manifestação ministerial pela denegação da ordem irrogada (*f. 404/407*).

Autos conclusos em **3.nov.2015**, *f. 408.*

É o relatório.

Sem razão a impetração.

Pretexta-se o desentranhamento de documentos juntados à ação penal em que figuram como réus os pacientes (*f. 194/276 dos autos originais*), sob a alegação de ofensa ao art. 5º, LIV, LV e LVI, da Constituição Federal e art. 157 do Cód.Proc.Penal.

Afirma-se que certos atos processuais foram declarados nulos pela d. origem, após a defesa não ter sido intimada de despacho que indeferiu pleitos por ela formulados, além de ter ratificado a denúncia.

Quer-se, portanto, via remédio heroico, a determinação do desentranhamento daqueles atos nulificados, "*para que o magistrado não possa utilizar-se de elementos de prova ilícita para formação de sua convicção*", f. 7.

Sorte não assiste à defesa, porém.

Conquanto a regra insculpida no art. 157, "caput", do Cód.Proc.Penal seja, de fato, o desentranhamento do processo das provas ilícitas, a verdade é que, no caso presente, a consequência não pode ser determinada, ante sua ilogicidade circunstancial.

Ora.

Após a declaração de nulidade daqueles atos processuais, a d. origem

Acesso ao Sumário

houve por bem ratificá-los, "*por seus próprios fundamentos, idênticos*", reproduzindo-se novamente seu teor e a eles fazendo referência expressa, como razão de decidir.

E se assim é, de nenhuma lógica seria o desentranhamento daquela decisão anulada, já que os fundamentos fáticos e jurídicos de indeferimento aos pleitos defensivos estão **nela** contidos – *e não na decisão ratificadora, que meramente reproduz a validade da argumentação anterior.*

Quanto ao pretendido desentranhamento dos novos depoimentos prestados, também ele não pode ser determinado, já que sua renovação se deu, mediante **concordância expressa da defesa** e até por comodidade e economia de tempo, por meio da mera e simples ratificação pelas testemunhas e réus das declarações anteriormente prestadas, após sua leitura pela ilustre julgadora de origem.

Quer-se dizer, com isso, que embora declarados nulos, os depoimentos foram **substancialmente ratificados** e passaram a integrar validamente o conjunto probatório, dês que, mais uma vez se diz, com a anuência da defesa e sem violação a normas e princípios quaisquer, houve a colheita da prova oral através da mera ratificação dos depoimentos anteriormente prestados.

Como sustenta a d. Procuradoria de Justiça oficiante:

> *"...o atendimento do presente pedido implicará no esvaziamento completo dos depoimentos refeitos, pois o seu inteiro teor encontra-se consignado nas respectivas declarações que ora os d. impetrantes pretendem sejam desentranhada dos autos. {...}* Assim, não se pode pretender o desentranhamento daqueles depoimentos, com a consequente inaptidão das novas declarações como meio de prova, pois em face da forma como estas foram coligidas eles passaram a integrar o conjunto probatório, tornando- se imprescindíveis para a formação da convicção do julgador, tudo feito com pleno respeito às garantias processuais constitucionais e com plena anuência dos defensores dos pacientes", f. 406.

De sorte que o desentranhamento pretendido não pode ser determinado.

Denega-se a ordem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2227520-92.2015.8.26.0000, da Comarca de São José dos Campos, em que é paciente M.R.P., Impetrantes LEONARDO VINICIUS OLIVEIRA DA SILVA,

Acesso ao Sumário

GABRIELA FONSECA DE LIMA, WILLIAN RICARDO SOUZA SILVA, DOUGLAS RODRIGUES DE OLIVEIRA e AHMAD LAKIS NETO, é impetrado MM. JUIZ(A) DE DIREITO DO PLANTÃO JUDICIÁRIO DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a ordem. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 1.810)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO SIMÃO (Presidente) e REINALDO CINTRA.

São Paulo, 10 de dezembro de 2015.

OTAVIO ROCHA, Relator

Ementa: *Habeas Corpus* – Revogação da prisão preventiva – Constrangimento ilegal não verificado – Preenchidos os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal – Ordem denegada.

VOTO

Trata-se de *Habeas Corpus*, com pedido liminar, impetrado pelos ii. Advogados Ahmad Lakis Neto, Gabriela Fonseca de Lima, Willian Ricardo Souza Silva, Douglas Rodrigues de Oliveira e Leonardo Vinicius Oliveira da Silva, em favor de M.R.P., sob a alegação de que este estaria sofrendo ilegal constrangimento por ato do MM. Juiz de Direito da Comarca de São José dos Campos, que converteu sua prisão em flagrante em preventiva, nos autos da Ação Penal nº 0000591-32.2015.8.26.0617 (fls. 51/53).

Alegam os impetrantes, em síntese, que o MM. Juiz *a quo*, na r. decisão atacada, não demonstrou a necessidade da decretação da prisão preventiva. Ademais, acrescentam que o paciente possui residência fixa e ocupação lícita.

Ante esses argumentos, pleiteiam a revogação da prisão cautelar ou, alternativamente, a liberdade provisória ao paciente, com a consequente expedição do respectivo alvará de soltura.

A liminar foi indeferida pelo Excelentíssimo Desembargador Reinaldo Cintra, desta C. 7ª Câmara Criminal (fls. 58/60).

O "*writ*" foi regularmente processado, com a juntada das informações de estilo. O parecer da d. Procuradoria de Justiça Criminal é pela denegação da ordem (fl. 72).

É o relatório.

Depreende-se dos documentos acostados aos autos que o paciente foi preso em flagrante delito pela suposta prática do crime previsto no artigo 33,

Acesso ao Sumário

caput, da Lei nº 11.343/06, em razão de trazer consigo, juntamente com outros indivíduos, quatro "tijolos" de "crack" envoltos em bexigas plásticas, com peso de 1.908 gramas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, bem como a quantia de R$ 8.000,00 em dinheiro e diversos aparelhos "celulares", drogas e objetos esses relacionados à atividade de tráfico.

A prisão em flagrante foi convertida em preventiva por meio de decisão criteriosamente fundamentada em 17/10/2015.

Conforme as informações prestadas pela i. Autoridade Judicial reputada como coatora, os autos encontram-se aguardando a vinda dos laudos periciais requisitados para aferição da natureza da substância apreendida e exame dos demais objetos apreendidos.

Havendo indícios veementes de materialidade e de autoria, não há que se falar em revogação da prisão preventiva.

Ao contrário do quanto alegado na impetração, o MM Juiz *a quo* converteu a prisão em flagrante do paciente em preventiva, sob o fundamento de que os pacientes "*teriam praticado crime de extrema gravidade, tráfico de entorpecentes, que está intimamente ligado ao crime organizado e a prática de outros delitos, o que demonstra a necessidade do cárcere cautelar para garantia da ordem pública, instrução do processo e aplicação da Lei penal*". E, também, que *"(...) na hipótese em questão, em sede sumária e superficial, a conduta e a movimentação de compra da droga por L. e E., e a entrega da droga por M. e W., é fato que foi bem descrito pelo agente policial, precedida de detida investigação policial, o que motivou até a revista destes e dos veículos, ocasião em que se logrou encontrar uma grande quantia em dinheiro e uma considerável quantia de droga. [...] Esses fatos, em análise sumária e superficial, feita pela autoridade policial, levou ao juízo de legalidade de tipificar a conduta dos indiciados como prevista nos artigos 33 e 35, da lei 11.343/06. Demais disso, todos os indiciados quando interrogados, mantiveram-se silentes perante a autoridade policial, além de possuírem, à exceção de W., extensa folha de antecedentes*" (fl. 52).

Em casos como o ora em análise, em que há fortíssimos indícios de prática pelo agente de crime sobre o qual pesa a mais severa repugnância social (como amplamente reconhecido, o tráfico de entorpecentes, delito equiparado a hediondo, constitui causa direta do alastramento da violência urbana nas últimas décadas), não merece acatamento a afirmação trazida pelos impetrantes de que a prisão cautelar decretada contra o paciente não está lastreada em razões fático-jurídicas válidas e consistentes.

No tocante ao primeiro requisito do artigo 312 do CPP invocado na r. decisão mencionada, cabe ressaltar que nada obstante o conceito de "ordem

pública" seja muitas vezes adjetivado de "vago" e "impreciso"[1], está visivelmente conjugado com o dever do Magistrado de examinar o cabimento da prisão ou medidas cautelares em função da dinâmica social[2], que pode exteriorizar-se na exigência de resposta estatal mais efetiva relativamente a determinada espécie de crime, numa dada conjuntura[3].

Assim se dá, aliás, em quase todas as legislações contemporâneas do Ocidente, que adotaram os mesmos requisitos para a decretação da prisão preventiva, com destaque para a dos Estados Unidos da América[4], que possui inegável tradição de respeito ao princípio da *presunção da inocência* (o princípio passou a integrar a Constituição dos Estados Unidos da América no ano de 1791, contido na 5ª Emenda da "Declaração de Direitos") e nem por isso deixa de contemplar na lei a hipótese de manutenção do acusado no cárcere se presente a necessidade de garantir a *ordem pública*[5].

De fato, a lei norte-americana[6] relaciona de forma bem mais detalhada do que o Código de Processo brasileiro quais os fatores que o juiz deve levar em conta para determinar se o agente criminoso faz jus ou não à liberdade provisória. Tais fatores, em resumo, referem-se à *gravidade da acusação*, expressada pelo uso, ou tentativa, ou ameaça de uso de violência contra a pessoa ou a propriedade de outrem; *o peso das evidências* disponíveis contra o agente[7];

1 Nesse sentido, por exemplo, LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, vol. II, pág. 370, para quem trata-se de "um conceito vago, indeterminado"; e CHOUKR HASSAN, Fauzi. *Processo penal de emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 147-148, para quem trata-se de "argumento típico da retórica de emergência" etc.

2 Sobre o tema, vide nossas considerações no trabalho que publicamos em parceria com MARCO ANTONIO GARCIA BAZ, intitulado *Fiança Criminal e Liberdade Provisória*, 2ª edição. São Paulo: Ed. RT, 2000, fls. 56/61.

3 Para JULIO FABBRINI MIRABETE, *"(...) o conceito de ordem pública não se limita só a prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas também a acautelar o meio social e a própria credibilidade da justiça em face da gravidade do crime e de sua repercussão."* (*Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 15ª ed. rev. e atual., 2003).

4 *Fiança Criminal e Liberdade Provisória..., op. cit*., fls. 56/57.

5 A decisão mais conhecida da justiça norte-americana acerca da *periculosidade* como fundamento para a recusa da liberdade provisória é a proferida pela Suprema Corte (USSC) no caso "U.S. v. Salerno, 481 U.S. 739 (1987), na qual a Corte afirmou que "*não há inconsistência lógica em afirmar-se a probabilidade de que determinado agente venha a praticar crime no futuro*". Vide a respeito, de nossa autoria e de Marco Antonio Garcia Baz, *Fiança Criminal e Liberdade Provisória*. São Paulo: Ed. RT, 2ª ed., págs. 217 e ss.

6 O *Bail Reform Act of* 1984, que atualizou a legislação federal acerca da questão da fiança e medidas cautelares penais.

7 O 9º Circuito de Apelação dos EUA – que corresponde aos nossos Tribunais Federais Regionais – entende, a nosso ver acertadamente, que o peso das evidências contra o preso é o aspecto de menor relevância a ser considerado nesta altura; assim, v.g., "U.S. *v.* Motamedi, 767 F.2d 1403, 9th. Cir. 1985". Realmente, durante a "hearing" – audiência na qual se discute questões preliminares, inclusive o cabimento de fiança ou outras medidas cautelares [precursora das "audiências de custódia" introduzidas a partir do último mês de fevereiro por iniciativa conjunta do Conselho Nacional de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, através do Provimento Conjunto nº 03/2015, da Presidência do Tribunal de Justiça e Corregedoria Geral de Justiça, publicado no Diário Oficial da Justiça de 27 de janeiro] – não se concebe qualquer discussão

Acesso ao Sumário

às *condições pessoais do agente*, que são descritas na lei como "*caráter pessoal, condições físicas e mentais, laços familiares, emprego, recursos financeiros, tempo de residência no local do crime, laços com a comunidade, conduta social pretérita, registros de abuso no uso de drogas ou álcool, histórico criminal e eventuais registros anteriores relacionados a não observância do compromisso de comparecimento aos atos de um processo criminal após soltura provisória*"; e, ainda, à eventual circunstância de o crime ter sido cometido durante o gozo de liberdade provisória ou cumprimento de suspensão condicional da pena em razão de outra infração (independentemente de haver sido requerida a prisão temporária – como previsto no § 3142[d] – para o fim de serem revogados esses benefícios)[8].

No caso brasileiro, como já tivemos oportunidade de afirmar[9], "*a inserção da possibilidade de decretação da prisão preventiva para garantia da ordem econômica (de acordo com a Lei 8.884, de 11 de junho de 1994, que revogou as Leis 4.137/62, 8.002/90 e 8.158/91 e alterou o art. 312 do CPP) parece sinalizar intenção do legislador de estender o conceito de ordem pública às situações em que a 'gravidade' do crime, sua 'repercussão' ou a 'reação do meio ambiente à ação criminosa' tornam exigível do juiz raciocínio mais diluído do que aquele que se projeta apenas sobre as consequências da violência ou ameaça que incidiram sobre vítima determinada*".

Para esse sentido, aparentemente, evolui a jurisprudência brasileira, reconhecendo que a *ordem pública* é conceito que extrapola a gravidade intrínseca relativa à tipificação individual de determinadas condutas, aflorando, porém, do "*modo personalizado com que se dá a concreta violação da integridade das pessoas ou do patrimônio de terceiros, tanto quanto da saúde pública (nas hipóteses de tráfico de entorpecentes e drogas afins)*", constituindo-se em pressuposto de prisão cautelar "*como imperiosa necessidade de acautelar o meio social contra fatores de perturbação que já se localizam na gravidade incomum da execução de certos crimes. Não da incomum gravidade abstrata desse ou daquele crime, mas da incomum gravidade na perpetração em si do*

acerca do *meritum causae*, sendo, pois, suficiente a existência de sérios indícios de autoria e materialidade, tal como definidos na lei brasileira.

8 Nos EUA, são severíssimas as sanções para o indivíduo que descumpre qualquer das condições impostas para a concessão da liberdade provisória. E, se o réu pratica novo crime durante o gozo de liberdade provisória, por exemplo, fica sujeito às seguintes sanções: a) se a ofensa principal é punida com pena de morte, prisão perpétua ou quinze anos ou mais de prisão:- multa de US$250.000 ou dez anos de prisão, ou ambos; b) se punida com mais de cinco anos e menos de quinze:- multa de US$250.000 e cinco anos de prisão, ou ambos; c) se punida com mais de um ano e menos de cinco:- multa de US$250.000 e dois anos de prisão;

d) se punida com um ano ou menos de prisão ou somente multa:- multa de US$100.000 e um ano de prisão; 2) Perda da garantia patrimonial exigida para a soltura: a) cobrança, pelo Estado, do valor estipulado a título de "promessa de fiança"; b) perda de qualquer propriedade que tenha sido ofertada ao tempo da soltura para assegurar o juízo quanto ao comparecimento do réu aos atos do processo; e c) perda do valor em dinheiro efetivamente dado em fiança (cf. *Fiança Criminal e Liberdade Provisória*, op. cit. Páginas 222-223 e 230).

9 *Fiança Criminal e Liberdade Provisória..., op. cit., pág. 60.*

Acesso ao Sumário

crime, levando à consistente ilação de que, solto, o agente reincidirá no delito. Donde o vínculo operacional entre necessidade de preservação da ordem pública e acautelamento do meio social. Logo, conceito de ordem pública que se desvincula do conceito de incolumidade das pessoas e do patrimônio alheio (assim como da violação à saúde pública), mas que se enlaça umbilicalmente à noção de acautelamento do meio social" (HC 104877, Relator Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 01/03/2011[10]).

Quanto aos outros pressupostos da prisão preventiva, verifica-se que são em geral bem aceitos pela doutrina e jurisprudência, enquanto relacionados à necessidade de evitar a fuga do agente (e, assim, garantir a aplicação da lei penal) ou de prevenir a prática de condutas que possam prejudicar terceiros e/ou coisas envolvidas com o processo (ameaças às vítimas e testemunhas, destruição de provas etc), vindo a prejudicar o bom andamento da causa (conveniência da instrução).

Acerca da possibilidade de fuga do acusado, afirmava o saudoso BASILEU GARCIA[11] que "*o fim mais saliente da prisão preventiva é evitar-se que o indiciado fuja. Ante essa eventualidade, assentada plausivelmente, é impossível deixar de reconhecer-se legítima e justa a providência*".

Na verdade, em todas as legislações dos países democráticos há previsão de prisão cautelar voltada a assegurar a aplicação da lei penal ante a perspectiva de fuga do acusado, a continuidade da prática de crimes e a preservação das provas e do regular andamento do processo. Assim, por exemplo, o artigo 112-A do Código de Processo Penal da Alemanha, que prevê como requisito da prisão preventiva o "*perigo de que, antes do julgamento, [o acusado] cometerá mais delitos relevantes do mesmo tipo ou continuará o delito*", assim como a "prevenção do perigo ameaçador"; o artigo 503, § 2º, do Código de Processo Penal Espanhol (Ley de Enjuiciamiento Criminal), que alude ao "*alarme social que a prática do delito haja provocado ou a frequência com que sejam cometidos fatos análogos"; e, também, o CPP português, que autoriza a medida se houver "fuga ou perigo de fuga; perigo de perturbação do decurso do inquérito ou da instrução do processo e, nomeadamente, perigo para a aquisição, conservação ou veracidade da prova; ou perigo, em razão da natureza e das circunstâncias do crime ou da personalidade do arguido, de que este continue a atividade criminosa ou perturbe gravemente a ordem e a tranquilidade públicas*".

Nos Estados Unidos, a preocupação com a efetividade da distribuição da Justiça Criminal nunca impediu que o Estado pudesse exercer o direito de custodiar o indivíduo nas hipóteses em que é provável a sua fuga e a frustração

Acesso ao Sumário

10 No mesmo sentido: STJ, RHC 58.048/BA, Rel. Ministro NEWTON TRISOTTO - DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC -, QUINTA TURMA, julgado em 25/08/2015, DJe 02/09/2015.

11 *Comentários ao Código de Processo Penal*, 1945. Rio de Janeiro: Forense, V. 3, p. 163.

do objeto do processo. Na Constituição norte-americana, desde o "Bail Reform Act of 1984" está assentado que o Juiz, antes de conceder liberdade provisória, com ou sem fiança, ao agente preso em flagrante, deve levar em conta dois aspectos fundamentais: a probabilidade de que o agente possa vir a praticar novos delitos ou furtar-se à aplicação da lei penal ("*the person may flee or pose a danger to any other person or the comunity*")[12].

Daí que, em casos como o ora em análise, em que há fortíssimos indícios de prática pelo agente de crime sobre o qual pesa a mais severa repugnância social (como amplamente reconhecido, o tráfico de entorpecentes constitui causa direta do alastramento da violência urbana nas últimas décadas), não merece acatamento a afirmação trazida pelo Impetrante de que a prisão cautelar decretada contra o paciente não está lastreada em razões fático-jurídicas válidas e consistentes.

Diante dessas circunstâncias, a ordem prisional lançada contra o paciente não se afigura ilegal, porquanto presentes os requisitos legais para a sua manutenção, conforme o artigo 312 do Código de Processo Penal.

Frise-se, ainda, que nem mesmo eventuais condições pessoais favoráveis do réu bastariam para a concessão da liberdade provisória, haja vista a gravidade e repercussão social imanentes ao fato criminoso a ele imputado.

Ante o exposto, **DENEGO** a ordem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus nº 2193561-33.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é paciente SAMANTHA RAMOS TOLEDO PESSOA, Impetrantes CYRO KUSANO e ANA CAROLINA MOREIRA SANTOS.

ACORDAM, em 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos Denegaram a ordem. Vencido o 3º Juiz, Des. Otávio de Almeida Toledo, que declarará o voto.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 2.829)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME DE SOUZA NUCCI (Presidente sem voto), NEWTON NEVES

Acesso ao Sumário

12 Como destaca WEINBERG, John L., *The Federal Bail and Detection Handbook*, 1990. New York City: Practing Law Institute, págs. 13-16, o entendimento predominante em nada menos que onze das doze Cortes de Apelação do "Circuito Federal" dos EUA (isto é, a Justiça Federal norte-americana) é o de que o réu que aguarda sentença, ou a decisão de recurso contra a condenação, somente pode permanecer em liberdade se não houver probabilidade de que irá fugir.

e OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO.

São Paulo, 1 de dezembro de 2015.

LEME GARCIA, Relator

Ementa: Habeas Corpus. Crime de homicídio culposo. Pleito de trancamento da ação penal por ausência de justa causa. Inadmissível. Presentes indícios de autoria e prova da existência material do crime. Acervo probatório suficiente para o exercício da ação penal. Denegação da ordem.

VOTO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado pelos Drs. Cyro Kusano e Ana Carolina Moreira Santos, advogados constituídos, em favor de SAMANTHA RAMOS TOLEDO PESSOA, sob a alegação de estar sofrendo constrangimento ilegal por parte do MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal do Foro Regional de Santo Amaro, Comarca da Capital, onde a paciente foi denunciada como incursa no artigo 121, §§ 3º e 4º, do Código Penal, porque, em 02 de janeiro de 2008, na cidade de São Paulo, no exercício de sua profissão, e agindo em conjunto com outra médica, após realizar parto cesariano na paciente Maria José de Oliveira Lima, esqueceu uma compressa de gaze no interior do mesogástrio desta, motivo que a levou ao óbito por infecção generalizada.

Pugna, em suma, com pedido de liminar, que seja decretada a nulidade do recebimento da denúncia ofertada pelo *Parquet*, ante a necessidade de expedição de laudo necroscópico da vítima na fase do inquérito policial – apontando o motivo da morte da paciente –, reforçando assim os indícios de autoria e prova de materialidade do delito, alegando, ainda, que há audiência de instrução, debates e julgamento designada para o mês subsequente, restando claro o *periculum in mora* (fls. 01/17).

A liminar foi indeferida (fls. 106/108).

O MM. Juiz da 1ª Vara Criminal do Foro Regional de Santo Amaro, Comarca da Capital prestou informações (fls. 1207/1208).

A Procuradoria Geral de Justiça emitiu parecer pleiteando a denegação da ordem (1685/1688).

É, em síntese, o relatório.

Devidamente processada, a ordem deve ser denegada.

Busca a paciente o trancamento da ação penal, por falta de justa causa, considerando que não haveria prova da materialidade e indícios de autoria, em razão da ausência de laudo necroscópico produzido pelo Instituto Médico

Acesso ao Sumário

Legal, apontando como causa da morte a infecção generalizada decorrente do esquecimento de compressa de gaze no interior do mesogástrio da vítima.

Primeiramente, cabe elucidar *que a justa causa, que constitui condição da ação penal, é prevista de forma expressa no Código de Processo Penal e se consubstancia no lastro probatório mínimo e firme, indicativo da autoria e da materialidade da infração penal.*

A par disso, urge elucidar que somente é cabível o trancamento da ação penal por meio do *habeas corpus* quando houver comprovação, de plano, da ausência de justa causa, seja em razão da atipicidade da conduta supostamente praticada pelo acusado, seja da ausência de indícios de autoria e materialidade delitiva, ou ainda da incidência de causa de extinção da punibilidade, o que não ocorreu no caso em apreço.

A exordial acusatória atende aos requisitos do artigo 41, do Código de Processo Penal (fls. 115/116).

Ademais, as provas produzidas na esfera cível são precisas no tocante à materialidade e aos indícios de autoria.

Há informe quanto ao prontuário médico, descrevendo todos os procedimentos realizados na vítima antes do óbito.

Demais disso, os depoimentos prestados pela equipe médica confirmam a existência de compressa de gaze dentro do organismo da vítima, sendo então de imediato realizada a extração do corpo estranho.

Destarte, há em um primeiro momento prova da materialidade e indícios de autoria do crime imputado à paciente.

Todos os testemunhos colhidos na esfera cível confirmaram o encontro da compressa de gaze no interior do mesogástrio da vítima (32/36); e as médicas – a paciente e a corré – que realizaram a cirurgia cesariana na vítima são acusadas na ação penal em andamento na 1ª Vara Criminal do Foro Regional Santo Amaro, Comarca da Capital, na medida em que foram as duas últimas profissionais que efetuaram intervenção cirúrgica na ofendida, que foi à óbito em decorrência de septicemia.

Acesso ao Sumário

Desta feita, constatados o preenchimento dos requisitos formais da inicial acusatória, bem como a existência de justa causa para recebimento da exordial ofertada pelo i. *Parquet*, inevitável o deslinde da ação penal para cabal apuração dos fatos.

Em suma, ilegalidade patente inexiste a ser sanada por esta via heroica.

Ante o exposto, pelo meu voto, denega-se a ordem impetrada.

DECLARAÇÃO DE VOTO DIVERGENTE

(Voto nº 24.147)

1. Ouso divergir da douta maioria por entender que a ordem deve ser concedida para anular o recebimento da denúncia, eis que deixou de observar formalidades indispensáveis, peculiares ao caso concreto.

Tenho por insanável a nulidade decorrente da falta de exame de corpo de delito para o recebimento da denúncia. Tratando-se de homicídio, infração que, por definição, deixa vestígios, não pode ser dispensado o exame por perito oficial.

No caso dos autos, a ofendida faleceu enquanto hospitalizada, seis anos antes do oferecimento da denúncia, inexistindo explicação plausível para a sua não submissão a exame de corpo de delito. Nos autos da ação civil de reparação de danos, o MM. Juiz decidiu pela nomeação de ***expert*** particular, justificando que o fazia porque "*a complexidade da perícia com a necessidade de deslocamento até o hospital e inúmeras entrevistas inviabilizam a perícia pelo IMESC*" (fls. 429, segundo a numeração do presente ***habeas corpus***).

Ainda que tenha sido considerada suficiente para aquela esfera – mérito que não nos compete averiguar – parece-me que, para a pretendida punição criminal, faz-se necessária aferição por perito oficial, conforme estabelece o artigo 159 do Código de Processo Penal: "*O exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior.*" O próprio dispositivo só se excepciona em caso de impossibilidade de realização de exame por perito oficial, o que não se observa no caso em tela.

Afinal, o perito particular nomeado realizou exame indireto dos documentos (prontuários, exames, relatórios, etc.) conforme elencado a fls. 649: exames, cópias das radiografias, parecer técnico, extratos de prontuários, entre outros. Não houve qualquer menção à necessidade da realização de deslocamentos ou entrevistas. Decerto, peritos oficiais seriam capazes de realizar o mesmo trabalho a qualquer tempo.

Não se desconhece que o princípio da prova legal tenha sido ultrapassado pelas evoluções legislativas, principalmente no processo civil. Todavia, em casos com a gravidade dos autos, envolvendo a perda de uma vida e possíveis (e sucessivos) erros médicos, não se pode desprezar a importância do maior grau de certeza decorrente de perícia oficial, tampouco ignorar expresso mandamento legal, demandando prova técnica oficial em crimes que deixam vestígios.

O recebimento da denúncia sem essa produção é temerário e pode fazer com que a paciente, profissional da saúde, experimente grave constrangimento ilegal ao ver-se processada por erro tão grosseiro sem conclusão compatível pela perícia oficial.

Assim, ainda que o douto Relator tenham entendido que a perícia produzida no cível seria suficiente para alicerçar o recebimento da denúncia,

Acesso ao Sumário

não vejo razão para desrespeitar o teor do artigo 159 do Código de Processo Penal.

E que não se invoque eventualmente celeridade ou economia processuais, pois tratamos de processo por crime supostamente cometido em 2008, cujo oferecimento da denúncia, inexplicavelmente, ocorreu apenas em 2014. Ao longo desses seis anos, sem sombra de dúvidas, poderia ter sido acionado o órgão de criminalística competente para a elaboração do documento exigido por lei.

Ademais, não é leviana a exigência do laudo oficial, pois se está discutindo fato complexo, com evidente confronto entre as responsabilidades das equipes médicas envolvidas: de um lado temos aqueles que realizaram a cirurgia cesariana, supostamente esquecendo uma gaze no interior do corpo da paciente, do outro, os responsáveis pelo atendimento depois que as consequências do primeiro fato se fizeram presentes.

É possível que estejamos diante de concausa relativamente independente que por si só teria produzido o resultado, pois há indícios de que a negligência ou imperícia do socorro prestado à ofendida foram de extrema gravidade. O perito nomeado no processo civil esclareceu que foi realizada radiografia do abdômen no dia 04 de janeiro que só foi analisada em 06 de janeiro, com conclusão equivocada, que resultou em sua alta hospitalar.

Para dirimir tais questionamentos, atinentes também à materialidade do delito, ainda antes do recebimento da denúncia, reputo indispensável a realização do exame por perito oficial.

2. Isto posto, pelo meu voto, concedo a ordem para anular o recebimento da denúncia e determinar que seja providenciado exame de corpo de delito indireto por perito oficial, nos termos da lei processual penal, com encaminhamento posterior ao Ministério Público para a formação da ***opinio delicti***.

OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO, 3º Juiz

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus nº 2253492-64.2015.8.26.0000, da Comarca de Poá, em que é paciente HEYTOR FARIA MELLO PEREIRA e Impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a ordem impetrada, mas concederam *habeas corpus* de ofício em favor dos pacientes para revogar sua

prisão preventiva e substituí-la por cautelares alternativas (art. 319, I e IV, CPP). Expeça-se alvará de soltura clausulado. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.346)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME DE SOUZA NUCCI (Presidente) e LEME GARCIA.

São Paulo, 26 de janeiro de 2016.

OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO, Relator

Ementa: PORTE ILEGAL DE ARMA. Impetração que demanda a aplicação do art. 387, § 2º, do CPP para a fixação imediata de regime aberto para cumprimento de pena. Impossibilidade. Progressão antecipada. Desconhecimento acerca do comportamento carcerário. Impetrante que nada informou acerca da expedição de guia de recolhimento, o que possibilitaria imediatamente que o Juiz da VEC concedesse progressão, se os pacientes a ela fizerem jus, considerando a detração. Ordem denegada. Ordem concedida de ofício para revogar a prisão preventiva, mantida na sentença sem a necessária fundamentação. Primários, sem antecedentes, jovens e confessos, apenados com a mínima do preceito secundário em regime inicial fechado. Flagrante desproporcionalidade da manutenção da prisão preventiva. Prognóstico de reforma da dosimetria por ocasião do julgamento da apelação, já interposta. Suficiência de cautelares alternativas.

VOTO

1. A Defensora Pública Soraia Anka impetra a presente ordem em favor de HEYTOR FARIA MELLO PEREIRA (RG nº...) e GUILHERME SANTANA DA SILVA (RG nº...) alegando que sofrem constrangimento ilegal por parte do MM. Juiz da 1ª Vara Judicial do Foro Distrital de Ferraz de Vasconcelos da Comarca de Itapeva (processo nº 0000172-29.2015.8.26.0191).

Afirma que os pacientes teriam sido presos em flagrante em janeiro de 2015 e que responderam encarcerados por crimes de receptação e porte ilegal de arma de fogo equiparada às de uso restrito. Informa que terminaram condenados às penas 3 anos de reclusão, mais 10 dias-multa, em regime inicial fechado e que já teriam cumprido cerca de um terço da reprimenda.

Aponta suposto constrangimento ilegal pelo fato de o Magistrado não

Acesso ao Sumário

ter aplicado o artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal para determinar a transferência de ambos para o regime aberto, única medida pleiteada na inicial.

A liminar foi indeferida (fls. 19/20). Informações foram remetidas pela autoridade apontada como fonte da coação (fls. 22/27). Instada a opinar, a douta Procuradoria Geral de Justiça ofertou parecer pela denegação da ordem (fls. 30/34).

É o relatório.

2. Voto pela denegação da ordem, por entender que o dispositivo invocado não pode ser aplicado da maneira pretendida. Entretanto, concedo ordem de ofício para fazer cessar constrangimento ilegal evidente, mas não questionado na impetração.

Pretende a impetrante que esta C. Câmara, em substituição à autoridade coatora, promova verdadeira progressão de regime antecipada, considerando o tempo de prisão preventiva para determinar a transferência dos condenados do regime fechado diretamente para o aberto, o que entende que deveria ter sido feito na sentença condenatória.

A péssima redação do dispositivo não pode levar à sua aplicação de forma a ignorar o sistema penal e processual penal: a medida pretendida causaria progressão de regime sem análise do mérito subjetivo (comportamento carcerário), por Magistrado incompetente para decidir a esse respeito. Na sentença da qual exsurgiria a coação, o MM. Juiz prolator já fez constar observação acerca desse ponto.

Não há constrangimento ilegal nesse ponto, principalmente porque, com o recebimento da apelação, a guia de recolhimento provisória deve ser imediatamente expedida e, aportando na Vara de Execuções competente, deverá o Magistrado cogitar a progressão, tomando o tempo de prisão preventiva como pena cumprida.

Sendo assim, voto pela denegação da ordem.

Todavia, as peculiaridades do caso concreto me levam a crer ser necessário conceder *habeas corpus* de ofício para revogar a prisão preventiva decretada em desfavor dos pacientes e mantida na sentença condenatória sem fundamentação suficiente, desatendendo o artigo 387, § 1º, do Código de Processo Penal.

Foram condenados apenas pelo crime de porte ilegal de arma de fogo, em comparsaria (por ter entendido o julgador que ambos os réus eram responsáveis pela única arma apreendida), às penas mínimas previstas. A fixação de regime inicial e a negativa da substituição por penas alternativas tiveram por base supostas circunstâncias desfavoráveis, traduzidas na sentença apenas como a fuga da polícia antes da prisão.

Tais questões deverão ser abordadas em sede de apelação, indubitavelmente, mas é imperativo, desde logo, reconhecer a desproporcionalidade da prisão

Acesso ao Sumário

preventiva, mantida na sentença sem fundamentação idônea.

Afinal, trata-se de condenados primários e sem antecedentes criminais, jovens e confessos, que sofreram a imposição de penas no piso legal e já teriam ficado encarcerados por praticamente um terço da punição que receberam.

Diante disso, voto pela revogação da prisão preventiva, com substituição pelas cautelares dos incisos I e IV do artigo 319 do Código de Processo Penal, medidas suficientes para garantia dos valores do artigo 312 daquele diploma.

3. Em face do acima exposto, pelo meu voto, denego a ordem impetrada, mas concedo *habeas corpus* de ofício em favor dos pacientes para revogar sua prisão preventiva e substituí-la por cautelares alternativas (art. 319, I e IV, CPP). Expeça-se alvará de soltura clausulado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus nº 2228066-50.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são pacientes CAMILA FERNANDA SALGADO e JAIR OLEGÁRIO DE SOUSA JÚNIOR e Impetrante OTACILIO GUIMARÃES DE PAULA.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a ordem. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 619)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO SIMÃO (Presidente) e ALBERTO ANDERSON FILHO.

São Paulo, 28 de janeiro de 2016.

REINALDO CINTRA, Relator

Ementa: Habeas corpus – Tráfico de entorpecentes – Artigo 35, "caput", da Lei nº. 11.343/2006 – Pedido revogação da segregação provisória com expedição de contramandados de prisão, subsidiariamente, reconhecimento da ilegalidade da prisão e da ação penal – Impossibilidade – Crime imputado aos acusados é de alto poder ofensivo – Constrangimento ilegal não configurado – Constatação da prova da materialidade delitiva e de indícios de autoria. Ordem denegada.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de *HABEAS CORPUS*, com pedido de liminar, impetrado em favor de **CAMILA FERNANDA SALGADO** e **JAIR OLEGÁRIO DE SOUSA JÚNIOR**, onde se alega, em síntese, que os pacientes estão sofrendo constrangimento ilegal por parte do MM. Juiz de Direito da 16ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo, vez que foram presos em flagrante pela suposta prática do crime previsto no artigo 35 "*caput*", da Lei 11.343/2006 e tiveram suas prisões em flagrante convertidas em preventivas.

Aduz a douta Defesa que os pacientes foram presos, ilegalmente, em 01/09/2015, quando estavam no interior de suas residências e policiais civis investigavam suposta participação do corréu, Douglas Donizeti Alves, companheiro de Camila, no crime de associação para o tráfico ilícito de entorpecentes.

Assevera que houve audiência de custódia e nesta, após o parecer Ministerial, a MMª. Juíza Corregedora do DIPO, relaxou as prisões de Camila e de Jair, por falta de provas. Informa que a MMª. Juíza deixou explícito em sua r. decisão que justificaria as prisões cautelares dos pacientes, caso a Autoridade Policial apresentasse novas provas concretas da participação deles na suposta associação para o crime de tráfico.

Alega que embora não tendo sido apresentadas as referidas provas pela Autoridade Policial e os pacientes tenham fornecido material grafotécnico para comprovar que eles não subscreveram quaisquer dos papeis apreendidos na residência e imputados ao corréu, fls. 76/92, mesmo assim foram decretadas suas prisões preventivas e que tais prisões são ilegais, tendo em vista que não foi apresentada nenhuma prova nova, que no presente caso seria obrigatório, motivo pelo qual requer a concessão da liminar com imediata expedição de contramandado de prisão e no mérito requer concessão definitiva da ordem para reconhecer a ilegalidade da prisão processual e da própria ação penal para que possam aguardar em liberdade até o final do julgamento do ***Writ*** (fls. 01/04).

Indeferida a liminar (fls. 320/322), vieram aos autos as informações acompanhadas de documentos que as instruem (fls. 325/432), após, o parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça pela denegação da ordem (fls. 434/440).

É o relatório.

Com base nas informações constantes nos autos, na tipificação legal, na informação do Juízo de 1º grau e na manifestação da Procuradoria-Geral de Justiça, tem-se que os pacientes estão sendo processados pela prática de crime de tráfico de drogas (artigo 35, "*caput*" da Lei 11.343/06).

Consta das informações prestadas pela Autoridade coatora que na residência situada na rua Frei Mateus de Assunção, 119, Parque São Rafael, na Cidade de São Paulo e em outros locais não determinados, os pacientes se

Acesso ao Sumário

associavam entre si e com o corréu Douglas e outros indivíduos não identificados com o fim de praticar, reiteradamente ou não, de maneia estável e organizada crimes de tráfico de drogas. Extrai-se que foi determinada interceptação telefônica durante as investigações realizadas pela polícia civil no inquérito policial nº 0094/2015, cuja distribuição foi para a 1ª Vara Criminal de Santo André, ocasião em que constatou a existência de uma associação voltada para a prática do crime de tráfico de drogas na região.

Extrai dos autos que Camila e Jair gerenciavam os pontos de venda de entorpecentes e realizavam a contabilidade do negócio. Infere que durante a interceptação telefônica descobriu que Arthur, vulgo "Biruta", um dos alvos da investigação, e Douglas, companheiro de Camila, mantinham contatos por meio do telefone (...). Consta, ainda, que após recebimento da denúncia que ocorreu em 02 de outubro de 2015 os pacientes tiveram suas prisões preventivas decretadas, mas, não foram localizados para citação pessoal e os autos estão aguardando decurso do prazo da citação por edital (fls. 325/432).

Verifica-se, portanto, que a r. decisão que converteu a prisão em flagrante, ao contrário do que sustenta a impetrante, está bem fundamentada, e traz a baila questões significantes e argumentos concretamente relacionados com a situação em análise, não havendo que se falar em vício em sua fundamentação, e tampouco procede o argumento de que a manutenção das prisões cautelares não encontra nenhum amparo legal.

O crime de tráfico de entorpecentes é gravíssimo, uma vez que traz grande preocupação e prejuízo à sociedade, destruindo lares e subjugando a juventude, motivo pelo qual é equiparado a hediondo e, apesar de atualmente ser permitida a liberdade provisória, em casos excepcionais, mediante a análise de cada caso concreto, entende-se que na hipótese dos autos não estão presentes os requisitos para tal.

Além disso, vê-se que a gravidade da conduta não reside unicamente no tipo penal, mas também nas circunstâncias específicas do caso.

Assim, a imposição da custódia cautelar é recomendada não somente pela gravidade dos fatos, mas também pela garantia da ordem pública, para conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal.

Acrescente-se que, eventuais circunstâncias pessoais dos pacientes acabam por se tornar insignificantes em face da gravidade do delito e suas consequências e no caso em tela os pacientes mostram desinteresse em colaborar com o bom andamento do feito, vez que não foram encontrados para a devida citação pessoal.

Aliás, esse é o entendimento majoritário do E. Superior Tribunal de Justiça:

*"***HABEAS CORPUS**. *TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM*

Acesso ao Sumário

FLAGRANTE. NULIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. LIBERDADE PROVISÓRIA NEGADA. DECISÃO FUNDAMENTADA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. **WRIT** *PARCIALMENTE CONHECIDO E DENEGADO.*

(...) 3. As condições pessoais favoráveis do paciente não têm o condão de, por si sós, inviabilizar a decretação da segregação antecipada, existindo nos autos outros elementos capazes de autorizar a adoção da providência extrema (HC nº 81178/SP, Rel. Min. Paulo Gallotti, 6ª T, j. 01/04/2008)".

Portanto, a ação penal deve prosseguir em face da presença dos requisitos autorizadores da prisão preventiva, inexistindo constrangimento ilegal a ser sanado pela estreita via do *mandamus*.

Ante do exposto, **DENEGA-SE** a presente ordem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus nº 2000799-53.2016.8.26.0000, da Comarca de Santana de Parnaíba, em que é paciente J.T.S.N. e Impetrante CAMILA MARIA DA SILVA MOREIRA.

ACORDAM, em 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram o *writ* e, de ofício, concederam *habeas corpus* para determinar a oitiva da vítima. V.U. Esteve presente a Advogada Dra. Camila Maria da Silva Moreira.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto n.º 24.379)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores RICARDO TUCUNDUVA (Presidente) e MARCO ANTONIO MARQUES DA SILVA.

São Paulo, 28 de janeiro de 2016.

JOSÉ RAUL GAVIÃO DE ALMEIDA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Habeas corpus.

Possibilidade de indeferimento liminar pela Turma Julgadora – Interpretação a que conduzem o artigo 93, inciso XV da Constituição Federal, o artigo 663 do Código de Processo Penal e o artigo 248 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Fundamentação sucinta que não se confunde com falta de motivação.

Crime grave (concretamente considerado) que

justifica a prisão processual – A periculosidade é causa para a decretação da custódia provisória.

A vítima deve ser ouvida no processo penal, em especial quando só ela presenciou o crime.

***Writ* denegado e, de ofício, concede-se *habeas corpus* para determinar a oitiva da vítima.**

VOTO

Vistos.

I – A dedicada advogada Camila Maria da Silva Moreira impetrou *habeas corpus* com escopo de revogar a prisão processual de J.T.S.N., preso em flagrante em 18 de novembro de 2015 como infrator do artigo 217-A do Código Penal.

A impetrante alegou, em apertada síntese, que o paciente é primário, tem residência fixa e ocupação lícita e que a custódia cautelar é desnecessária, razão pela qual a decisão ora impugnada converteu a prisão em flagrante na preventiva com base na só gravidade abstrata do crime.

Relatado.

II – Nos termos do artigo 663 do Código de Processo Penal, cabe o indeferimento *in limine* do *habeas corpus* pelo Presidente do Tribunal. No Estado de São Paulo essa tarefa foi atribuída à Turma Julgadora ("*Artigo 248 – O relator poderá determinar a emenda da petição, remeter o feito ao juízo competente ou propor à Câmara o seu indeferimento; apreciará o pedido liminar e requisitará informações da autoridade impetrada, se for o caso. Ouvido o Ministério Público, se não for o impetrante, os autos serão remetidos a julgamento, independentemente de pauta*" – Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo), em consonância com a Emenda Constitucional nº 45, que inseriu o inciso XV no artigo 93 da Lei Maior determinando a imediata distribuição de todos os feitos ("*a distribuição de processos será imediata, em todos os graus de jurisdição*"). Consequentemente, o filtro inicial do cabimento do *habeas corpus* ficou a cargo da própria Turma Julgadora. Nesse sentido há decisão do Superior Tribunal de Justiça: "*nos habeas corpus de competência originária de Tribunal de Apelação, não cabe o indeferimento liminar da inicial, por decisão isolada do relator, frente o comando estatuído no art. 663 do CPP, que determina que, neste caso, o pedido deverá ser submetido à apreciação do Tribunal, Câmara ou Turma, para que delibere a respeito. Ordem concedida*" (STJ RT 723/533).

A seu turno, o indeferimento liminar do *habeas corpus* é adequado para situação de manifesta improcedência do pedido (Damásio Evangelista de Jesus – Código de Processo Penal Anotado, ed. Saraiva, remissão ao artigo 663), nas hipóteses da "*petição desobservar as regras contidas no artigo 654,*

Acesso ao Sumário

§ 1º, do CPP" (Fernando da Costa Tourinho Filho, Processo Penal, vol. 04, pág. 539, ed. Saraiva, 18ª edição) e quando houver outro fato impeditivo de seu conhecimento. Trata-se de providência que também atende ao princípio de economia processual, cujo alcance não é meramente financeiro.

III – Razão assiste à impetrante ao observar a necessidade de justificativa aprofundada para a prisão processual, pois ela afeta um dos mais importantes direito do homem, a liberdade.

No caso dos autos, não obstante seja sintética a decisão, reflexo a necessidade de objetividade para atender a demanda da vara com grande movimento forense, nela não se identifica o vício da ausência das razões do decidir. Não se deve confundir fundamentação sucinta com falta de motivação, pois assim como a prolixidade não é penhor de fundamentação, concisão não é sinônimo de ausência de motivação.

Mais, a utilização de expressões abertas, fruto da necessidade de dar vazão ao crescente movimento forense, não significa tenha o magistrado decidido genericamente, sem consideração do caso concreto. Ao contrário, a natureza dos argumentos utilizados revela que a decisão levou em conta o caso específico posto para exame. Ademais, é errôneo o entendimento de que o dever de motivação alcança com a mesma intensidade atos judiciais de naturezas distintas e o que supõe necessária a justificação da fundamentação, ou seja, a explicação das razões expostas.

Ainda que assim não fosse, a omissão no primeiro grau de jurisdição não importa na necessária realização de injustiça pela segunda instância, com grave prejuízo à segurança social, nem na opção por trilha burocrática que só serve a tornar morosa a Justiça. Ao contrário, impõe-se suprir a falta e explicitar as razões pelas quais a prisão é adequada à espécie. Esse proceder não configura desatenção à regra da impossibilidade de *reformatio in pejus*, vez que há mera manutenção da decisão, que fez justiça ao caso concreto, explicitando as razões do Tribunal entender acertado o dispositivo nela adotado. Nem há afronta ao duplo grau de jurisdição, cujo significado foi explicitado em julgado desta Câmara: "*Não mais se justifica, no estágio atual de desenvolvimento do direito processual, que o órgão julgador superior e competente para o exame do mérito, após ser regularmente provocado em um processo, deixe de julgar a causa, cuja apreciação não depende de prova, pelo exclusivo amor ao formalismo insculpido na regra, já obsoleta, de que se estaria suprimindo um grau de jurisdição. O duplo grau de jurisdição, nas palavras de Ugo Rocco, é o instrumento "per cui gli organi giurisdizionali, con poteri e limiti, specificamente determinati dal diritto processuali obietivo, possono riesaminare il prodotto dell'attività degli organi giurisdizionale." (Diritto Processuale Civile, vol. I, p. 363). Exaltado como princípio processual-constitucional na Revolução Francesa (Chiovenda, Instituições de Direito Processual Civil, vol. II, p. 139), foi previsto expressamente no artigo 158 da Constituição do Império (1824). Hoje, contudo,*

sem olvidar a importância desse princípio, que na doutrina de José Frederico Marques não só constitui fator de maior segurança na aplicação da lei como possui ação catalítica e preventiva, porquanto conduz a um maior cuidado na tarefa julgadora (Instituições de Direito Processual Civil, vol. IV, p. 19/20), não mais se lhe deve atribuir contornos constitucionais. Some-se que, cada vez mais, os meios técnicos para garantir a segurança do julgado (a exatidão da aplicação concreta da norma) são permeados por preocupações com a celeridade. O crescer da conscientização de que nem sempre a correta, porém tarda solução faz justiça, conduz à compreensão do duplo grau como possibilidade posta à disposição das partes e, ainda assim, sujeita a restrições. A regra, portanto, é a da faculdade de revisão dos julgados, não a da necessidade dela. Em outras palavras, não se justifica a devolução do processo à primeira instância para a prolação de nova sentença, que posteriormente retornará a esta Corte para confirmação ou reforma, se o processo está em grado de receber de pronto a decisão da instância superior. O princípio do duplo grau de jurisdição não tem por escopo condicionar o julgamento de mérito ao prévio exame em primeiro grau. Esse pré-questionamento serve à regra de competência, à distribuição do serviço para o desafogo das instâncias superiores, que no caso não resta desatendida porque o processo nela já está sendo apreciado." (Apelação Criminal n.º 889.026-3/3).

A possibilidade da indicação das razões que justificam o acerto da opção pela prisão, suprindo a omissão do juízo da instância inferior, atende à moderna visão do processo, que enfatiza seu caráter instrumental. Nessa linha o artigo 515, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil, aplicável ao processo penal por força do artigo 3º do pergaminho instrumental, admite, inclusive, que em recurso de apelação o Tribunal examine o mérito não enfrentado na primeira instância (Habeas Corpus n.º 875.582-3/2).

IV – Na espécie, observe-se inicialmente que há suficiente indício da prática do crime pelo paciente, haja vista que a vítima descreveu o fato criminoso com segurança e imputou-lhe sua prática. E a versão da vítima num primeiro momento sobrepõe-se à negativa do paciente porque, ao ser interrogado, J.T. negou que levara a vítima para sua casa em seu carro, o que foi "desmentido" pela tia da vítima, C.C.B.A., que presenciou a ofendida entrar no carro do paciente.

Eventuais críticas sobre o depoimento da tia C. devem ser objeto de exame durante a instrução processual não, sendo o *writ* adequado para aprofundado exame dos fatos.

A seu turno as peculiaridades do caso concreto revelam periculosidade ensejadora da prisão preventiva. Com efeito, a hipótese da denúncia é de adulto que pratica ato libidinoso com criança de 9 anos de idade, sua vizinha, que costuma brincar com suas filhas e a quem os pais da vítima depositava confiança pelo bom relacionamento que mantinha. Mais, a acusação é no sentido de

Acesso ao Sumário

que a abordagem à ofendida deu-se durante o dia, com convite a criança que brincava na frente da própria casa para que entrasse no carro por ele dirigido. E a confirmar-se que o paciente convidou a vítima para brincar com as filhas, que sabia não estarem presentes, concluiu-se por haver premeditação e um acentuado grau de culpabilidade.

O desequilíbrio de pessoa que age assim com criança amiga revela o risco que correm as demais meninas com quem não há o mesmo respeito e consideração.

Em outras palavras a prisão serve para evitar a reiteração criminosa porque a forma como praticado o crime indica intenso desvio de conduta.

V – Note-se, contudo, que a douta magistrada de 1ª instância, preocupada em evitar a revitimização da criança determinou sua não oitiva. Por isso, concede-se de ofício *writ* para o fim de evitar nulidade que acarreta grande prejuízo à descoberta da verdade e, consequentemente, ao direito de defesa.

O crime imputado ao paciente não teve testemunhas presenciais. Há, contra ele, a só palavra da vítima, que também por isso deve ser ouvida. Aliás, o Código de Processo Penal determina a oitiva do ofendido.

Não se nega a possibilidade de a oitiva realizar-se por intermédio de profissional habilitado a evitar a revitimização, mas isso deve ocorrer com a presidência do juízo (a quem incumbe a conclusão sobre a ocorrência dos fatos narrados na denúncia) e a participação das partes (mesmo dissimuladamente).

Em outras palavras, pode o magistrado alterar a forma de oitiva da vítima para poupá-la, não porém deixar de ouvi-la na presença das partes.

Ante o exposto, o voto é no sentido de que se denegue o *writ* quanto à pretensão liberatória e que de ofício conceda-se *habeas corpus* para afastar a proibição de oitiva da vítima.

Acesso ao Sumário

Mandados de Segurança

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança nº 2234648-66.2015.8.26.0000, da Comarca de Barretos, em que são impetrantes MARCELO JACOMINI DA SILVA e LEONARDO GERMANO, é impetrado MM. JUIZ(A) DE DIREITO DA 1ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE

BARRETOS.

ACORDAM, em 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a segurança. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.575)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME DE SOUZA NUCCI (Presidente) e OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO.

São Paulo, 15 de dezembro de 2015.

NEWTON NEVES, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – Pretensão de correção de erro material contido na sentença condenatória recorrível – Hipótese de não cabimento – Debate de matéria suscetível à apreciação em sede de recurso próprio – Erro incapaz de macular a sentença de nulidade – Ausência de manifesta ilegalidade ou abuso de poder, atual ou iminente, a ser reparado por Mandado de Segurança – Segurança denegada.

VOTO

Cuida-se de Mandado de Segurança impetrado por MARCELO JACOMINI DA SILVA e LEONARDO GERMANO contra ato do Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Barretos, proferido nos autos da ação penal nº 0002501-98.2015.8.26.0066, que indeferiu processamento dos embargos declaratórios interpostos sob o fundamento de serem eles intempestivos.

Aduz que os impetrantes foram condenados no dia 17.07.2015 ao cumprimento da pena corporal de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão em regime semiaberto, mais o pagamento de 13 (treze) dias-multa, restando consignado na decisão condenatória, na fundamentação que o delito foi cometido com emprego de "arma branca" e na parte dispositiva que fora cometido com emprego de "arma de fogo". Sustenta que o prazo para apresentação de razões começaria a fluir a partir de 21.07.2015, tendo os autos permanecido em cartório a pedido da autoridade coatora para serem regularizados, o que impossibilitou a apresentação de embargos de declaração com o intuito de correção de erro material existente na citada decisão.

Sustenta ser equivocada a decisão posto que ainda que esgotada a jurisdição com a prolação da r. sentença, não fica inviabilizada a correção de erro material existente independentemente da oposição de embargos declaratórios, o que pode ser feito, inclusive, de ofício.

Acesso ao Sumário

Alega, ainda, que não houve intuito de procrastinar o feito, vez que no recurso de apelação interposto foi apontado, em preliminar das razões recursais, o equívoco e que por não haver pedido de absolvição, o acolhimento de qualquer dos argumentos lá aduzidos não terá o condão de corrigir o erro apontado.

Pleiteia a concessão da segurança determinando à autoridade coatora de que examine e corrija o erro material existente na decisão condenatória.

A liminar foi indeferida (fls. 38/39).

As informações foram prestadas (fls. 44/46).

A douta Procuradoria Geral de Justiça ofereceu parecer pela denegação do ***mandamus*** (fls. 48/49).

É o relatório.

Em que pese a combatividade do d. advogado, respeitados doutos entendimentos em sentido contrário, não merece concessão a segurança.

É sabido que serve o Mandado de Segurança para proteger direito líquido e certo contra ato de autoridade, praticado com ilegalidade ou abuso de poder, que cause ao impetrante violação atual ou potencial de direito.

Da atenta leitura dos autos, verifica-se que se insurgiu o impetrante contra erro material contido na sentença.

Dos documentos acostados aos autos e das informações prestadas pelo juízo de origem, tem-se que foram os impetrantes condenados, por sentença de fls. 09/12, restando consignado no termo que o prazo para apresentação de razões se iniciaria a contar de 21.07.2015, após a transcrição da fita de estenotipia.

No dia 28.07.2015 Leonardo apresentou suas razões de apelação e em preliminar apontou a ocorrência de erro material na sentença (fl. 118), quando deveria tê-lo feito por embargos de declaração.

Depois disso, aos 22.10.2015, opôs ao juízo embargos de declaração, questionando a não apreciação do pedido contido na preliminar de razões de apelação (fls. 34/35).

O d. magistrado sentenciante, com razão, entendeu que se opostos contra a sentença condenatória, seriam intempestivos, posto que protocolados somente em outubro e se em relação ao despacho que determinou a subida dos autos ao Tribunal de Justiça, não seriam oponíveis embargos, pois desprovida de conteúdo decisório (fl. 36).

Ora, é sabido que a pretendida correção deveria ter sido objeto de embargos de declaração, sendo que no particular caso em comento, ao que se depreende da leitura do termo de audiência de instrução, debates e julgamento, tal prazo fluiria a partir do dia 21.07.2015. Fato é que, superado o prazo para oposição dos embargos, optou o nobre defensor por questionar erro material contido na sentença em preliminar de apelação.

E da análise do assinalado erro material, verifica-se ser ele incapaz de macular a r. sentença de nulidade, ou de causar danos irreparáveis ao sentenciado.

E ainda, interposta a apelação e apresentadas as razões recursais, esgotada está a jurisdição do juízo de primeiro grau, cabendo ao Tribunal as alterações que se fizerem necessárias na sentença.

Por fim, ressalta-se que não se concede mandado de segurança quando se tratar de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo (art. 5º, inciso II, da Lei 12.016/09), como no caso, em que se encontra pendente de julgamento recurso de apelação (art. 597 do CPP).

Deste modo, resta ao impetrante aguardar a apreciação da apelação pelo E. Tribunal de Justiça e correção de eventual erro material ali contido.

E não sendo hipótese de mandado de segurança, tampouco há que ser recebido como *habeas corpus*, que tem seu cabimento "*sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar*".

Assim, não merece ser concedida a segurança, já que além de ausente abuso de poder ou ilegalidade na decisão atacada não se encontra entre as hipóteses de cabimento.

Do exposto, denega-se a segurança.

É como voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança nº 2001681-15.2016.8.26.0000, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que é impetrante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é impetrado MM. JUIZ(A) DE DIREITO DA 1ª VARA CRIMINAL DO FORO DE MOGI DAS CRUZES.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Concederam a segurança. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.597)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores IVAN SARTORI (Presidente), CAMILO LÉLLIS e EDISON BRANDÃO.

São Paulo, 26 de janeiro de 2016.

IVAN SARTORI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Mandado de segurança ministerial –

Indeferimento de prisão preventiva – Lei Maria da Penha – Impetração com vistas a efeito suspensivo ativo a recurso em sentido estrito – Pretensão que se acolhe – Precedentes – Segurança concedida, ratificada a liminar.

VOTO

Cuida-se de mandado de segurança ministerial, com pedido de liminar, contra ato do MM. Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal de Mogi das Cruzes, que indeferiu pedido de prisão preventiva do acionado MAXIMILIANO PIRES, em face do descumprimento de medida protetiva da Lei Maria da Penha, ao argumento de que insuficiente a palavra da ofendida, a par de desproporcional a constrição da liberdade, diante do preceito secundário do tipo penal incriminador.

Sustenta o ilustre promotor de justiça que a prisão preventiva é medida que se impõe, quer porque a palavra da vítima tem especial relevância, quer porque o recorrido ostenta apontamentos criminais, além de condenações por tráfico de drogas, estelionato e uso de documento falso. Assevera, ainda, que a hipótese de descumprimento de medidas protetivas de urgência da Lei nº 11.340/06 deve acarretar a providência extrema, a fim de dar efetividade àquelas, evitando-se o desprezo pela decisão judicial. Diz que do decisório que indeferiu a preventiva foi interposto recurso em sentido estrito. Pede efeito suspensivo ativo ao reclamo.

Deferida a liminar (fls. 90/1), dispensaram-se os informes.

A douta Procuradoria Geral de Justiça é pela concessão da segurança (fls. 96/9).

Esse o relatório.

Colhe-se dos autos que Maximiliano teria descumprido medidas protetivas de urgência da Lei nº 11.340/2006, ao ameaçar Renata Aparecida de Oliveira, sua companheira, o que a motivar o pedido ministerial de sua prisão.

O douto magistrado indeferiu a segregação cautelar nos seguintes termos *"(...) Nos autos se encontra a palavra da vítima que, embora no mais das vezes seja relevante, tem maior importância quando os crimes se dão na clandestinidade. Relatam os autos que o último comportamento reprovável que se pretende seja justificador da medida de ultima ratio -prisão-, se teria dado de forma aberta, inclusive com intervenção de vizinhos. Não há individualização de testemunhas ou outras providências da autoridade policial para trazer aos autos a mínima segurança para a drástica providência que pretende. Trata-se de alegada desobediência que, por si só, é de duvidosa tipicidade penal, notados os conhecidos argumentos na existência de cominação de sanção específica para o descumprimento. (...) Ocorre que o crime de que se cuida,*

Acesso ao Sumário

ameaça, encerra preceito sancionador com alternatividade pecuniária – lembre-se, que não se confunde com substituição vedada – e a privativa da liberdade traz a modalidade de detenção como a única possível. O "caput" do art. 33 do Código Penal veda para os crimes de detenção o regime fechado e a quantidade da pena possível no caso de eventual condenação também revela a absoluta desproporcionalidade – a Constituição alçou como princípio a proporcionalidade – das medidas constritivas que se pretende, nada obstante o disposto no art. 313, III, do Código de Processo Penal, reservado para hipóteses distantes da que se apresentam nestes autos. Por ausente justa causa, e por absolutamente desproporcional, indefiro a prisão preventiva pretendida." (fl. 84/5).

Da rejeição, foi interposto recurso em sentido estrito, para o qual se pretende efeito suspensivo ativo, como relatado.

O pleito encontra amparo no art. 20 da Lei 11.340/06, achando-se concretamente fundamentado.

Realmente, num primeiro exame, há prova da existência de crime sério (ameaça cometida em contexto de violência doméstica) e indícios suficientes da autoria.

Além do que, houve, em princípio, desobediência a medida protetiva concedida ao azo do indiciamento de Maximiliano por lesão corporal contra a companheira, cuja incolumidade estaria em risco.

Some-se a isso, possível represália à ofendida, a ponto de comprometer até mesmo a instrução.

Nesse contexto, presentes urgência, irreparabilidade de dano a bem indisponível, possível prejuízo à prova e, por conseguinte, direito líquido e certo da coletividade, aqui representada pelo impetrante.

Nesses casos, possível, segundo a jurisprudência desta Corte, a concessão de efeito suspensivo a recurso que não o possui:

> *"MANDADO DE SEGURANÇA – Impetrado pelo Ministério Público pleiteando efeito suspensivo ao recurso em sentido estrito interposto contra decisão do juízo monocrático que deferiu pedido de liberdade provisória vinculada ao recolhimento de fiança no valor de um salário mínimo, embora presentes os pressupostos do artigo 312 do CPP – ADMISSIBILIDADE – Presentes os requisitos ensejadores da custódia cautelar do paciente, nos termos do art. 312, do CPP – 'Periculum Libertatis' – Preso em flagrante em cinco oportunidades pela prática de furto e receptações de veículos automotores – Descumprimento de medidas cautelares anteriormente impostas – Garantia da ordem pública. Precedentes do STJ. Segurança concedida."* (Mandado de Segurança nº 2220404-35.2015.8.26.0000, 12ª Câmara Criminal, rel. Des. Paulo

Acesso ao Sumário

Rossi, j. 16.12.2015); *"MANDADO DE SEGURANÇA – EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO EM SENTIDO ESTRITO TIRADO CONTRA DECISÃO QUE DEFERIMENTO DE LIBERDADE PROVISÓRIA – PRISÃO CAUTELAR – PRESENTES OS REQUISITOS LEGAIS AUTORIZADORES DA CAUTELA EXTREMA, NOTADAMENTE A NÃO LOCALIZAÇÃO DO RÉU NO ENDEREÇO INFORMADO AO JUÍZO IMPETRADO – SEGURANÇA CONCEDIDA."* (Mandado de Segurança nº 2188893-19.2015.8.26.0000, 9ª Câmara Criminal, rel. Amaro Thomé, j. 10.12.2015);

"Mandado de Segurança – Impetração buscando dar efeito suspensivo a Recurso em Sentido Estrito interposto contra decisão que concede liberdade provisória a réu acusado de homicídio – Periculosidade demonstrada – Necessidade da prisão preventiva já afirmada por esta Câmara em julgamento de habeas corpus impetrado pelo réu – Razão suficiente para conferir o pleiteado efeito suspensivo, mantendo-se a prisão – Segurança concedida." (Mandado de Segurança nº 2151238-13.2015.8.26.0000, 9ª Câmara Criminal, rel. Souza Nery, j. 05.11.2015);

"MANDADO DE SEGURANÇA. Crime de roubo duplamente majorado. Pedido de efeito suspensivo ao recurso em sentido estrito. Possibilidade. Embora o recurso em sentido estrito tenha apenas efeito devolutivo, no presente caso mostram-se presentes o fumus boni iuris e o periculum in mora diante da evidência de participação do acusado em delito que envolve violência ou grave ameaça à pessoa, e do potencial risco decorrente de sua soltura, visto que posto em liberdade poderá voltar a praticar os mesmos crimes, bem como alto risco de evasão. Segurança concedida." (Mandado de Segurança nº 2178547-09.2015.8.26.0000, 15ª Câmara Criminal, rel. Camargo Aranha Filho, j. 29.10.2015);

"MANDADO DE SEGURANÇA – TRÁFICO DE DROGAS E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA – Decisão que concedeu liberdade provisória ao acusado – Mandamus impetrado pelo Ministério Público pretendendo atribuir efeito suspensivo a Recurso em Sentido estrito interposto contra referida decisão – Cabimento – Medida que, não deferida, acarretaria em ato irreparável ou de difícil reparação – Necessidade de se afastar a possibilidade de imprestabilidade do Recurso em Sentido Estrito – Pressupostos e requisitos da segregação cautelar que saltam aos olhos – Necessidade de se garantir a ordem pública, aqui profundamente abalada pela posse de vastíssima quantidade de drogas, de diversas espécies, além de posse de arma e objetos que indicam incursão na espúria mercancia – Precedente desta Câmara. Segurança concedida, com determinação." (Mandado de Segurança nº 2148007-75.2015.8.26.0000, 4ª Câmara Criminal, rel.

Acesso ao Sumário

Camilo Lellis, j. 20.10.2015).

Concede-se, pois, a segurança rogada, ratificada a liminar.

Recursos em Sentido Estrito

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Em Sentido Estrito nº 0008043-75.2014.8.26.0408, da Comarca de Ourinhos, em que é recorrente MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é recorrido GILSON ANTUNES DE CARVALHO.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeito a preliminar e deram provimento ao recurso ministerial para receber a denúncia oferecida contra o acusado Gilson Antunes de Carvalho, dando-o como incurso nas sanções do artigo 129, § 9º do Código Penal. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.151)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente), ROBERTO SOLIMENE e AMARO THOMÉ.

São Paulo, 3 de dezembro de 2015.

SÉRGIO COELHO, Relator

Ementa: Recurso em sentido estrito. Lesão corporal, em contexto de violência doméstica. Denúncia rejeitada por falta de justa causa, considerada a manifestação da vítima colhida em audiência como renúncia ao direito de representar. Inadmissibilidade. Natureza pública incondicionada da ação penal nos casos de lesão corporal praticada contra mulher no âmbito das relações domésticas. Aplicação do efeito vinculante do julgamento da ADI nº 4424 pelo Supremo Tribunal Federal. Provimento do recurso ministerial para receber a denúncia oferecida contra o recorrido.

Acesso ao Sumário

VOTO

O representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Gilson Antunes de Carvalho, dando-o como incurso nas sanções do artigo 129, § 9º do Código Penal c.c. com as disposições Lei nº 11.340/06, pelos fatos praticados em contexto de violência doméstica contra sua esposa *Letícia Fernanda Vieira.*

Relata a exordial acusatória que no dia 12 de outubro de 2014, por volta das 17h26min, na Rua Maria José Milani, nº 233, cidade e comarca de Ourinhos, o recorrido chegou embriagado, iniciando-se uma discussão com a vítima. Consta que durante a discussão, o acusado desferiu socos contra a ofendida, a qual, em razão da agressão, sofreu lesões corporais no pescoço, cabeça, rosto e braço direito.

Designada audiência prevista no artigo 16 da Lei 11.340/06 (fl. 56), a MM. Juíza "*a quo*", no entanto, considerando a retratação da vítima quanto ao direito de representação, rejeitou a denúncia, por ausência de justa causa, com fundamento no artigo 395, inciso II do Código de Processo Penal (fls. 62).

Sustentando que a rejeição da denúncia se deu ao arrepio do efeito vinculante da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI nº 4424, o i. Promotor de Justiça pleiteia que a denúncia seja recebida, com o prosseguimento do feito (fls. 64/67).

A decisão foi mantida na fase do juízo de retratação (fl. 68) e o recurso foi processado, com contrarrazões (fls. 81/83).

A douta Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo provimento do recurso ministerial (fls. 89/91).

É, em resumo, o relatório.

O recurso merece ser provido.

Segundo o artigo 395 do CPP, somente se autoriza a rejeição da denúncia, quando for manifestamente inepta, faltar pressuposto processual ou condições para o exercício da ação penal, ou ainda por falta de justa causa.

O caso ora sob exame, contudo, não se enquadra em nenhuma dessas hipóteses. A denúncia preenche os requisitos do artigo 41 do CPP, descrevendo infração penal, em tese, com todos os seus elementos e circunstâncias, além de se encontrar amparada por elementos de convicção que, teoricamente, lhe conferem viabilidade.

Além disso, não agiu com o costumeiro acerto a MM. Juíza ao rejeitar a denúncia, ao argumento de que a vítima teria se retratado do direito de representação (fl. 62).

Ora, a representação da vítima nos casos que envolvam lesão corporal leve em situação de violência doméstica não configura condição de procedibilidade da ação penal e, bem por isso, a denúncia não poderia ter sido rejeitada.

De fato, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4424, em 09 de fevereiro de 2012, assentou a natureza pública incondicionada da ação penal nos casos de lesão corporal praticada contra mulher no âmbito das relações domésticas. Realmente, em 09 de fevereiro de 2012, o Pretório Excelso julgou conjuntamente as Ações Declaratória de Constitucionalidade n° 19 e Direta de Inconstitucionalidade n° 4424, ocasião em que, por maioria de votos, reconheceu a constitucionalidade da Lei Maria da Penha que afastou a aplicação da Lei n° 9.099/95 para os casos de violência doméstica, e conferiu a natureza de ação penal pública incondicionada para os crimes de lesão corporal leve e culposa.

Anote-se que tal decisão evidencia a desnecessidade de representação da vítima ou mesmo de designação de audiência para sua manifestação quanto ao prosseguimento da ação penal e, outrossim, ostenta eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, tal como previsto no artigo 102, § 2º da Constituição Federal, não mais se permitindo qualquer interpretação diversa a respeito.

A respeito, confira-se os seguintes precedentes deste Eg. Tribunal Bandeirante:

"LESÃO CORPORAL. Lei Maria da Penha - Rejeição da denúncia, nos termos do art. 397, incs. I e IV, do Cód. de Processo Penal. Prova da materialidade e indícios suficientes de autoria Dispensável a representação da vítima, pois se trata de ação penal incondicionada. Irrelevante a reconciliação do casal, porque a mesma não elide a responsabilidade penal. A integridade corporal da pessoa lesada é bem jurídico de extrema relevância, não podendo o seu agressor ficar impune - Denúncia que descreve a conduta do acusado, expondo o fato de forma clara e objetiva. Apresentação de todos os elementos essenciais e circunstanciais necessários para o exercício do direito de defesa - Recurso ao qual se dá provimento." (RESE nº 0010550-88.2013.8.26.0005, Rel. Des. Roberto Solimene, j. 03/11/2014).

"RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - Lesões corporais (artigo 129, §9, do CP) - Pleito ministerial de reforma da decisão que rejeitou a denúncia ofertada em face do acusado, em razão da desistência da vítima, sua namorada, de vê-lo processado - Acolhimento - Crime que, por envolver violência doméstica, é de ação penal pública incondicionada, consoante pacificado pelo Supremo Tribunal Federal em ação direta de inconstitucionalidade. RECURSO PROVIDO." (RESE nº 0009333-34.2014.8.26.0309, Rel. Des. Cesar Mecchi Morales, j. 25/10/2014).

"RESE - Não recebimento da denúncia - Violência Doméstica - Lesão Corporal - Ação penal pública incondicionada, não se podendo falar em retratação - ADI 4424/12 que tem efeito vinculante e erga omnes - Decisão anulada - Denúncia recebida diante da comprovada materialidade e

Acesso ao Sumário

indícios suficientes de autoria - RECURSO PROVIDO." (RESE nº 0028771-56.2012.8.26.0005, Rel. Des. Ruy Alberto Leme Cavalheiro, j. 30/09/2014).

Em suma, verifica-se, na hipótese, a existência de conduta típica, bem descrita na peça acusatória, que, como já acentuado, contém a exposição pormenorizada dos fatos, colhendo-se do caderno investigatório elementos indiciários suficientes para embasá-la, sendo inevitável a cassação da decisão hostilizada, não havendo que se falar em falta de condições para o exercício da ação penal. Assim, mostrando-se plausível a acusação deduzida em desfavor do recorrido, e tendo em vista o disposto na Súmula 709 do STF, impõe-se o recebimento da denúncia ofertada pelo nobre representante ministerial, devendo o feito seguir os seus trâmites normais.

Ante o exposto, rejeito a preliminar e dou provimento ao recurso ministerial para receber a denúncia oferecida contra o acusado Gilson Antunes de Carvalho, dando-o como incurso nas sanções do artigo 129, § 9º do Código Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança nº 2234648-66.2015.8.26.0000, da Comarca de Barretos, em que são impetrantes MARCELO JACOMINI DA SILVA e LEONARDO GERMANO, é impetrado MM. JUIZ(A) DE DIREITO DA 1ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE BARRETOS.

ACORDAM, em 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a segurança. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.575)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME DE SOUZA NUCCI (Presidente) e OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO.

São Paulo, 15 de dezembro de 2015.

NEWTON NEVES, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – Pretensão de correção de erro material contido na sentença condenatória recorrível – Hipótese de não cabimento – Debate de matéria suscetível à apreciação em sede de recurso próprio – Erro incapaz de macular a sentença de nulidade – Ausência de manifesta ilegalidade ou

Acesso ao Sumário

abuso de poder, atual ou iminente, a ser reparado por Mandado de Segurança – Segurança denegada.

VOTO

Cuida-se de Mandado de Segurança impetrado por MARCELO JACOMINI DA SILVA e LEONARDO GERMANO contra ato do Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Barretos, proferido nos autos da ação penal nº 0002501-98.2015.8.26.0066, que indeferiu processamento dos embargos declaratórios interpostos sob o fundamento de serem eles intempestivos.

Aduz que os impetrantes foram condenados no dia 17.07.2015 ao cumprimento da pena corporal de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão em regime semiaberto, mais o pagamento de 13 (treze) dias-multa, restando consignado na decisão condenatória, na fundamentação que o delito foi cometido com emprego de "arma branca" e na parte dispositiva que fora cometido com emprego de "arma de fogo". Sustenta que o prazo para apresentação de razões começaria a fluir a partir de 21.07.2015, tendo os autos permanecido em cartório a pedido da autoridade coatora para serem regularizados, o que impossibilitou a apresentação de embargos de declaração com o intuito de correção de erro material existente na citada decisão.

Sustenta ser equivocada a decisão posto que ainda que esgotada a jurisdição com a prolação da r. sentença, não fica inviabilizada a correção de erro material existente independentemente da oposição de embargos declaratórios, o que pode ser feito, inclusive, de ofício.

Alega, ainda, que não houve intuito de procrastinar o feito, vez que no recurso de apelação interposto foi apontado, em preliminar das razões recursais, o equívoco e que por não haver pedido de absolvição, o acolhimento de qualquer dos argumentos lá aduzidos não terá o condão de corrigir o erro apontado.

Pleiteia a concessão da segurança determinando à autoridade coatora de que examine e corrija o erro material existente na decisão condenatória.

A liminar foi indeferida (fls. 38/39).

As informações foram prestadas (fls. 44/46).

A douta Procuradoria Geral de Justiça ofereceu parecer pela denegação do ***mandamus*** (fls. 48/49).

É o relatório.

Em que pese a combatividade do d. advogado, respeitados doutos entendimentos em sentido contrário, não merece concessão a segurança.

É sabido que serve o Mandado de Segurança para proteger direito líquido e certo contra ato de autoridade, praticado com ilegalidade ou abuso de poder, que cause ao impetrante violação atual ou potencial de direito.

Acesso ao Sumário

Da atenta leitura dos autos, verifica-se que se insurgiu o impetrante contra erro material contido na sentença.

Dos documentos acostados aos autos e das informações prestadas pelo juízo de origem, tem-se que foram os impetrantes condenados, por sentença de fls. 09/12, restando consignado no termo que o prazo para apresentação de razões se iniciaria a contar de 21.07.2015, após a transcrição da fita de estenotipia.

No dia 28.07.2015 Leonardo apresentou suas razões de apelação e em preliminar apontou a ocorrência de erro material na sentença (fl. 118), quando deveria tê-lo feito por embargos de declaração.

Depois disso, aos 22.10.2015, opôs ao juízo embargos de declaração, questionando a não apreciação do pedido contido na preliminar de razões de apelação (fls. 34/35).

O d. magistrado sentenciante, com razão, entendeu que se opostos contra a sentença condenatória, seriam intempestivos, posto que protocolados somente em outubro e se em relação ao despacho que determinou a subida dos autos ao Tribunal de Justiça, não seriam oponíveis embargos, pois desprovida de conteúdo decisório (fl. 36).

Ora, é sabido que a pretendida correção deveria ter sido objeto de embargos de declaração, sendo que no particular caso em comento, ao que se depreende da leitura do termo de audiência de instrução, debates e julgamento, tal prazo fluiria a partir do dia 21.07.2015. Fato é que, superado o prazo para oposição dos embargos, optou o nobre defensor por questionar erro material contido na sentença em preliminar de apelação.

E da análise do assinalado erro material, verifica-se ser ele incapaz de macular a r. sentença de nulidade, ou de causar danos irreparáveis ao sentenciado.

E ainda, interposta a apelação e apresentadas as razões recursais, esgotada está a jurisdição do juízo de primeiro grau, cabendo ao Tribunal as alterações que se fizerem necessárias na sentença.

Por fim, ressalta-se que não se concede mandado de segurança quando se tratar de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo (art. 5º, inciso II, da Lei 12.016/09), como no caso, em que se encontra pendente de julgamento recurso de apelação (art. 597 do CPP).

Acesso ao Sumário

Deste modo, resta ao impetrante aguardar a apreciação da apelação pelo E. Tribunal de Justiça e correção de eventual erro material ali contido.

E não sendo hipótese de mandado de segurança, tampouco há que ser recebido como *habeas corpus*, que tem seu cabimento "*sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar*".

Assim, não merece ser concedida a segurança, já que além de ausente

abuso de poder ou ilegalidade na decisão atacada não se encontra entre as hipóteses de cabimento.

Do exposto, denega-se a segurança.

É como voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança nº 2001681-15.2016.8.26.0000, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que é impetrante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é impetrado MM. JUIZ(A) DE DIREITO DA 1ª VARA CRIMINAL DO FORO DE MOGI DAS CRUZES.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Concederam a segurança. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.597)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores IVAN SARTORI (Presidente), CAMILO LÉLLIS e EDISON BRANDÃO.

São Paulo, 26 de janeiro de 2016.

IVAN SARTORI, Relator

Ementa: Mandado de segurança ministerial – Indeferimento de prisão preventiva – Lei Maria da Penha – Impetração com vistas a efeito suspensivo ativo a recurso em sentido estrito – Pretensão que se acolhe – Precedentes – Segurança concedida, ratificada a liminar.

VOTO

Cuida-se de mandado de segurança ministerial, com pedido de liminar, contra ato do MM. Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal de Mogi das Cruzes, que indeferiu pedido de prisão preventiva do acionado MAXIMILIANO PIRES, em face do descumprimento de medida protetiva da Lei Maria da Penha, ao argumento de que insuficiente a palavra da ofendida, a par de desproporcional a constrição da liberdade, diante do preceito secundário do tipo penal incriminador.

Sustenta o ilustre promotor de justiça que a prisão preventiva é medida que se impõe, quer porque a palavra da vítima tem especial relevância, quer porque o recorrido ostenta apontamentos criminais, além de condenações por tráfico de drogas, estelionato e uso de documento falso. Assevera, ainda, que

Acesso ao Sumário

a hipótese de descumprimento de medidas protetivas de urgência da Lei nº 11.340/06 deve acarretar a providência extrema, a fim de dar efetividade àquelas, evitando-se o desprezo pela decisão judicial. Diz que do decisório que indeferiu a preventiva foi interposto recurso em sentido estrito. Pede efeito suspensivo ativo ao reclamo.

Deferida a liminar (fls. 90/1), dispensaram-se os informes.

A douta Procuradoria Geral de Justiça é pela concessão da segurança (fls. 96/9).

Esse o relatório.

Colhe-se dos autos que Maximiliano teria descumprido medidas protetivas de urgência da Lei nº 11.340/2006, ao ameaçar Renata Aparecida de Oliveira, sua companheira, o que a motivar o pedido ministerial de sua prisão.

O douto magistrado indeferiu a segregação cautelar nos seguintes termos *"(...) Nos autos se encontra a palavra da vítima que, embora no mais das vezes seja relevante, tem maior importância quando os crimes se dão na clandestinidade. Relatam os autos que o último comportamento reprovável que se pretende seja justificador da medida de ultima ratio -prisão-, se teria dado de forma aberta, inclusive com intervenção de vizinhos. Não há individualização de testemunhas ou outras providências da autoridade policial para trazer aos autos a mínima segurança para a drástica providência que pretende. Trata-se de alegada desobediência que, por si só, é de duvidosa tipicidade penal, notados os conhecidos argumentos na existência de cominação de sanção específica para o descumprimento. (...) Ocorre que o crime de que se cuida, ameaça, encerra preceito sancionador com alternatividade pecuniária – lembre-se, que não se confunde com substituição vedada – e a privativa da liberdade traz a modalidade de detenção como a única possível. O "caput" do art. 33 do Código Penal veda para os crimes de detenção o regime fechado e a quantidade da pena possível no caso de eventual condenação também revela a absoluta desproporcionalidade – a Constituição alçou como princípio a proporcionalidade – das medidas constritivas que se pretende, nada obstante o disposto no art. 313, III, do Código de Processo Penal, reservado para hipóteses distantes da que se apresentam nestes autos. Por ausente justa causa, e por absolutamente desproporcional, indefiro a prisão preventiva pretendida.*" (fl. 84/5).

Da rejeição, foi interposto recurso em sentido estrito, para o qual se pretende efeito suspensivo ativo, como relatado.

O pleito encontra amparo no art. 20 da Lei 11.340/06, achando-se concretamente fundamentado.

Realmente, num primeiro exame, há prova da existência de crime sério (ameaça cometida em contexto de violência doméstica) e indícios suficientes da

Acesso ao Sumário

autoria.

Além do que, houve, em princípio, desobediência a medida protetiva concedida ao azo do indiciamento de Maximiliano por lesão corporal contra a companheira, cuja incolumidade estaria em risco.

Some-se a isso, possível represália à ofendida, a ponto de comprometer até mesmo a instrução.

Nesse contexto, presentes urgência, irreparabilidade de dano a bem indisponível, possível prejuízo à prova e, por conseguinte, direito líquido e certo da coletividade, aqui representada pelo impetrante.

Nesses casos, possível, segundo a jurisprudência desta Corte, a concessão de efeito suspensivo a recurso que não o possui:

> *"MANDADO DE SEGURANÇA – Impetrado pelo Ministério Público pleiteando efeito suspensivo ao recurso em sentido estrito interposto contra decisão do juízo monocrático que deferiu pedido de liberdade provisória vinculada ao recolhimento de fiança no valor de um salário mínimo, embora presentes os pressupostos do artigo 312 do CPP – ADMISSIBILIDADE – Presentes os requisitos ensejadores da custódia cautelar do paciente, nos termos do art. 312, do CPP – 'Periculum Libertatis' – Preso em flagrante em cinco oportunidades pela prática de furto e receptações de veículos automotores – Descumprimento de medidas cautelares anteriormente impostas – Garantia da ordem pública. Precedentes do STJ. Segurança concedida."* (Mandado de Segurança nº 2220404-35.2015.8.26.0000, 12ª Câmara Criminal, rel. Des. Paulo Rossi, j. 16.12.2015); *"MANDADO DE SEGURANÇA – EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO EM SENTIDO ESTRITO TIRADO CONTRA DECISÃO QUE DEFERIMENTO DE LIBERDADE PROVISÓRIA – PRISÃO CAUTELAR – PRESENTES OS REQUISITOS LEGAIS AUTORIZADORES DA CAUTELA EXTREMA, NOTADAMENTE A NÃO LOCALIZAÇÃO DO RÉU NO ENDEREÇO INFORMADO AO JUÍZO IMPETRADO – SEGURANÇA CONCEDIDA."* (Mandado de Segurança nº 2188893-19.2015.8.26.0000, 9ª Câmara Criminal, rel. Amaro Thomé, j. 10.12.2015);
>
> *"Mandado de Segurança – Impetração buscando dar efeito suspensivo a Recurso em Sentido Estrito interposto contra decisão que concede liberdade provisória a réu acusado de homicídio – Periculosidade demonstrada – Necessidade da prisão preventiva já afirmada por esta Câmara em julgamento de habeas corpus impetrado pelo réu – Razão suficiente para conferir o pleiteado efeito suspensivo, mantendo-se a prisão – Segurança concedida."* (Mandado de Segurança nº 2151238-13.2015.8.26.0000, 9ª Câmara Criminal, rel. Souza Nery, j. 05.11.2015);

Acesso ao Sumário

"MANDADO DE SEGURANÇA. Crime de roubo duplamente majorado. Pedido de efeito suspensivo ao recurso em sentido estrito. Possibilidade. Embora o recurso em sentido estrito tenha apenas efeito devolutivo, no presente caso mostram-se presentes o fumus boni iuris e o periculum in mora diante da evidência de participação do acusado em delito que envolve violência ou grave ameaça à pessoa, e do potencial risco decorrente de sua soltura, visto que posto em liberdade poderá voltar a praticar os mesmos crimes, bem como alto risco de evasão. Segurança concedida." (Mandado de Segurança nº 2178547-09.2015.8.26.0000, 15ª Câmara Criminal, rel. Camargo Aranha Filho, j. 29.10.2015);

"MANDADO DE SEGURANÇA – TRÁFICO DE DROGAS E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA – Decisão que concedeu liberdade provisória ao acusado – Mandamus impetrado pelo Ministério Público pretendendo atribuir efeito suspensivo a Recurso em Sentido estrito interposto contra referida decisão – Cabimento – Medida que, não deferida, acarretaria em ato irreparável ou de difícil reparação – Necessidade de se afastar a possibilidade de imprestabilidade do Recurso em Sentido Estrito – Pressupostos e requisitos da segregação cautelar que saltam aos olhos – Necessidade de se garantir a ordem pública, aqui profundamente abalada pela posse de vastíssima quantidade de drogas, de diversas espécies, além de posse de arma e objetos que indicam incursão na espúria mercancia – Precedente desta Câmara. Segurança concedida, com determinação." (Mandado de Segurança nº 2148007-75.2015.8.26.0000, 4ª Câmara Criminal, rel. Camilo Lellis, j. 20.10.2015).

Concede-se, pois, a segurança rogada, ratificada a liminar.

Revisões Criminais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 0000002-48.2015.8.26.0000, da Comarca de Itapecerica da Serra, em que é peticionário J.L.F.

ACORDAM, em 4º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por votação unânime julgaram improcedente o pleito revisional.", de conformidade com o voto do Relator, que

Acesso ao Sumário

integra este acórdão. **(Voto nº 1.863)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MARCO ANTÔNIO COGAN (Presidente), ALBERTO ANDERSON FILHO, FREITAS FILHO, OTAVIO ROCHA, REINALDO CINTRA, LAURO MENS DE MELLO, LOURI BARBIERO e GRASSI NETO.

São Paulo, 10 de dezembro de 2015.

ALCIDES MALOSSI JUNIOR, Relator

Ementa: REVISÃO CRIMINAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA. INEXISTÊNCIA DE CAUSA LEGAL PARA REVISÃO. PROVA ADEQUADA PARA PREVALECER A COISA JULGADA.

1) Condenação – Atentado violento ao pudor praticado em continuidade delitiva, antes da superveniência da Lei nº 12.015/2009 – Em se tratando de delito praticado com abuso de poder familiar (pátrio poder, na expressa dicção do antigo artigo 225, § 1º, inciso II, do Código Penal), não cabe sustentar ser caso de ação privada, movida, sendo a vítima menor, por quem estivesse legalmente habilitado a representá-la, nos termos do artigo 30 do Código de Processo Penal – Ministério Público – Legitimidade ativa – O *Parquet* já exercia na época a titularidade da ação penal em tais casos, em exceção à lógica dos crimes contra a dignidade sexual antes da Lei nº 12.015/2009 e em conformidade com o artigo 129, *caput*, da Constituição Republicana, desde a redação original. 2) Revisão criminal – Desconstituição da coisa julgada – Garantia constitucional que só pode ser excepcionada nos casos expressamente previstos no artigo 621 do Código de Processo Penal, não se prestando como sucedâneo recursal.

3) Prova – Ainda que se admitisse repropor o mérito da causa, há provas suficientes a determinar a materialidade delitiva e a autoria no caso concreto, sobretudo, em razão da palavra da vítima, indispensável à elucidação dos crimes cometidos sob o manto da vergonha e da clandestinidade – Não apresentadas novas provas, nem demonstrada a

Acesso ao Sumário

injustiça da reprimenda, a revisão criminal proposta mostra-se alheia às hipóteses do artigo 621 do Código de Processo Penal.

VOTO

VISTO.

Trata-se de uma "***REVISÃO CRIMINAL***", ajuizada por J.L.F., por irresignação contra v. acórdão de lavra da 2ª Câmara Extraordinária desta E. Corte, nos autos da Apelação Criminal de nº 0010353-09.20002.8.26.0268, de relatoria do Exmo. Desembargador Dr. Pinheiro Franco, garantindo a condenação definitiva daquele (fls. 06/07).

Esclarecendo que o peticionário foi **condenado** como incurso no delito então previsto no artigo 214, c.c. o artigo 224, *caput*, c.c. artigo 226, II, e artigo 71, todos do Código Penal – "atentado violento ao pudor" (anteriormente às modificações introduzidas pelas Leis nº 11.105/05 e 12.015/2009), pretende-se, com esta ação revisional, a absolvição daquele, com aparente espeque no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, aduzindo-se, ainda, a ilegitimidade ativa do Ministério Público na respectiva ação penal.

O pedido liminar foi **INDEFERIDO** (fls. 71/72).

O parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, de lavra do insigne Procurador de Justiça Francisco J. T. Cembranelli, foi pelo não provimento (fls. 77/85).

É o relatório.

A revisão criminal é improcedente.

Consta dos autos que o peticionário J. foi condenado definitivamente porque, em momentos imprecisos no ano de **2002**, praticou contra a filha, S.B.L., à época menor de 14 anos, o crime de atentado violento ao pudor, em continuidade delitiva.

De acordo com a denúncia, o peticionário, pai da vítima e **com evidente abuso de poder familiar**, em diversas ocasiões se despiu de suas vestes íntimas e retirou também as calças da filha, deitando-se nu sobre ela e esfregando o pênis no corpo da menina, até a final ejaculação nas coxas e na vagina da ofendida em pelo menos uma das vezes. Antes disso, narra a exordial que o peticionário já havia abusado sexualmente da vítima, por meio de toques nos seios e na região genital desta.

Cumpre destacar, num primeiro momento, que a ventilada ilegitimidade ativa do Ministério Público é descabida e deve ser repudiada.

O órgão ministerial, titular por excelência da ação penal nos termos do artigo 129 da Constituição de 1988, desde o texto original, detinha, mesmo

antes da superveniência da Lei nº 12.015/2009, a legitimidade processual ativa nos crimes contra a dignidade sexual em hipóteses específicas, dentre as quais a do presente caso, ou seja, quando o delito é cometido com abuso de poder familiar (ou pátrio poder, na redação vetusta do antigo artigo 225, § 1º, inciso II, do Estatuto Repressivo), *ex positis:*

> *"Art. 225 - Nos crimes definidos nos capítulos anteriores, somente se procede mediante queixa.*
>
> *§ 1º - Procede-se, entretanto, **mediante ação pública**:*
>
> *I - se a vítima ou seus pais não podem prover às despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família;*
>
> *II - se o crime é **cometido com abuso do pátrio poder**, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador"* (destaquei)

Como se nota pela leitura da peça vestibular acusatória a fls. 02/03 dos autos originais, o contexto de abuso do poder familiar restou claramente consignado ali, atendendo-se aos predicados do artigo 41 do Código de Processo Penal, numa hipótese legal de ação penal **pública**, na induvidosa dicção legal do artigo acima referido.

Portanto, considerando-se que a ofendida era menor de 14 anos à época dos fatos, não era, de fato, caso de se intentar a ação privada pela genitora da vítima ou por outra pessoa legalmente habilitada a representar aquela última, conforme preceitua o artigo 30, também do Diploma Processual.

É irrelevante, por outro lado, que a própria vítima, condoída com a condenação paterna, tenha contratado pessoalmente o nobre causídico para ajuizar a presente revisão criminal. Isso não perfaz prova da inocência do peticionário, porquanto a atitude pode ter lastro psicológico na comiseração com a atual condição de condenado do pai ou na própria abnegação filial, porém, sem repercussão técnica para o caso concreto.

Noutro passo, insta ressaltar que o instituto da revisão criminal é instrumento excepcionalíssimo, conforme já salientado em sede liminar, não devendo ser manietado senão nas estritas hipóteses previstas no artigo 621 do Código de Processo Penal.

Admissível apenas para tutelar a inocência, conforme ventilado em casos semelhantes, a revisão criminal afasta, em casos bastante específicos, a garantia constitucionalmente albergada da coisa julgada (CR/88, artigo 5º, XXXVI), **não** se prestando como sucedâneo recursal.

Quanto a este aspecto, doutrina e jurisprudência pátrias formam um coro uníssono quanto à impossibilidade de subversão do instituto em uma terceira apelação ou em substitutivo de qualquer outro recurso:

*"Inadmite-se, em sede de revisão criminal, o **reexame de tese já***

Acesso ao Sumário

***debatida no julgado que se visa rescindir**, máxime quando não são apresentadas provas novas aptas a ensejar a mudança do resultado da decisão anterior, vez que referida ação não pode ser manejada como um segundo recurso de apelação".* (TJMG, RVCR 1000120954391000, Rel. Des. Júlio César Lorens, 2º Grupo de Câmara Criminal, j. 06.08.2013, destaquei).

Destarte, o presente pedido revisional não preencheria, em tese, as condições mínimas para ser conhecido. Passa-se, no entanto, à análise do mérito, em maior prestígio ao princípio da ampla defesa e para a necessária avaliação sobre efetiva contrariedade à evidência dos autos.

No mérito, o pedido revisional **não** comporta provimento.

Conquanto tenha o laudo pericial de exame de corpo de delito nº 76/2002 (fls. 27) apresentado dados inconclusivos acerca dos vestígios do crime (ausência de rotura himenal), o magistrado é regido pelo **princípio da livre persuasão racional**, de assento constitucional (artigo 93, inciso IX, da CR/88) e não está vinculado a nenhum tipo de prova, mesmo porque o processo penal moderno é infenso a qualquer hierarquia nesse ponto.

Em verdade, o laudo pericial mostra-se coerente com o teor das acusações, porquanto o peticionário foi condenado por atentado violento ao pudor, ou seja, pela prática de ato libidinoso **diverso da cópula vaginal**. Embora o depoimento inicial da vítima S. (fls. 09/10) descreva atos lascivos com e sem penetração, isso não chega a contradizer o resultado do laudo técnico, vez que a ruptura himenal nem sempre é detectada, como nas hipóteses, por exemplo, de hímen complacente.

Sobretudo em crimes como o de atentado violento ao pudor, nos quais se notam indeléveis os traços da vergonha e da clandestinidade, a palavra da ofendida é de vital importância na elucidação dos fatos e na indicação da autoria, ambas induvidosas no caso concreto.

Ainda infensa a manipulações psicológicas, S. narrou em solo policial os atos libidinosos praticados pelo peticionário, com uma riqueza de detalhes que mostra a plausibilidade da tese acusatória inicialmente vertida. A ofendida alegou, até mesmo, ter sido vítima de ameaças paternas (fls. 09), o que reveste de ceticismo o esforço presente em rescindir o édito condenatório.

Também na fase administrativa, a irmã da vítima, L.B.L., afirmou que havia procurado o Conselho Tutelar para informar os atos de violência sexual praticados por J. contra a filha S. (fls. 11/12). O fato foi confirmado em juízo pela então Conselheira Tutelar Eloisa Nascimento dos Santos (fls. 245/245-v), a qual confirmou que as alegações iniciais de S., submetida a atos de violência sexual e a ameaças pelo peticionário, demonstrando a credibilidade da acusação.

Além disso, o crime acabou sendo **confessado** pelo próprio peticionário

Acesso ao Sumário

na fase inquisitória (fls. 13/14), quando admitiu que:

> *"Como já estava bêbado, o declarante colocou seu braço sobre S., **tirou sua calça e deitou-se em cima dela, colocando seu pênis no vão das pernas de S., ejaculando**, não chegando a introduzir seu pênis na vagina de S.; que S. ficou quieta e **pediu para o declarante parar com aquilo** e, após ejacular, o declarante foi tomar um café na cozinha; que **esta foi a terceira vez que o declarante molestou sexualmente sua filha S**., e sempre que isso ocorria, o declarante não estava em seu juízo perfeito, pois estava bêbado"* (fls. 13, destaquei)

O histórico de abuso sexual e de consequente rompimento do laço afetivo da vítima S. pelo pai restou, ainda, claramente apontado na durante o relatório de assistência social (fls. 106/108), no qual, recapitulando-se a narrativa de agressões sexuais, sofrido também pela irmã L. (vítima ela também de tentativa de abuso pelo pai), a própria vítima afirmou que "*para ela, o pai morreu*" (fls. 107).

É de se notar, ainda, que, diversamente do alegado na peça revisional, a então testemunha de acusação recordou perfeitamente a angústia da irmã S. em relatar os atos de abuso sexual praticados pelo peticionário e sua decisão em procurar auxílio do Conselho Tutelar à época dos fatos (fls. 287).

Aqui, cumpre ressaltar que a condenação não se deu, como já visto, em provas exclusivamente produzidas na fase policial, mas em várias produzidas na fase do contraditório, não se vislumbrando, nem mesmo por tal razão, qualquer desrespeito ao princípio da ampla defesa.

Por conseguinte, observa-se que os únicos elementos de convicção contrários ao juízo condenatório são o depoimento da vítima S. e o interrogatório do peticionário, na fase judicial (respectivamente, fls. 289 e fls. 292). Todavia, conquanto tenha havido sentença absolutória (fls. 321/322), o v. acórdão (fls. 370/376), ainda que por maioria de votos, corretamente proveu o recurso ministerial para condenar o peticionário.

Sobre as divergências nas versões da vítima em inquérito policial e na fase judicial, alegou-se, muito acuradamente, em relação à versão derradeira da vítima que "***está claro que a versão da estória não se sustenta. A vítima tinha 12 anos de idade, perdera a mãe e o pai a ameaçava. Quadro propício para os abusos. Após 8 anos (o réu desapareceu), quando a vida já havia retomado seu curso, ela adulta, resolveu negar a acusação, o que é até compreensível, porque certamente quer apagar de sua memória o que foi obrigada a suportar do próprio pai (para ela, o pai morreu – fls. 107***)".

Motivada pela necessidade pungente de fazer evanescer os traços da violência paterna ou manipulada psicologicamente pela desestruturação familiar, resta claro que a divergência de comportamentos da vítima se coaduna com o vão esforço do peticionário em afastar a justa responsabilidade penal

Acesso ao Sumário

incutida neste caso, a despeito da divergência de opiniões na Câmara Julgadora (v. declaração de voto vencido, fls. 377/383).

Logo, não há que se falar em rescisão da justa condenação proferida por esta E. Corte Justiça, devendo ser mantida.

A pena é igualmente infensa a reparos (fls. 375/376).

Na lógica do modelo trifásico, a pena-base foi estipulada no mínimo legal, 06 anos para o crime do antigo artigo 214, parágrafo único, do Código Penal, na redação dada pela Lei nº 8.072/90, anteriormente à edição da Lei nº 12.015/2009, portanto, por conta das circunstâncias judiciais favoráveis do artigo 59 do Código Penal.

Na fase intermediária, inexistiam agravantes ou atenuantes a serem sopesadas.

Por fim, na derradeira fase da dosimetria, houve aumento à fração de ¼ (um quarto) por conta da meridiana determinação do artigo 226, inciso II, do Código Penal (crime praticado por ascendente), **antes** da vigência do diploma modificador consubstanciado na Lei nº 11.106/2005.

Também houve novo aumento à fração de 1/6 (um sexto) pela continuidade delitiva (artigo 71 do Código Penal), totalizando **08 anos e 09 meses de reclusão**, em regime inicial **fechado**, adequadamente fixado, "***considerando não só a gravidade concreta do fato, como os indícios de que os atentados ainda eram direcionados contra as irmãs da vítima, a demonstrar que o réu é indivíduo perigoso e sem escrúpulo***" (fls. 375).

Consigne-se, por fim, que o pedido específico de intimação do nobre Advogado para sustentar oralmente é decorrência natural da própria intimação para a respectiva sessão de julgamento desta revisão, descabendo qualquer providência específica ulterior por parte desta E. Corte, devendo o interessado observar as regras previstas a respeito, inclusive no respectivo Regimento Interno.

Do exposto, por meu voto, **JULGO IMPROCEDENTE** o pedido revisional.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 0209992-50.2013.8.26.0000, da Comarca de Fartura, em que é peticionário JOSÉ CARLOS DOS SANTOS FILHO.

ACORDAM, em 8º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram da revisão criminal,

determinando a remessa dos autos à Turma Recursal do Juizado Especial, para processamento e julgamento do presente, cassando-se a medida liminar concedida em sede de agravo regimental. v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.194)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO (Presidente), NEWTON NEVES, POÇAS LEITÃO, WILLIAN CAMPOS, ENCINAS MANFRÉ, GUILHERME DE SOUZA NUCCI, RICARDO SALE JÚNIOR e OSNI PEREIRA.

São Paulo, 15 de dezembro de 2015.

BORGES PEREIRA, Relator

Ementa: Revisão Criminal – Desacato – Nulidades não verificadas – Competência do Juizado Especial por se tratar de crime de menor potencial ofensivo – Inocorrência de deficiência da defesa técnica – Impossibilidade – Materialidade, autoria e dolo demonstrados – Decisão não contrária à evidência dos autos – Declarações das testemunhas de defesa extemporâneas e não produzidas sob o crivo do contraditório – Desconsideração como prova – Pena e regime prisional adequados à espécie – Preliminares rejeitadas e pedido revisional indeferido.

VOTO

Trata-se de pedido de revisão formulado por **JOSÉ CARLOS DOS SANTOS FILHO**, condenado por infringir o artigo 331 do Código Penal, à pena de 08 meses de detenção, no regime aberto, substituída por prestação de serviços à comunidade pelo mesmo prazo, conforme r. sentença de fls. 192 verso e 193.

A r. decisão transitou em julgado para a defesa em 27 de fevereiro de 2.012 (fls. 203).

Insurgiu-se José Carlos aduzindo, inicialmente, a nulidade do feito em que seu viu condenado, ante a incompetência do Juizado Especial Criminal de Fartura, e também pela deficiência da defesa técnica. Sustentou, ainda, a ausência de materialidade delitiva, a fragilidade do conjunto probatório e a desproporcionalidade da pena aplicada (fls. 02/53).

Os autos da ação penal em questão foram apensados a este pedido revisional.

A Douta Procuradoria de Justiça, em seu parecer de fls. 312/317, reiterado

Acesso ao Sumário

às fls. 326/327, opinou pelo indeferimento do pedido.

RELATADOS

JOSÉ CARLOS DOS SANTOS FILHO foi condenado, pois, em 16 de julho de 2.009, teria desacatado o oficial de justiça Décio Henrique Vieira, que se encontrava no exercício de suas funções.

Inicialmente, convém observar que o despacho de fls. 286/288 indeferiu o pleito de concessão liminar para que a execução fosse suspensa até o julgamento do presente pedido revisional.

Todavia, em sede de agravo regimental, a pretensão foi deferida, face à possibilidade de alteração da pena imposta (fls. 303/308).

As preliminares arguidas devem ser rechaçadas.

Não há que se falar em incompetência do Juizado Especial para o julgamento do feito em tela, já que a pena cominada ao delito imputado a José Carlos é de 06 meses a 02 anos de detenção, ou multa, encontrando-se inserida, portanto, na hipótese prevista nos artigos 60 e 61 da Lei nº 9.099/95.

Tampouco é caso de nulidade do feito por deficiência da defesa técnica, observando-se que, em que pese o causídico supostamente constituído pelo réu não ter apresentado o instrumento de procuração como devido (fls. 124), o ora peticionário, inscrito na OAB/SP, chegou a advogar em causa própria em algumas ocasiões (fls. 57 da ação penal) e também foi devidamente assistido por defensor dativo (fls. 84, 99 e 115).

Dessa forma, não demonstrado qualquer prejuízo ao réu, afasta-se a matéria levantada em sede preambular.

No mais, a materialidade e a autoria do delito restaram suficientemente comprovadas nos autos, especialmente ante o depoimento da vítima, que relatou que, ao cumprir mandado de reintegração de posse tendo como beneficiado o cliente do réu, foi tratado de forma ofensiva e intimidativa por José Carlos (fls. 101), o que foi corroborado pela testemunha Antonio Fabro de Almeida, que esclareceu que o ora peticionário gritava exaltadamente na ocasião, tanto que acalmado pelo próprio cliente, enquanto o ofendido manteve-se mudo, porque nervoso (fls. 102), o que descaracteriza as alegações de "mero desabafo momentâneo" e "mera discussão" (fls. 30).

Veja-se que as testemunhas indicadas pela defesa, Sérgio Augusto da Silva Barros (fls. 118) e José Augusto da Silva Barros (fls. 119), ouvidas em Juízo no dia 02 de fevereiro de 2.012, disseram não se recordar dos termos da discussão, declarando apenas que houve uma "discussão pesada" entre réu e vítima.

Curiosamente, no último dia 05 de março, ou seja, passados dois anos de referidos depoimentos – e quase cinco anos dos fatos –, ambos prestaram

Acesso ao Sumário

declarações esclarecendo como teriam se dado os fatos, segundo eles, diversamente do narrado pela suposta vítima (fls. 320/321 e 322/323).

Todavia, tais declarações nem serão consideradas, porque, além de serem totalmente extemporâneas, deveriam ter sido feitas pelos meios judiciais cabíveis, observado o princípio do contraditório.

Convém colacionar os seguintes julgados do E. Superior Tribunal de Justiça:

"Transitada em julgado a decisão condenatória para a defesa, o exame de novas provas somente pode ocorrer em sede de revisão criminal, desde que elas tenham sido produzidas mediante ação cautelar de justificação, sob pena de ser afrontada a garantia constitucional do contraditório" (Habeas Corpus nº 31977/RS – Sexta Turma – Relatora I. Ministra Jane Silva – j. 06.05.2008);

e

"Quando se trata de ação revisional proposta com fundamento na existência de novas provas testemunhais capazes de infirmar o édito condenatório (art. 621, inciso III, do CPP), estas devem ser previamente produzidas sob o manto do contraditório e da ampla defesa, por meio do procedimento da justificação criminal, a ser conduzido perante o primeiro grau de jurisdição, nos termos do artigo 861 e seguintes do Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente conforme o disposto no artigo 3º do CPP. Precedentes" (Habeas Corpus nº 121547/SP – Quinta Turma – Relator I. Ministro Jorge Mussi – j. 04.02.2010).

Dessa forma, diante da prova oral produzida, não há como se dizer que a r. decisão proferida pelo n. Juízo de primeiro grau é contrária à prova dos autos.

O deferimento da Revisão Criminal fundamentada no artigo 621, inciso I, do Código de Processo Penal, só se justifica quando há absoluta discrepância entre a prova contida nos autos e o que restou decidido.

Em suma, a condenação atacada por este pedido revisional, que está sob o manto protetor da coisa julgada, encontra respaldo em elementos constantes dos autos, especialmente na prova oral, e, por isso, não pode ser alterado.

Vale trazer à colação os seguintes julgados:

"Em sede de Revisão Criminal somente se deve qualificar como contrária à evidência dos autos decisão inteiramente despojada de lastro probatório, ficando excluídas as decisões que expressem convicção plasmada por interpretação razoável de concordantes fragmentos do mosaico probatório" (RJTACRIM 48/492);

e

"Em sede de Revisão Criminal, somente é considerada contrária à

Acesso ao Sumário

evidência dos autos a decisão que não se apóia em nenhum elemento probatório, constituindo conceito rígido, que não se confunde com interpretação da prova" (RJTACRIM 47/479).

A fixação da pena imposta não merece reparo, porquanto não existe nenhuma teratologia em sua estipulação, ressaltando-se que a pena privativa de liberdade foi substituída por restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade.

Aliás, acerca deste tema, já se decidiu:

REVISÃO - Pedido que visa a alteração de pena fixada segundo critérios normais - Impossibilidade - Evidente erro do Juiz - Necessidade: Em sede revisional, é impossível modificar a pena do condenado, fixada conforme critérios normais e de acordo com a discrição do Juiz, somente sendo cabível tal alteração quando há evidente erro do Magistrado. (Revisão nº 295.216/6, Julgado em 17/12/1.996, 7º Grupo de Câmaras, Relator: Teixeira de Freitas, RJTACRIM 34/532).

Posto isso, **afastadas as preliminares, INDEFERE-SE A REVISÃO CRIMINAL.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 0018314-72.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é peticionário MARCELO CUSTÓDIO DOS SANTOS.

ACORDAM, em 8º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente a Revisão Criminal, determinando-se a expedição de contramandado, nos termos do v. acórdão. V.U. Compareceu na sessão de julgamento o Dr. Robson de Oliveira Pereira.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13.702)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO (Presidente), LEME GARCIA, WILLIAN CAMPOS, BORGES PEREIRA, NEWTON NEVES, ENCINAS MANFRÉ, GUILHERME DE SOUZA NUCCI e RICARDO SALE JÚNIOR.

São Paulo, 15 de dezembro de 2015.

CAMARGO ARANHA FILHO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: REVISÃO CRIMINAL. Crime de receptação qualificada. Viabilidade da revisão

criminal quando verificado erro técnico ou flagrante injustiça na decisão. Insurgência quanto ao regime inicial de cumprimento. Impositiva exclusão dos maus antecedentes, conquanto não verificada sentença condenatório com trânsito em julgado apta para tanto. Inteligência da súmula 444 do Colendo Superior Tribunal de Justiça. Circunstâncias judiciais favoráveis. *Quantum* de pena. Primariedade. Regime inicial aberto que se impõe. Pena-base reduzida *ex officio*. REVISÃO CRIMINAL JULGADA PROCEDENTE.

VOTO

MARCELO CUSTÓDIO DOS SANTOS foi denunciado, nos autos do processo nº 0056431-60.2007.8.26.0050, da 20ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo, como incurso no artigo 180, § 1º do Código Penal.

Após regular instrução, a denúncia foi julgada procedente para condená-lo a 3 (três) anos e 6(seis) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e no pagamento de 11 (onze) dias-multa, fixados no mínimo legal (fls. 162/169).

Irresignado interpôs recurso de apelação (990.09.081339-3). Em sessão realizada no dia 17 de setembro de 2009, a Colenda 10ª Câmara Criminal, à unanimidade, negou provimento ao recurso.

Não obstante, interpôs recurso especial, o qual não foi admitido (fls. 245/246); interpôs, então, recurso de agravo de Instrumento, ao qual foi negado provimento monocraticamente (fls. 275/277); e, por fim, agravo regimental, ao qual, em sessão realizada no dia 20 de novembro de 2012 a Colenda 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em votação unânime, negou provimento. Opostos embargos de declaração, foram rejeitados.

A r. decisão transitou em julgado em 3 de abril de 2013 (cf. fls. 329 do processo apenso).

Agora, por intermédio de seu Defensor, ingressa com pedido de revisão, com fundamento no artigo 621, inciso I, do Código de Processo Penal, pleiteando, em síntese, a fixação do regime aberto para o resgate da reprimenda (fls. 2/6).

Apensados os autos originais e processada a ação, manifestou-se a douta Procuradoria Geral de Justiça pelo não conhecimento e, no mérito, pela improcedência do pedido revisional (fls. 60/63).

É o relatório.

O pedido revisional comporta acolhida.

O regime de cumprimento inicial da reprimenda imposto a Marcelo

Acesso ao Sumário

Custódio dos Santos, condenado como incurso nas sanções do artigo 180, §1º, do Código Penal, foi o semiaberto, considerando a existência de maus antecedentes.

Em grau de apelo, a Colenda 10ª Câmara de Direito Criminal, à unanimidade, negou provimento ao recurso, mantendo o regime aplicado, nos seguintes termos:

> *"Para o início do cumprimento da pena corporal foi fixado o regime semi-aberto, que fica, aqui, mantido, por ser o mais adequado à gravidade do caso em questão, no qual foram adquiridas mercadorias furtadas no valor aproximado de R$ 5.616,00. Tal fato, aliado à citada personalidade do acusado, indica que regime menos gravoso seria insuficiente para a prevenção e repressão do delito praticado, ressaltando-se que, diante dos artigo 33, § 3º e 59, caput e inciso III, ambos do Código Penal, o Juiz pode estabelecer o regime inicial de cumprimento das sanções conforme o necessário e suficiente para a reprovação do crime.*
>
> *Pelos mesmos motivos, inviável a substituição da carcerária por restritivas de direitos, pois o apelante não reúne os requisitos subjetivos necessários para tanto."*

A questão foi enfrentada expressamente pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do agravo e do agravo regimental:

> *"Em que pese as alegações da defesa, a personalidade voltada para práticas delituosas, circunstância judicial que, à luz do art. 59 do Código Penal, autoriza a exasperação acima do mínimo legal, tal como procedeu o Tribunal a quo. Dessa forma, a meu sentir, não há como atender o pleito de modificação do regime prisional inicial. Isso porque, embora a pena recaída sobre o paciente não ultrapasse 4 (quatro) anos de reclusão, foi apontada circunstância judicial desfavorável ao paciente.*
>
> *Dessa forma, a imposição de regime semiaberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade encontra-se devidamente justificada, a teor do que dispõe o art. 33, §3º, do Código Penal."*

Acesso ao Sumário

Como se sabe, a modificação da pena, em sede de ação revisional, condiciona-se à demonstração de erro técnico ou injustiça devidamente comprovada na fixação da punição, o que ocorre quando, ao fixar a pena-base, forem considerados desfavoráveis os antecedentes do réu com base em ações penais em curso, ações em que fora declarada extinta a punibilidade do réu ou, ainda, considerem inquéritos arquivados, em desacordo com o entendimento da Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça.

Do exame detalhado dos autos constato que o requerente é tecnicamente primário (certidões de fls. 64, 65, 67 e 68 se referem a processos arquivados; de fls. 66, 70, 71, 72 e 138, a processos em que declarada extinta a punibilidade; e

os processos referentes as certidões de fls. 69 e 140 não haviam transitado em julgado à época da r. sentença).

Com efeito, extrai-se ter sido realizado acréscimo a título de maus antecedentes bem como a fixação do regime inicial semiaberto em razão de o requerente, ao tempo de condenação, registrar passagens anteriores pela Unidade Jurisdicional de origem. Para tanto, foram consideradas as ações penais em curso, inquéritos arquivados e aqueles que tiveram a punibilidade declarada extinta pela prescrição.

Na realidade, por ter sido proferida em outubro de 2008, a r. sentença refletiu o entendimento predominante na época, que considerava as ações penais em curso como maus antecedentes. Atualmente, contudo, consolidou-se posicionamento contrário, de acordo com a Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual "é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base".

Este Colendo 8º Grupo de Câmaras Criminais tem adotado este entendimento quando do julgamento de revisões criminais:

> *Revisão Criminal. Tráfico. Contrariedade à evidência dos autos. Pedido de absolvição. Impossibilidade. Mera intenção de reexame dos fatos. Conjunto fático exaustivamente enfrentando. Peticionário na posse de drogas para a comercialização. Notícias anônimas detalhadas. Autoria e materialidade configuradas. Inexistência de fatos supervenientes a justificar reanálise do conjunto probatório. Mérito mantido. Reforma das penas. Bases fixadas indevidamente acima dos mínimos legais. Maus antecedentes não comprovados. Réu que possui apenas uma condenação pretérita transitada em julgado. Parcial procedência.* (Revisão Criminal nº 0139002-68.2012.8.26.0000, Rel. Des. Guilherme de Souza Nucci, j. em 5/11//2015).
>
> *Revisão. Conhecimento. Em relação ao mérito, sólidas provas material e oral. Sem prejuízo, redução da pena pelo não reconhecimento de maus antecedentes. Pedido, assim, julgado parcialmente procedente.* (Revisão Criminal nº 0141069-69.2013.8.26.0000, Rel. Des. Encinas Manfré, j. em 5/11/2015).
>
> *REVISÃO CRIMINAL – Roubo circunstanciado – Decisão confirmada pelo Eg. Tribunal de Justiça, por unanimidade – Palavra da vítima – Depoimentos seguros e harmônicos – Grave ameaça com emprego de arma configurada – Conclusão condenatória que não comporta modificação – Pena – Redução – Impossibilidade de consideração de certidões que apontam transação penal e pronúncia que resultou em posterior absolvição como maus antecedentes – Pena-base no piso – Regime inicial fechado mantido – Revisão parcialmente deferida – (voto*

Acesso ao Sumário

n. 25856). (Revisão Criminal nº 0002342-96.2014.8.26.0000, Rel. Des. Newton Neves, j. em 4/8/2015)

Em vista disso, afasta-se a avaliação negativa dos maus antecedentes, o que conduz a pena-base ao mínimo legal, 3 (três) anos de reclusão, mais o pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor mínimo unitário.

Quanto ao regime prisional, o artigo 33, § 2º, "c", do Código Penal estabelece que o condenado não reincidente, cuja pena seja inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto. Por outro lado, nada impede a imposição do regime de cumprimento mais severo do que o previsto para a pena aplicada, desde que haja motivação idônea, assim considerada a observância rigorosa dos critérios descritos no artigo 33, em especial o disposto em seu § 3º, segundo o qual "a determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 do Código Penal".

Assim, considerando que ao requerente foi irrogada pena de 3 (três) anos de reclusão; que as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal militam em seu desfavor (CP, art. 33, § 3º);que se trata de réu tecnicamente primário; que "é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base" (STJ, Súmula 444) e que "a opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada" (STF, Súmula 718), o pleito revisional merece acolhimento.

Ante o exposto, **JULGO PROCEDENTE** a presente revisão criminal para fixar o regime aberto para o resgate da reprimenda e, *ex officio*, readequar a pena do requerente para 3 (três) anos de reclusão, mais o pagamento de 10 (dez) dias-multa, no mínimo legal.

Expeça-se contramandado de prisão.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 0257550-52.2012.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que é peticionário VINICIUS SILVA DE DEUS.

ACORDAM, em 8º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Indeferiram o pedido revisional. v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 1.642)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores OTÁVIO

DE ALMEIDA TOLEDO (Presidente), CAMARGO ARANHA FILHO, POÇAS LEITÃO, WILLIAN CAMPOS, BORGES PEREIRA, NEWTON NEVES, ENCINAS MANFRÉ, GUILHERME DE SOUZA NUCCI e LEME GARCIA.

São Paulo, 15 de dezembro de 2015.

RICARDO SALE JÚNIOR, Relator

Ementa: REVISÃO CRIMINAL – Tráfico de drogas (artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06) – Preliminar de nulidade do processo afastada – Inocorrência das hipóteses previstas no artigo 621 do CPP – Readequação da pena e aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 – Impossibilidade – Manutenção do *decisum* – Pedido revisional indeferido.

VOTO

Trata-se de Revisão Criminal ajuizada por **VINICIUS SILVA DE DEUS** (qualificado as fls. 14 e 28 – autos principais), objetivando a desconstituição do V. Acórdão prolatado pela Colenda 10ª Câmara Criminal deste Egrégio Tribunal de Justiça, nos autos da Apelação nº 990.10.349331-1 (origem: 114.01.2010.012329-8 - controle nº 419/10 - 4ª Vara Criminal da Comarca de Campinas).

O revisionando foi denunciado como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06. Sobreveio r. sentença (fls. 82/86 – autos principais), condenando-o às penas de 06 (seis) anos de reclusão, no regime inicial fechado, e ao pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa, no valor mínimo legal, por infração ao artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06.

Inconformado apelou, requerendo a reforma do *decisum*. Por V. Acórdão prolatado pela C. 10ª Câmara Criminal em 16.12.2010 (fls. 137/143 – autos principais), de relatoria do Excelentíssimo Senhor Desembargador Otávio Henrique, por v. u., foi negado provimento ao recurso.

O V. Acórdão transitou em julgado (fls. 149 – autos principais).

Em resumo, o revisionando (assistido pela D. Defensoria Pública), objetiva a rescisão do V. Acórdão. Em preliminar, pleiteia a nulidade do processo com a consequente rejeição da denúncia. Subsidiariamente, a readequação da pena, no tocante ao aumento de 1/5 da pena, na segunda fase, em razão da reincidência, deve ser afastada, bem como a aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

A Douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo indeferimento

Acesso ao Sumário

do pedido revisional (fls. 18/21).

É o relatório.

Com efeito, sempre tributado o devido respeito aos entendimentos divergentes eventualmente existentes e considerados os termos do artigo 621 do Código de Processo Penal, verifica-se, então, que o presente pedido revisional não comporta deferimento.

Isso porque, não se vislumbra, na hipótese, contrariedade ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos, não se fundando a condenação em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos, nem se tendo agora apresentado novas provas de inocência do condenado ou de qualquer circunstância que determinasse ou autorizasse a diminuição da pena aplicada.

Destarte, a prova produzida nos autos não deixou nenhuma dúvida quanto à ocorrência do fato, quanto à autoria ao peticionário atribuída, ou quanto à sua materialidade delitiva.

Em parecer, a D. Procuradoria Geral de Justiça, assim se manifestou:

"(...)

Ora, a preliminar de nulidade deve ser de plano rechaçada. Insurgiu-se o defensor por entender que a prisão do sentenciado não poderia ter sido realizada por guardas civis, mas apenas por policiais. Tal argumento não pode de forma algumas prosperar.

O Código de Processo Penal é claro, em seu artigo 301, ao afirmar que qualquer do povo poderá e a autoridade policial deverá prender em flagrante delito quem estiver praticando crime naquele momento, em estado de flagrância.

Ora, no caso vertente os guardas civis avistaram o peticionário em atitude suspeita, em conhecido ponto de tráfico de drogas, conversando com um usuário de entorpecentes. Ao ver a guarnição, VINICIUS inda dispensou no solo um invólucro contendo catorze pedras de "crack". É evidente, pois, que o sentenciado estava em situação de flagrância real, tendo agido corretamente os guardas civis ao abordá-lo, revistá-lo e prendê-lo. Assim sendo, estando as provas perfeitamente válidas, não há que se alegar qualquer nulidade do presente feito.

Em relação ao mérito, o inconformismo do requerente também não comporta provimento.

Em primeiro lugar, não podemos olvidar que a revisão criminal não pode ser considerada como uma segunda ou terceira, ou quarta apelação, não sendo instrumento adequado para o reexame das provas. Ao contrário, ela é uma exceção, que somente deve ser utilizada em casos raros, quando as decisões judiciais são frontalmente contrárias às provas existentes nos autos.

(...)

No caso vertente, verifica-se que as provas constantes dos autos

Acesso ao Sumário

apontavam com segurança para a condenação, tanto que a r. sentença de Primeiro Grau foi confirmada pelo v. acórdão de fls. 137/143, que já examinou todas as provas existentes.

Não pode ser acolhido, também, o pedido de redução da reprimenda. Ao fixar a pena, o magistrado levou em conta a reincidência do réu (fls. 73), que já foi por duas vezes anteriores condenado irrecorrivelmente pela prática de roubos. Assim sendo, correto o aumento de um quinto a ser acrescido à pena base, em razão dessa circunstância.

Requereu, por fim, o combativo defensor a aplicação do benefício previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11343/06. Ora, um dos requisitos para a obtenção dessa benesse é justamente a primariedade do réu. No caso vertente, VINICIUS já foi condenado irrecorrivelmente duas vezes por roubo, conforme certidões de fls. 72 e 73, sendo reincidente. Ademais, ele próprio admitiu em juízo que havia saído do presídio, para cumprimento de pena em regime aberto, menos de um mês antes dos fatos aqui apurados. Evidente, portanto, que não possui o peticionário mérito subjetivo para cumprir pena em regime diverso do fechado, em razão de sua inaptidão para o convívio social e seu reiterado envolvimento com o mundo do crime. (...)" (fls. 19/20).

Afasta-se a preliminar de nulidade, consoante artigo 301 do Código de Processo Penal, observando- se o bem lançado parecer da D. Procuradoria Geral de Justiça.

No tocante às penas aplicadas pelo Juízo *a quo* e mantidas pela C. 10ª Câmara Criminal, foram devidamente impostas, pois foram considerados os parâmetros legais e as peculiaridades do caso concreto.

Quanto ao redutor do § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06 (Lei de Drogas), inaplicável na hipótese dos autos a referida causa de diminuição de pena, por expressa disposição legal. O revisionando já foi condenado, irrecorrivelmente, duas vezes por roubo, conforme certidões de fls. 72/73 (autos principais), sendo, portanto, reincidente.

Nesse sentido:

"APELAÇÃO – TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS – AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS – ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS – Impossibilidade: Flagrado em ponto de tráfico com considerável quantidade de cocaína e crack, individualmente embaladas e prontas para o comércio, que informalmente admitiu praticar, tem o apelante contra si firme e segura prova acusatória, não abalada por sua pueril e incrível versão de que teria sido levado por policiais ao local dos fatos onde, depois de apanhar foi injustamente acusado.

DOSIMETRIA – AGENTE REINCIDENTE – APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, §4º, da Lei 11.343/06 – Descabimento: Além de reincidente, a quantidade de drogas e a ausência de comprovação de atividade lícita, deixam claro que se dedicava ao tráfico e, portanto,

Acesso ao Sumário

descumpria os requisitos legais exigidos para a redução das penas, que ficam mantidas.

REINCIDÊNCIA – ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL – Descabimento: A reincidência, aliada ao fato de ter sido flagrado praticando novo ilícito enquanto foragido da Justiça, deixam clara a insuficiência de regime diverso do fechado, que fica mantido. Recurso não provido." (Apelação Criminal nº 0044071-83.2013.8.26.0050, Des. J. Martins, 15ª Câmara Criminal, j. em 07.08.2014)

Por derradeiro, trago a colação, excerto extraído de voto do nobre Desembargador Guilherme de Souza Nucci, que se adequa perfeitamente ao presente caso:

"Da análise do texto legal, forçoso concluir não comportar deferimento o presente pleito, porquanto, à evidência, o peticionário visa ao mero reexame dos fatos, sem qualquer justificativa plausível e cujos argumentos abarcados já foram apreciados, não assinalando qualquer hipótese de eventual erro judiciário.

Consoante se percebe, a peça exordial remete-se, exclusivamente, às provas já exaustivamente analisadas, inclusive por esta. E. Corte, em sede de apelação, inexistindo acréscimo de novos dados.

Assim vimos entendendo:

O objeto da revisão não é permitir uma 'terceira instância' de julgamento, garantindo ao acusado mais uma oportunidade de ser absolvido ou ter reduzida a sua pena, mas sim, assegurar-lhe a correção de 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 aceitar ação rescisória somente para que prevaleça peculiar interpretação é desvirtuar a natureza do instituto.

Nesta esteira, oportuno mencionar o julgado deste E. Tribunal, que se amolda perfeitamente ao presente caso:

A ação revisional, como sabido, não se presta ao novo exame do processo já julgado em definitivo, observando que o réu esgotou todas as vias recursais. Não é o pedido revisional, como ensina a doutrina e a jurisprudência, a via adequada para reapreciar o poder de convicção das provas no caso concreto, para concluir se bem ou mal as apreciou a decisão já transitada em julgado.

Há que se ter em conta, neste passo, que o exame do conjunto probatório, o mesmo ora trazido em sede de revisão criminal, foi enfrentado para suportar a condenação contra a qual ora se insurge o peticionário, pelo Órgão Colegiado desta Colenda Corte, acobertando-se o V. Acórdão com o manto da coisa julgada.

Não é demais ressaltar que a decisão contrária à evidência dos autos autorizadora da revisão, como previsto na lei, é aquela que não tem

Acesso ao Sumário

elemento mínimo de convicção ou suporte na prova produzida. Não é o que se vislumbra nos autos onde a prova produzida foi devidamente apreciada pelos Ilustres Julgadores do Órgão Colegiado.

Logo, impossível fica acolher o pedido revisional tocante ao pleito absolutório, pois não se vislumbra, nos autos, qualquer hipótese autorizadora na forma acima especificada. (Revisão nº 990.10.082464-3, Rel. Des. Newton Neves, 8º Grupo, TJ/SP, 26.10.2010)" (Revisão Criminal nº 0161777-77.2012, j. em 18.12.2014)

Assim sendo, indefere-se o pedido revisional.

Acesso ao Sumário

ÓRGÃO ESPECIAL

Ações Diretas de Insconstitucionalidade

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2069380-57.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autora MESA DIRETORA DA CÂMARA MUNICIPAL DE ORLÂNDIA, é réu PREFEITO DO MUNICÍPIO DE ORLÂNDIA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "AFASTARAM A PRELIMINAR E JULGARAM EXTINTO O PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. V.U. SUSTENTOU ORALMENTE O ADV. DR. FLAVIANO DONIZETI RIBEIRO.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.101)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente), SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, SILVEIRA PAULILO, EROS PICELI, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, CARLOS BUENO, PAULO DIMAS MASCARETTI, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM e BORELLI THOMAZ.

São Paulo, 11 de novembro de 2015.

JOÃO NEGRINI FILHO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ILEGITIMIDADE ATIVA – QUESTÃO SUPERADA PELA OUTORGA DE PROCURAÇÃO COM PODERES ESPECÍFICOS – PRELIMINAR REJEITADA.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Município de ORLÂNDIA – DECRETO MUNICIPAL Nº 4.389 DE 23/10/2014 – NORMA QUE REGULAMENTA A IMPRENSA OFICIAL CRIADA PELA LEI Nº 1.316 DE 08/11/1982

– DIPLOMA LEGAL QUE TERIA SIDO REVOGADO PELA LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO – ILEGALIDADE – NECESSIDADE DE CONFRONTAÇÃO DA NORMA IMPUGNADA COM LEI INFRACONSTITUCIONAL – IMPOSSIBILIDADE DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE POR VIA REFLEXA – FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL (art. 267, VI do CPC) – EXTINÇÃO SEM APRECIAÇÃO DO MÉRITO.

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido liminar, proposta pela Mesa Diretora da Câmara Municipal de Orlândia em face do Município de Orlândia, objetivando a declaração de inconstitucionalidade do Decreto Municipal nº 4.389, de 23 de outubro de 2014, que regulamenta a Lei nº 1.316, de 08 de novembro de 1982, que cria a imprensa oficial do Município e dá outras providências.

Aponta o autor, preliminarmente, a competência deste Tribunal de Justiça para julgamento da ação direta de inconstitucionalidade, bem como a sua legitimidade ativa. Quanto ao mérito argumenta, em apertada síntese, que não poderia o chefe do Poder Executivo de Orlândia editar decreto para regulamentar uma lei que foi expressamente revogada, sob pena de infringir o princípio da legalidade, previsto nas Constituições do Estado e Federal.

Foi concedida liminar (fls. 56/57).

A Procuradoria Geral do Estado manifestou falta de interesse na defesa do ato impugnado (fls. 66/68).

O Município de Orlândia, em suas informações vem arguindo, preliminarmente, a ilegitimidade ativa por falta de assinatura conjunta da petição inicial pela Mesa Diretora da Câmara Municipal e o seu advogado. Aduz que sequer há procuração com poderes especiais para a propositura da presente ação de inconstitucionalidade, logo deve ser o feito extinto sem apreciação do mérito. Caso superada essa preliminar, aponta a carência da ação, pois entende que para verificação da suposta ilegalidade seria necessário analisar se a Lei nº 1.316/82 foi revogada pelo art. 118 da Lei Orgânica Municipal, o que extrapola o objeto da ação direta de inconstitucionalidade em controle concentrado, uma vez que o confronto da norma impugnada deve ser direto com a Constituição Estadual ou Federal e não de forma reflexa ou indireta, como no caso em tela. Acrescenta que o Decreto nº 4.389/2014 possui natureza jurídica regulamentar, ou seja, trata-se de norma de efeito concreto, o que também inviabiliza o controle de

Acesso ao Sumário

constitucionalidade abstrato. No mérito, pugna pela improcedência da ação, eis que não há qualquer incompatibilidade entre o Decreto nº 4.389/2014 e os princípios constitucionais, uma vez que a norma em questão regulamenta lei em plena vigência.

Houve interposição de agravo regimental (fls. 122/138), o qual foi desprovido (fls. 145/150).

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela extinção do processo sem resolução do mérito (fls. 156/163).

É o relatório.

Consigno, de início, que a questão da legitimidade ativa foi sanada.

Nos termos do artigo 90, II, da Constituição Estadual, a Mesa Diretora da Câmara Municipal é parte legítima para propor ação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estaduais ou municipais.

No presente caso, verificou-se que a petição inicial estava subscrita somente por advogado, tampouco havia procuração com poderes específicos. Determinou-se, então, a sua regularização, no prazo de 15 dias, o que foi atendido, juntando-se à fl. 169 procuração com poderes específicos.

Dessa forma, não há que se falar em ilegitimidade ativa.

Neste sentido decidiu este C. Órgão Especial quando do julgamento em 08/04/2015, da ADIn nº 2003556-54.2015.8.26.000, de relatoria do Des. Evaristo dos Santos e que envolve as mesmas partes:

"(...)

2. a) Quanto à inépcia da inicial.

Não prospera a arguição (fls. 68/69).

Ausente o vício apontado.

Segundo a orientação desse Colendo Órgão Especial:

'O legitimado ativo na ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal é o Prefeito, devendo, portanto, também subscrever a petição inicial ou outorgar procuração com poderes especiais.' (grifei ADIn nº 0.261.992-61.2012.8.26.0000 v.u. j. de 05.02.14 Rel. Des. ITAMAR GAINO).

Inicial foi subscrita por procuradora (fls. 10) com poderes específicos à propositura da presente ação direta, outorgados pela Prefeita Municipal (fls. 11).

Afasto a arguição.

(...)"

Prosseguindo, tem-se que a ação deve ser extinta sem apreciação do mérito, por falta de interesse de agir.

Consoante se observa, pretende o autor a declaração de inconstitucionalidade do Decreto nº 4.389, de 23 de outubro de 2014 que regulamenta a Lei nº 1.316, de 08 de novembro de 1982 que, por sua vez, criou a imprensa oficial do Município.

Acesso ao Sumário

Alega que referida norma viola o princípio da legalidade, pois regulamenta lei revogada pelo art. 118 da Lei Orgânica do Município.

Resta claro, assim, que é necessário o cotejo entre a Lei nº 1.316/1982 e a Lei Orgânica do Município para auferir a constitucionalidade da norma impugnada, o que significa dizer que o Decreto nº 4.389/2014 não confronta diretamente a Constituição Estadual, mas o faz de forma indireta ou reflexa, o que impede a continuidade dessa ação direta de inconstitucionalidade.

A Constituição Federal, em seu artigo 125, § 2º estabelece que:

"Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

(...)

§ 2º Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão."

Extrai-se, do § 2º do referido artigo que a inconstitucionalidade deve ser entre a norma impugnada e a Constituição Estadual. Neste mesmo sentido são os artigos 74, XI e 90, *caput* da Constituição Estadual.

Desse modo, os dispositivos da Constituição do Estado, é que servem como parâmetro ao exame de constitucionalidade, em decorrência lógica da hierarquia legislativa existente, o que não se verifica no caso em tela.

Da forma como exposto na inicial, o pedido de inconstitucionalidade do Decreto nº 4.389/2014, por violação ao princípio da legalidade, somente poderia ser apreciado após a análise da Lei nº 1.316/1982 à luz da Lei Orgânica do Município, o que significa que a inconstitucionalidade apontada se dá por via reflexa ou indireta.

Muito pertinente é o parecer do D. Procurador Geral de Justiça:

"(...).

A crise de legalidade, ou seja, a ofensa reflexa ao texto constitucional, não viabiliza a instauração da jurisdição constitucional.

A normatização infraconstitucional não é parâmetro para fins de controle concentrado de constitucionalidade da lei local.

A análise a ser feita, para fins de ajuizamento de ação direta, limita-se ao confronto entre a lei local e a Constituição do Estado. Em outras palavras, só as inconstitucionalidades diretas, não as reflexas ou indiretas, podem ser objeto de controle concentrado perante a Corte Constitucional.

(...)"

Este também é o entendimento do STF:

"Não se legitima a instauração do controle normativo abstrato, quando o juízo de constitucionalidade depende, para efeito de sua prolação, do prévio cotejo entre o ato estatal impugnado e o conteúdo de outras

Acesso ao Sumário

normas jurídicas infraconstitucionais editadas pelo Poder Público. A ação direta não pode ser degradada em sua condição jurídica de instrumento básico de defesa objetiva da ordem normativa inscrita na Constituição. A válida e adequada utilização desse meio processual exige que o exame 'in abstracto' do ato estatal impugnado seja realizado, exclusivamente, à luz do texto constitucional. A inconstitucionalidade deve transparecer, diretamente, do próprio texto do ato estatal impugnado. A prolação desse juízo de desvalor não pode nem deve depender, para efeito de controle normativo abstrato, da prévia análise de outras espécies jurídicas infraconstitucionais, para, somente a partir desse exame e em desdobramento exegético ulterior, efetivar-se o reconhecimento da ilegitimidade constitucional do ato questionado. Precedente: ADI 842/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO. – Crises de legalidade – que irrompem no âmbito do sistema de direito positivo – revelam-se, por sua natureza mesma, insuscetíveis de controle jurisdicional concentrado, pois a finalidade a que se acha vinculado o processo de fiscalização normativa abstrata restringe-se, tão somente, à aferição de situações configuradoras de inconstitucionalidade direta, imediata e frontal. Precedentes." (ADI 416 AgR, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 16/10/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-215 DIVULG 31-10-2014 PUBLIC 03-11-2014)

Este C. Órgão Especial vem decidindo neste sentido:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Impugnação do Decreto Legislativo nº 707, de 22 de janeiro de 2015, que suspendeu o Decreto Executivo nº 10.994, de 16 de dezembro de 2014, referente ao reajuste do valor da tarifa do serviço público de transporte do Município de Americana.

Carência da ação. Reconhecimento. Exame da questão controvertida que depende de prévio cotejo entre a disposição do Decreto Executivo nº 10.994/2014 (ato suspenso) e a Lei Orgânica Municipal (norma supostamente violada por esse Decreto). Só assim, por via indireta ou reflexa, seria possível aferir sobre a legitimidade, ou não, do ato normativo impugnado (Decreto Legislativo nº 707/2015). Ou seja, o ato do Legislativo (objeto da impugnação) será legítimo, ou não, dependendo do reconhecimento da legalidade ou da ilegalidade do ato do Executivo. Entretanto, 'o Supremo Tribunal Federal tem orientação assentada no sentido da impossibilidade de controle abstrato da constitucionalidade de lei, quando, para o deslinde da questão, se mostra indispensável o exame do conteúdo de outras normas jurídicas infraconstitucionais ou de matéria de fato' (ADI 1286/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 07/02/1996).

Configuração, na verdade, de mera crise de legalidade. Precedente do STF: 'A alegação de que o Executivo desbordou dos lindes da sua competência regulamentar resolve-se no plano da legalidade, não avançando à seara constitucional senão reflexa ou indiretamente'. (AgRg

Acesso ao Sumário

na ADI nº 4218/DF, Rel. Min. Luiz Fux, j. 13/12/2012).

Inadequação da via eleita. Processo extinto sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil. (ADIN nº 2013685-21.2015.8.26.0000, Rel. Des. FERREIRA RODRIGUES, j. 29/07/2015).

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI COMPLEMENTAR Nº 257 E LEI Nº 4.564, AMBAS DE 27 DE DEZEMBRO DE 2012, DO MUNICÍPIO DE OSASCO – ALTERAÇÃO DE LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA E LEI DE DIRETRIZES ORÇAMENTÁRIAS – TESE DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL, DIANTE DE DIVERSAS IRREGULARIDADES DURANTE O PROCESSO LEGISLATIVO – AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE MÁCULA DIRETA E IMEDIATA A DISPOSITIVOS DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL – ALEGADO CONTRASTE, NA HIPÓTESE, A DIVERSOS ARTIGOS DO REGIMENTO INTERNO DA CÂMARA MUNICIPAL, DA LEI ORGÂNICA LOCAL, DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL E DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – HIPÓTESE, QUANDO MUITO, DE INCONSTITUCIONALIDADE REFLEXA, POIS INEVITÁVEL EXAME DO DIREITO INFRACONSTITUCIONAL PARA AFERIÇÃO DE APONTADAS NULIDADES – INVIÁVEL O CONTROLE NA EXCEPCIONAL VIA DO CONTENCIOSO OBJETIVO DE CONSTITUCIONALIDADE – FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL – EXTINÇÃO DA AÇÃO QUE É DE RIGOR." (ADIN nº 2094202-13.2015.8.26.000, Rel. Des. FRANCISCO CASCONI, j. 07/10/2015).

Em suma, a ausência do confronto direto entre a norma impugnada e a Constituição Estadual inviabiliza o controle de constitucionalidade abstrato, evidenciando-se a falta de interesse processual.

Ante o exposto, julgo extinta a ação, nos termos do artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2077592-67.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE AMERICANA, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE AMERICANA.

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 30.098)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente), PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS

Acesso ao Sumário

SANTOS, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, 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, SALLES ROSSI, SILVEIRA PAULILO, FRANÇA CARVALHO, EROS PICELI, ANTONIO CARLOS MALHEIROS e MOACIR PERES.

São Paulo, 18 de novembro de 2015.

FERREIRA RODRIGUES, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Artigo 5º, inciso V, da Lei nº 5.143, de 1º de fevereiro de 2011, do Município de Americana. Dispositivo que institui incentivo fiscal consistente no reembolso (em favor do beneficiário) de parte do ICMS transferido ao município.

Alegação de ofensa ao princípio da não afetação das receitas. Reconhecimento. Em que pese a louvável intenção do legislador de Americana no sentido de promover o desenvolvimento do município por meio de incentivos fiscais, a solução adotada, nessa parte (referente à previsão de reembolso de parte do ICMS em favor do beneficiário), é totalmente incompatível e ofensiva à disposição do artigo 176, inciso IV, da Constituição Estadual.

Inconstitucionalidade manifesta. Ação julgada procedente.

VOTO

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pelo *PREFEITO DO MUNICÍPIO DE AMERICANA*, com pedido de liminar, tendo por objeto o inciso V do artigo 5º da Lei nº 5.143, de 1º de fevereiro de 2011, do Município de Americana, que institui incentivo fiscal consistente no "*reembolso de até 50% (cinquenta por cento) da quota parte do Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, transferido ao Município, em decorrência do incremento do valor adicionado pela atividade econômica instalada ou ampliada pelo beneficiado, na formação do índice de participação do Município*". O autor alega que esse dispositivo é inconstitucional porque **implica na vinculação de recursos** (provenientes de repasse de ICMS) **a um fim predeterminado**, ou seja, à viabilização de incentivos às empresas beneficiadas pelo programa criado

Acesso ao Sumário

pela lei impugnada.

Houve deferimento de liminar para suspender a eficácia do dispositivo impugnado.

O Presidente da Câmara Municipal de Americana prestou informações a fls. 52/59.

O Procurador Geral do Estado foi citado (fls. 44/45) e apresentou manifestação a fls. 48/49, requerendo a procedência da ação.

A douta Procuradoria de Justiça, com as considerações de fls. 149/160, opinou pela procedência da ação.

É o relatório.

O dispositivo acoimado de inconstitucional é aquela constante do documento de fl. 15, redigido da seguinte forma:

> *"Artigo 5º. Para alcançar as finalidades previstas na presente lei poderão ser concedidos os seguintes incentivos:*
>
> *.....*
>
> *V – reembolso de até 50% (cinquenta por cento) da quota parte do Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, transferido ao Município, em decorrência do incremento do valor adicionado pela atividade econômica instalada ou ampliada pelo beneficiado, na formação do índice de participação do Município".*

Nesse caso, em que pese a louvável intenção do legislador de Americana no sentido de promover o desenvolvimento do município, por meio de incentivos fiscais, a solução adotada, nessa parte (**referente à previsão de reembolso de parte do ICMS em favor do beneficiário**) é totalmente incompatível e ofensiva à disposição do artigo 176, inciso IV, da Constituição Estadual:

> *"Art. 176. São vedados:*
>
> *.....*
>
> *IV – a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas as permissões previstas no artigo 167, IV, da Constituição Federal e a destinação de recursos para a pesquisa científica e tecnológica, conforme dispõe o artigo 218, § 5º, da Constituição Federal".*

É importante considerar, sob esse aspecto, que ao permitir a vinculação dos recursos provenientes do ICMS à concessão de incentivos fiscais, a norma impugnada, além de prejudicar o custeio de despesas genéricas, interfere indevidamente em ato típico de Administração.

Afinal, *"ao Poder Executivo cabe o planejamento das despesas estatais, sendo vedado ao Poder Legislativo realizar esta função, criando leis que amarrem o montante arrecadado por impostos com projetos por ele aprovados*"[1],

Acesso ao Sumário

1 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. Constituição Federal comentada e legislação constitucional, 2ª Ed. São Paulo/SP, Revista dos Tribunais, 2009, p. 636.

daí o reconhecimento de sua inconstitucionalidade, tanto pela ofensa ao princípio da separação dos poderes, como também e principalmente por ofensa ao **princípio da não afetação das receitas**, cujo propósito, aliás, é assegurar *"que os recursos sejam livres e à disposição para a realização de obras e serviços, em conformidade com as necessidades existentes e em obediência à escala de prioridades estabelecida a partir de análise rigorosa da situação existente*" (José Afonso da Silva, Comentário contextual à Constituição, São Paulo: Malheiros, 2006, 2ª ed. p. 697). Em outras palavras, *"não pode haver mutilação das verbas públicas. O Estado deve ter disponibilidade da massa de dinheiro arrecadado, destinando-o a quem quiser, dentro dos parâmetros que ele próprio elege como objetivos preferenciais"* (Regis Fernandes de Oliveira, Curso de Direito Financeiro, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, p. 328).

Nesse sentido também é a lição de Eduardo Sabbag:

"No plano da motivação, o mandamento em análise visa assegurar que o conjunto das receitas componha uma 'massa distinta e única' hábil a cobrir o conjunto das despesas. Quer-se, assim, evitar que a receita de impostos, por antecipação, fique comprometida, inviabilizando de apresentar proposta orçamentária apta à realização do programa de governo aprovado nas urnas" (Manual de Direito Tributário, 3ª ed., 2011, São Paulo, Editora Saraiva).

É o posicionamento adotado por este C. Órgão Especial em casos semelhantes:

"EMENTA: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Preliminar de ilegitimidade ativa afastada. Petição inicial subscrita pelo Chefe do Poder Executivo. Ato normativo municipal que não pode ter como parâmetro imediato de controle de constitucionalidade a norma infraconstitucional, nem a Constituição da República. Ação que é conhecida apenas na parte que combate ofensa à Constituição Estadual. Mérito. Lei Municipal nº 3.142/09, de Cafelândia, de iniciativa legislativa, que dispõe sobre devolução, ao contribuinte, de vinte e cinco por cento do valor do IPVA repassado ao Município. Vinculação de receitas à despesa pública, situação vedada pela Constituição Estadual. Violação do princípio da não afetação da receita tributária (art. 176, IV, da Constituição Estadual). Inconstitucionalidade material reconhecida. Precedentes deste C. Órgão Especial. Ação julgada procedente" (ADIN nº 2108740-33.2014.8.26.0000, Rel. Des. Luís Soares de Mello, j. 03/12/2014).

"DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei Complementar Municipal concessiva de incentivo fiscal para empresas que se estabelecerem no município. Violação aos princípios da isonomia, impessoalidade e da não afetação das receitas de impostos. Inconstitucionalidade reconhecida. Ação julgada procedente." (ADIN nº 0101758-08.2012.8.26.0000, Rel. Des. França Carvalho, j. 14.11.2012).

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. VÍCIO MATERIAL. Lei

Acesso ao Sumário

nº 9.671, de 20 de julho de 2011, do Município de Sorocaba. Dispõe sobre a criação de incentivo para instalação de empresas industriais e/ou comerciais e dá outras providências. Benefício financeiro vinculado ao ICMS configura violação ao princípio da não vinculação das receitas derivadas de impostos. Ofensa aos artigos 167, IV, CF, e artigo 176, IV, da CESP. Ação julgada procedente." (ADIN nº 0065455-92.2012.8.26.0000, Rel. Des. Roberto Mac Cracken, j. 07/11/2012).

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei Complementar nº 06/2011, do Município de Itu – Ressarcimento, às empresas locais, de percentual de repasse de ICMS – Afronta ao princípio da não afetação e da isonomia previstos nos arts. 111, 144, 163 II, e 176, IV da Constituição Estadual e arts. 37, caput, 150, II e 167, IV da Constituição Federal – Inconstitucionalidade dos dispositivos configurada – Procedência da ação que se impõe" (ADIN nº 0108710-03.2012.8.26.0000, Rel. Des. Luis Ganzerla, j. 05/12/2012).

"Ação Direta de Inconstitucionalidade. Artigos 5º, 6º e 7º (expressão ao 6º), 9º, 10, inciso II e 12, incisos I e II da Lei Complementar nº 562/08, de Atibaia, instituindo incentivos fiscais a empreendimentos econômicos. Afronta ao princípio da não afetação da receita tributária. Violação aos artigos 5º, 25, 111, 144, 163, II e 176, IV da Constituição do Estado de São Paulo. Ação procedente para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 5º, 6º, 7º (expressão ao 6º), 9º, 10, inciso II e 12, incisos I e II da Lei Complementar nº 562/08 do Município de Atibaia." (ADIN nº 0009958-93.2012.8.26.0000, Rel. Des. Ruy Coppola, j. 07.09.2012).

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. INCENTIVOS FISCAIS PARA EMPRESAS QUE SE ESTABELECEREM NO MUNICÍPIO. DEVOLUÇÃO DE PARCELA DO ICMS REPASSADO À ENTIDADE FEDERATIVA LOCAL. AFETAÇÃO DA RECEITA DE IMPOSTOS A DESPESA PÚBLICA. VULNERAÇÃO DO DISPOSTO NO ARTIGO 176, INCISO IV, DA CONSTITUIÇÃO DE SÃO PAULO. AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PROCEDENTE. A vinculação de parcela do ICMS repassado pelo Estado ao Município gera situação incompatível com o princípio da isonomia e transfere para o ambiente municipal a nefasta consequência do fenômeno conhecido como guerra fiscal já existente no Brasil entre vários dos Estados da Federação." (ADIN nº 0427921-20.2010.8.26.0000, Rel. Des. Renato Nalini, j. 03.02.2011).

Pelo exposto e em suma, ratificada a liminar, julga-se procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade do inciso V do artigo 5º da Lei nº 5.143, de 1º de fevereiro de 2011, do Município de Americana.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2148993-29.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PARTIDO TRABALHISTA BRASILEIRO – PTB, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE TUIUTI e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE TUIUTI.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "AFASTARAM A PRELIMINAR E JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.983)**

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, SALLES ROSSI, SILVEIRA PAULILO, FRANÇA CARVALHO, EROS PICELI, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO e PAULO DIMAS MASCARETTI.

São Paulo, 9 de dezembro de 2015.

ARANTES THEODORO, Relator

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 592/2015, do Município de Tuiuti, que "institui o Sistema de Controle Interno do Município de Tuiuti e dá outras providências". Projeto de lei que, depois de rejeitado, é recolocado em votação e aprovado na mesma sessão legislativa, sem deliberação da maioria absoluta da Casa. Inconstitucionalidade reconhecida por violação ao artigo 29 da Constituição do Estado de São Paulo. Ação procedente.

VOTO

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade voltada contra a Lei municipal nº 592, de 30 de junho de 2015, que *"institui o Sistema de Controle Interno do Município de Tuiuti e dá outras providências"*.

O autor alega que o aludido diploma viola os artigos 5º inciso XXXVI e 67 da Constituição federal, bem como os artigos 29 da Constituição do Estado

de São Paulo e 51 da Lei Orgânica daquele Município, eis que decorreu de projeto de lei que fora antes rejeitado na mesma legislatura, sendo que, ademais, o § 3º de seu artigo 8º fere o princípio da irretroatividade das leis.

A liminar foi indeferida, decisão mantida ao ensejo do julgamento do agravo regimental.

O Procurador Geral do Estado informou não haver interesse estadual no feito.

O Presidente da Câmara apresentou informações e juntou documentos, tendo sustentado a constitucionalidade daquele diploma ao fundamento de ter ele observado as disposições formais quanto à tramitação do projeto.

O Prefeito, de seu lado, apontou a ilegitimidade do Diretório Estadual para ajuizar a ação ante a falta de documento que prove contar com representação na Assembleia Legislativa ou na Câmara Municipal e, quanto ao mais, alegou inexistir inconstitucionalidade a ser proclamada.

Assim, ele afirma que o controle interno agora previsto naquele diploma já existia desde a Portaria nº 055/2015, na qual se designou servidor para exercício provisório daquela função até a realização do necessário concurso público, tendo ele já examinado a execução do orçamento dos exercícios 2013 e 2014.

O Prefeito sustenta, ainda, que não ocorreu vício formal no processo legislativo, já que depois da primeira votação houve apresentação de emendas que alteraram o conteúdo do projeto originalmente apreciado.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência da ação.

É o relatório.

I Caso não é de se reconhecer falta de legitimidade ativa.

Afinal, os documentos acostados a fls. 27 e seguintes comprovam que o Partido Trabalhista Brasileiro conta com representação tanto na Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo como na própria Câmara Municipal de Tuiuti.

Logo, está atendida a exigência do artigo 90 inciso VI da Constituição paulista.

Note-se não haver dúvida de que a legitimidade conferida a Diretório Estadual de partido político se estende às ações que versem sobre leis municipais.

A preliminar, por isso, fica rejeitada.

II A propositura se volta contra a Lei nº 592, de 30 de junho de 2015, do Município de Tuiuti, que *"institui o Sistema de Controle Interno do Município de Tuiuti e dá outras providências"*.

Conforme o texto legal, o aludido controle é exercido pela *"Central de Controle Interno"* (artigo 5º), vinculada ao Chefe do Executivo ou respectivo ente da administração indireta (artigo 7º), a qual incumbe cuidar do *"plano*

Acesso ao Sumário

de organização e todos os métodos e medidas adotados pela administração para salvaguardar os ativos, desenvolver a eficiência nas operações, avaliar o cumprimento dos programas, objetivos, metas e orçamentos e das políticas administrativas prescritas, verificar a exatidão e a fidelidade das informações e assegurar o cumprimento da lei" (artigo 2º).

A alegação fundamental do autor é que a edição desse diploma contrariou a disciplina constitucional, mais precisamente o artigo 29 da Carta paulista, que assim se apresenta:

"A matéria constante de projeto de lei rejeitado somente poderá ser renovada, na mesma sessão legislativa, mediante proposta da maioria absoluta dos membros da Assembléia Legislativa."

Note-se que, como registra Alexandre de Moraes acerca de dispositivo idêntico da Constituição da República (artigo 67), o propósito da vedação é *"evitar infindáveis reapresentações de projetos de lei rejeitados, sem que haja a mínima viabilidade de alteração do posicionamento do Congresso Nacional"* (Constituição do Brasil Interpretada, Atlas, ed. 2002, p. 1.165).

Lembre-se, ainda, que como resulta do artigo 9º da Constituição estadual por *"sessão legislativa"* entende-se o período de atividade normal da casa legislativa a cada ano.

Pois bem.

As atas de sessão vistas a fls. 204 a 217, associadas à certidão expedida pela Secretaria da Câmara Municipal (fls. 106), mostram que o Projeto de Lei nº 26/2015, que deu origem ao diploma ora questionado, foi colocado em votação na sessão ordinária realizada em 24 de junho, tendo sido rejeitado por 5 votos contra 3 (fls. 207).

Na sessão extraordinária realizada no dia 30 de junho o referido projeto voltou a ser apresentado, agora com duas emendas supressivas e uma modificativa, que foram rejeitadas (fls. 217).

No entanto, na sequência o projeto tornou a ser votado agora em segundo turno, sendo então aprovado, o que foi assim registrado na respectiva ata:

Acesso ao Sumário

"Não havendo mais discussão, a Presidente decretou segundo turno de votação e o PROJETO DE LEI 26/2015 FOI APROVADO, por (05) votos favoráveis à (04) votos contrários" (fls. 218).

À vista desse quadro forçoso é reconhecer ter sido violado o citado artigo 29 da Constituição estadual.

Realmente, o projeto votado em segundo turno na sessão do dia 30 de junho era absolutamente o mesmo que havia sido rejeitado na sessão do dia 24, já que as três emendas que naquele meio tempo ele recebera haviam sido desaprovadas no primeiro turno da sessão do próprio dia 30.

Certo, ainda, que a renovação não ocorreu por *"proposta da maioria absoluta dos membros"*, mas de deliberação individual da Presidente.

Em suma, o aludido diploma afigura-se inconstitucional em face do vício formal no processo legislativo, constatação que torna naturalmente prejudicado o exame da alegada contrariedade de um de seus dispositivos ao princípio da irretroatividade das leis.

Assim, julga-se procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 592, de 30 de junho de 2015, do Município de Tuiuti.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2114742-82.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITA DO MUNICÍPIO DE ROSANA e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE ROSANA.

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 37716)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente), LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, SILVEIRA PAULILO, FRANÇA CARVALHO, EROS PICELI, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, PAULO DIMAS MASCARETTI, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO e ANTONIO CARLOS VILLEN.

São Paulo, 9 de dezembro de 2015.

ADEMIR BENEDITO, Relator

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade – Município de Rosana – Lei Complementar nº 41, de 22 de dezembro de 2014, que institui o Plano Diretor do Município – Inconstitucionalidade – Legislação de iniciativa popular – Impossibilidade – Matéria de cunho eminentemente administrativo – Ofensa ao princípio da separação dos poderes – Competência

Acesso ao Sumário

do Executivo Municipal usurpada – Não observado o devido processo legislativo, ausentes estudos prévios, planejamento técnico e efetiva participação da comunidade – Ação direta julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade da lei.

VOTO

Trata-se de ação ajuizada pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, pela qual se pretende a declaração de inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 41, de 22 de dezembro de 2014, do Município de Rosana, que institui o **Plano Diretor do Município**.

Diz que referido Plano contempla normas de desenvolvimento municipal, traçando políticas públicas nos diversos segmentos da Administração (assistência social, educação, saúde, habitação, saneamento, turismo, esporte, lazer, cultura), criando órgãos ou conferindo atribuições ao Poder Executivo, disciplinando o ordenamento territorial e o sistema de gestão municipal.

Sustenta que a lei é de iniciativa popular e o respectivo projeto de lei não primou pela observância de qualquer forma de participação comunitária em seu trâmite.

Defende que referido Diploma contraria frontalmente a Constituição do Estado de São Paulo porque viola o disposto nos arts. 47, II, XIV e XIX, "a", e 180, II.

Aduz que a iniciativa popular não supre a exigência legal de necessidade de participação comunitária na produção de normas que afetarão a estética urbana, a qualidade de vida e os usos urbanísticos.

Ademais, aponta a inobservância da iniciativa legislativa reservada ao Chefe do Poder Executivo, o que viola o princípio da separação dos poderes, insculpido no artigo 5º da Constituição Estadual.

Foi deferida a liminar pleiteada (fls. 531/532), para suspender a vigência e eficácia da norma impugnada até o julgamento final da ação.

Acesso ao Sumário

A Prefeita Municipal (fls. 541/543) esclareceu que o Poder Executivo local vinha elaborando um plano diretor participativo, tendo havido diversas reuniões com entidades representativas da sociedade civil, mas, ao apresentar pareceres técnicos sobre a inconstitucionalidade e ilegalidade de algumas propostas, associações, inconformadas, encabeçaram projeto de lei de iniciativa popular, resultando no Diploma impugnado, que fora promulgado pelo Legislativo após a derrubada dos vetos do Executivo. Juntou os documentos de fls. 547/633.

O Presidente da Câmara Municipal de Rosana defendeu que diversas reuniões foram feitas com associações locais, cumprindo-se as formalidades pertinentes, não se podendo, portanto, aceitar os argumentos do D. Procurador-

Geral de Justiça. Aduz inexistir no ordenamento previsão expressa de que o Plano Diretor seja de iniciativa privativa do Poder Executivo. Pugna pela improcedência da demanda (fls. 646/659 e 1.207/1.208).

A Procuradoria Geral do Estado (fls. 639/641) manifestou desinteresse na lide e na defesa do ato impugnado, verificando que os dispositivos legais atacados tratam de matéria exclusivamente local.

A Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se novamente pela procedência da ação, conforme requerido na inicial (fls. 1.228/1.232).

É o relatório.

Entende o requerente, D. Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, que, por se tratar de norma afeita à organização da Administração Pública local, a competência, privativa, do Chefe do Poder Executivo fora usurpada pelo Legislativo daquele Município, em nítida afronta aos termos dos artigos 5º, e 47, II, XIV e XIX, *a*, ambos da Constituição do Estado de São Paulo. Além disso, sustenta que referida legislação violara igualmente o artigo 180, inciso II, da Carta bandeirante, pois que a iniciativa popular da Lei não supriria a exigência constitucional de efetiva participação comunitária em todos os projetos de lei atinentes ao desenvolvimento urbano, durante todo o trâmite de seu processo legislativo até o estágio final de sua produção. Daí a propositura da presente ação.

E, 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.

A respeito das formalidades procedimentais do processo legislativo, leciona Luiz Guilherme Marinoni que ***"a produção da lei exige a observância de pressupostos e requisitos procedimentais, cuja observância é imprescindível para a lei ser constitucional. A Constituição regula o modo como a lei e outros atos normativos primários previstos no art. 59 devem ser criados, estabelecendo quem tem competência para produzi-los e os requisitos procedimentais que devem ser observados para sua produção. Faltas quanto à competência ou quanto ao cumprimento das formalidades procedimentais viciam o processo de formação da lei, tornando-a formalmente inconstitucional. A inconstitucionalidade formal deriva de defeito na formação do ato normativo, o qual pode estar na violação de regra de competência ou na desconsideração de requisito procedimental. O procedimento para a produção de lei ordinária e de lei complementar compreende iniciativa, deliberação, votação, sanção ou***

Acesso ao Sumário

veto, promulgação e publicação. (...) De outra parte, a Constituição também confere iniciativa privativa, em relação a certos temas, a determinados órgãos públicos. Isso quer dizer que, no que toca a certo tema, a iniciativa de apresentação de projeto de lei, ou seja, a incoação do processo de produção da lei, pode ser privativa de determinado órgão ou agente público." (*Curso de Direito Constitucional*, 2ª ed., 2013, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 860/861).

De plano verifica-se não ter sido observada a iniciativa do projeto de lei, pertencente única e exclusivamente ao Poder Executivo municipal, pois é o Prefeito quem tem competência, segundo a regra constitucional, de administrar o Município (artigo 47, XIV, da Constituição Estadual).

O Prefeito exercita as funções de governo relacionadas com o planejamento, organização e direção de serviços e obras da municipalidade, ou seja, somente ele (e não o Poder Legislativo ou a Iniciativa Popular) poderia disciplinar sobre gestão administrativa, a criação de cargos e funções, o estabelecimento de obrigações e diretrizes aos órgãos a ele subordinados, e até mesmo com relação ao método a ser utilizado para a realização de determinada atividade, como ocorrera em diversos dispositivos do Estatuto Legal impugnado. Isto sem que se diga sobre a ausência de demonstração das respectivas fontes de custeio.

A propósito, o entendimento deste C. Órgão Especial sobre o tema, extraído dos seguintes precedentes:

"I – Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta contra a Lei Municipal n. 11.503 de 29 de abril de 2014, do Município de São José do Rio Preto. Norma que altera o zoneamento urbano, para permitir a atividade de 'estacionamento comercial' em imóvel determinado. Ausência de estudos, planejamentos técnicos e de participação comunitária. Imprescindibilidade. Incompatibilidade vertical da norma rio-pretense com a Constituição Paulista. Ocorrência. Precedentes deste E. Tribunal de Justiça. Ofensa ao artigo 180, II e 191 da Constituição Bandeirante.

II – Vício formal de inconstitucionalidade, por desvio de poder legislativo. Matéria atinente à gestão da cidade. Se a competência que disciplina a gestão administrativo-patrimonial é privativa do Chefe do Poder Executivo, a iniciativa do Legislativo importa em violação frontal ao texto constitucional que consagra a separação dos poderes estatais. Ofensa aos artigos 5º; 47; II e XIV; e 144 da Constituição Paulista.

III – Inconstitucionalidade configurada. Ação procedente" (ADIn nº 2083164-38.2014.8.26.0000, Rel. Des. Guerrieri Rezende, j. 20/08/2014)

"*AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei de iniciativa da Câmara Municipal do Município de São José do Rio Preto nº 11.407, de 29 de novembro de 2013, a qual 'inclui na Zona 4, na Lei de Zoneamento, a*

Acesso ao Sumário

quadra da Rua Silva Jardim, compreendida entre as Ruas Lafaiete Spinola de Castro e Capitão José Verdi, no bairro Parque Industrial, em São José do Rio Preto' – Inadmissibilidade. Tema relativo a atos de gestão – Ingerência do Legislativo em matéria de competência privativa do Executivo – Vedação – arts. 5º, § 2º, 47, II, XIV, 25 e 144, todos da Constituição Paulista – Ação julgada procedente*. Deve ser julgada procedente a ação direta de inconstitucionalidade que abriga matéria de competência privativa do Executivo, pelo vício de iniciativa e por afrontar o princípio da separação e harmonia entre os Poderes*" (ADIn nº 2037384-75.2014.8.26.0000, Rel. Des. Luis Ganzerla, j. 02/07/2014).

No nosso sistema político, a função legislativa atribuída à Câmara dos Vereadores tem caráter genérico e abstrato, restando as questões específicas aos cuidados do Poder Executivo, que, com o auxílio de seus secretários e demais membros integrantes da Administração Pública, terá mais aptidão ao regramento de questões práticas e concretas que afetem a população.

Hely Lopes Meirelles, em seu *Direito Municipal Brasileiro*, 3ª edição, pág. 440, explica que ***"de um modo geral, pode a Câmara, por deliberação do plenário, indicar medidas administrativas ao prefeito*** **adjuvandi causa,** ***isto é, a título de colaboração e sem força coativa ou obrigatória para o Executivo; o que não pode é prover situações concretas por seus próprios atos e impor ao Executivo a tomada de medidas específicas de exclusiva competência e atribuição. Usurpando funções do Executivo ou suprimindo atribuições do prefeito, a Câmara praticará ilegalidade reprimível por via judicial"***.

A legislação, na forma que apresentada, denota a ingerência da Câmara Municipal em atribuições exclusivas do Poder Executivo do 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

Acesso ao Sumário

144 da Constituição do Estado, que exige observância também aos princípios estabelecidos na Carta Federal.

Outrossim, acerca do tema, objeto da norma impugnada, dispõe a Constituição Estadual:

"***Artigo 180*** *– No estabelecimento de diretrizes e normas relativas ao desenvolvimento urbano, o Estado e os Municípios assegurarão:*

I *– o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e a garantia do bem-estar de seus habitantes;*

II *– a participação das respectivas entidades comunitárias no estudo, encaminhamento e solução dos problemas, plano, programas e projetos que lhes sejam concernentes;*

III *– a preservação, proteção e recuperação do meio ambiente urbano e cultural;*

IV *– a criação e manutenção de áreas de especial interesse histórico, urbanístico, ambiental, turístico e de utilização pública;*

V *– a observância das normas urbanísticas, de segurança, higiene e qualidade de vida;*

VI *– a restrição à utilização de áreas de riscos geológicos;*

VII *– as áreas definidas em projetos de loteamento como áreas verdes ou institucionais não poderão ter sua destinação, fim e objetivos originariamente alterados, exceto quando a alteração da destinação tiver como finalidade a regularização de:*

a) loteamentos, cujas áreas verdes ou institucionais estejam total ou parcialmente ocupadas por núcleos habitacionais de interesse social destinados à população de baixa renda, e cuja situação esteja consolidada ou seja de difícil reversão;

b) equipamentos públicos implantados com uso diverso da destinação, fim e objetivos originariamente previstos quando da aprovação do loteamento;

c) imóveis ocupados por organizações religiosas para suas atividades finalísticas"

"***Art. 191*** *– O Estado e os Municípios providenciarão, com a participação da coletividade, a preservação, conservação, defesa, recuperação e melhoria do meio ambiente natural, artificial e do trabalho, atendidas as peculiaridades regionais e locais e em harmonia com o desenvolvimento social e econômico.*"

Estabelece a Constituição Federal, de sua vez:

"***Art. 182.*** *A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.*

Acesso ao Sumário

§ 1º. *O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.*"

Os arts. 182 e 183 da Constituição Federal foram regulamentados pela **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001**, o denominado ***Estatuto da Cidade***.

A respeito do *Estatuto da Cidade*, leciona HELY LOPES MEIRELLES (*Direito Municipal Brasileiro*, Malheiros, 17ª ed./2014, 2ª tiragem, Coordenador Dalmo de Abreu Dallari) que:

"Essa lei estabelece diretrizes gerais para a execução da política urbana, através de normas de ordem pública e interesse social, regulando o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos e, ainda, objetivando o equilíbrio ambiental (art. 1º, parágrafo único). Fixa como diretrizes gerais para o desenvolvimento das funções sociais da cidade (habitação, trabalho, circulação e recreação) e da propriedade urbana:

...

No Capítulo II o Estatuto da Cidade indica alguns dos instrumentos a serem utilizados no desenvolvimento da política urbana: planos nacionais, regionais e estaduais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social; planejamento das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões".

Mais adiante, salienta que ***"o art. 4º, VI, do Estatuto em exame prevê o Estudo Prévio de Impacto Ambiental/EIA e o Estudo Prévio de Impacto de Vizinhança/EIV como instrumentos gerais da política urbana. Tais instrumentos reger-se-ão pela legislação que lhes é própria, observado o que dispõe o Estatuto da Cidade. (...) Os instrumentos que demandam dispêndio de recursos por parte do Poder Público Municipal devem ser objeto de controle social, garantida a participação de comunidades, movimentos e entidades da sociedade civil."*** (pág. 545/546).

E, por fim, assevera que ***"O Estatuto da Cidade consigna, finalmente, no que tange à gestão democrática, que os organismos gestores das regiões metropolitanas e aglomerações urbanas incluirão obrigatória e significativa participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade, de modo a garantir o controle direto de suas atividades e o pleno exercício da cidadania (art. 45)"*** (p. 556/557).

Acesso ao Sumário

Observados esses princípios norteadores do planejamento e da intervenção urbana modificativa do plano diretor, para dar nova configuração, vocação a bairros ou parte deles, e atento aos dispositivos constitucionais invocados na propositura, tem-se por inafastável a declaração de inconstitucionalidade da Lei aqui impugnada, porquanto não observado o devido processo legislativo,

e porque não atendidos os requisitos prévios de planejamento e estudo técnico, além de audiência pública, com ampla participação comunitária, formalidades essenciais à legitimidade material da norma, previstas nos arts. 180, II, e 191, da Carta Bandeirante.

Assim já decidiu este Órgão Especial, sobre o tema, em caso semelhante:

"A participação popular na criação de leis versando sobre política urbana local não pode ser concebida como mera formalidade ritual passível de convalidação. Trata-se de instrumento democrático onde o móvel do legislador ordinário é exposto e contrastado com ideias opostas que, se não vinculam a vontade dos representantes eleitos no momento da votação, ao menos lhe expõem os interesses envolvidos e as consequências práticas advindas da aprovação ou rejeição da norma, tal como proposta" (ADI nº 994.09.224728-0, Relator Desembargador ARTUR MARQUES, j. 05.05.2010).

Ademais, como bem ressaltado pelo D. Subprocurador-Geral de Justiça, em seu parecer:

"Nem se alegue que a iniciativa popular supre essa exigência. Seu exercício, é certo, requer a participação de determinado percentual do eleitorado, o que não elimina a liturgia procedimental específica em que o Parlamento potencializa a toda a população – e não só aquela que subscreveu a iniciativa – efetiva participação.

As informações discordam assinalando que foram promovidas consultas públicas e reuniões; porém, elas são precedentes ao projeto de lei e a seu trâmite no Parlamento municipal.

(...)

De qualquer modo, as disposições relacionadas às políticas de desenvolvimento municipal constantes dos arts. 5º a 29 ao determinarem a prática de atos de Administração, criando órgãos públicos ou conferindo atribuições ao Poder Executivo, não se compatibilizam com os arts. 5º e 47, II, XIV e XIX, a, da Constituição Estadual, tendo em vista que esses assuntos são da competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo, imunes à interferência do Poder Legislativo, como se verifica, por simples amostragem, dos arts. 6º, 8º, II a X, 10, 12, II a VI, 14, IX e XIII, 17, II a IV etc."

Pelo exposto, a presente ação direta deve ser julgada procedente para se reconhecer a inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 41, de 22 de dezembro de 2014, do Município de Rosana, confirmando-se a liminar anteriormente concedida em todos os seus efeitos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2180821-43.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE JACAREÍ, é réu 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 26.170 (O.E.))**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente), ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, SILVEIRA PAULILO, FRANÇA CARVALHO, EROS PICELI, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, PAULO DIMAS MASCARETTI e ARANTES THEODORO.

São Paulo, 9 de dezembro de 2015.

TRISTÃO RIBEIRO, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei nº 5.942, de 25 de agosto de 2015, do Município de Jacareí. Matéria de interesse local. Norma que, contudo, contraria artigos da Constituição Estadual. Reconhecimento da inconstitucionalidade da lei. Ação procedente.

VOTO

Vistos.

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Prefeito do Município de Jacareí, visando à retirada do ordenamento jurídico da Lei Municipal nº 5.942, de 25 de agosto de 2015, que *"proíbe a utilização de alimentos geneticamente modificados na merenda escolar fornecida aos alunos dos estabelecimentos de ensino público municipal"*.

Aduz o autor existência de vício de iniciativa, tendo em conta tratar-se de matéria de competência privativa do Poder Executivo, bem como ingerência na administração pública, indicando não observância do órgão legislativo ao

Acesso ao Sumário

disposto nos artigos 5º e 47, incisos II e XIV, da Constituição Estadual.

A liminar para suspensão da eficácia da norma foi deferida (fls. 47/48).

A Câmara Municipal prestou informações sobre o processo legislativo, defendendo a constitucionalidade da lei (fls. 57/68).

O digno Procurador Geral do Estado manifestou desinteresse na defesa da norma impugnada (fls. 152/154).

A douta Procuradoria Geral de Justiça ofereceu parecer opinando pela procedência da ação (fls. 158/161).

É o relatório.

A presente ação tem por objetivo a retirada do ordenamento jurídico de norma que, em tese, foi elaborada com infringência às disposições constitucionais, consubstanciando-se vício de iniciativa por ter como objeto matéria de competência reservada ao Poder Executivo.

Dispõe a lei combatida:

Lei nº 5.942/2015

Proíbe a utilização de alimentos geneticamente modificados na merenda escolar das unidades de ensino municipais.

(...)

Art. 1º Fica proibida a utilização de alimentos geneticamente modificados na composição da merenda escolar fornecida aos alunos dos estabelecimentos de ensino público municipal.

Art.2º O Poder Executivo regulamentará a presente Lei.

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Prefeitura Municipal de Jacareí, 25 de agosto de 2015

É notório que o legislativo municipal tem competência para criar normas que correspondam a temas de interesse local. Contudo, há matérias que são de iniciativa privativa do Chefe do Executivo.

Assim, no dizer de Hely Lopes Meirelles, são matérias de competência privativa do alcaide ***"(...) os projetos de leis que disponham sobre a criação, estruturação e atribuição das secretarias, órgãos e entes da Administração Pública Municipal; matéria de organização administrativa e planejamento de execução de obras e serviços públicos; criação de cargos, funções ou empregos públicos na Administração direta, autárquica e fundacional do Município; o regime jurídico e previdenciário dos servidores municipais, fixação e aumento de sua remuneração; o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias, o orçamento anual e os créditos suplementares e especiais"*** (g.n.) ("Direito Municipal Brasileiro", 12ª ed., São Paulo, Malheiros, p. 578).

Acesso ao Sumário

A Constituição do Estado de São Paulo preceitua:

"Art. 5º – São Poderes do Estado, independentes e harmônicos

entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

(...)

Art. 47 – Compete privativamente ao Governador, além de outras atribuições previstas nesta Constituição:

(...)

II – exercer, com o auxílio dos Secretários de Estado, a direção superior da administração estadual;

(...)

XIV – praticar os demais atos de administração, nos limites da competência do Executivo;

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.

A análise da norma combatida pelo viés das disposições constitucionais leva à conclusão da procedência do pedido do requerente, constatando-se a existência de vício de iniciativa, uma vez que são da competência privativa do Chefe do Executivo, no caso o Prefeito, a direção e a organização da administração local.

A lei guerreada limita o exercício do Poder Executivo municipal ao estabelecer um parâmetro (proibição de uso de alimentos geneticamente modificados) que deve ser observado pela Administração na escolha, compra e distribuição dos alimentos componentes da merenda escolar. Ao assim dispor, a norma retira da Administração a discricionariedade para, mediante um juízo de conveniência e adequação, avaliar quais são as melhores opções para a composição da merenda escolar, tornando-se, em decorrência desta invasão do espaço de atuação do Executivo, incompatível com a independência e harmonia entre os Poderes, previstas no texto constitucional.

Na defesa da constitucionalidade da lei, aponta o requerido a existência de legislação similar no âmbito estadual, cuja propositura teria se originado na Assembleia Legislativa. Contudo, esquece-se que o controle de constitucionalidade tem como parâmetro a adequação dos dispositivos legais aos textos constitucionais.

Acesso ao Sumário

Nosso sistema legal se fundamenta na supremacia da Constituição, de tal forma que todas as normas de grau inferior devem estar em conformidade com o texto da Lei Maior. Conforme exposto pelo respeitado doutrinador José Afonso da Silva: ***"Nossa Constituição é rígida. Em consequência, é a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro. Toda autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competências governamentais. Nem o governo federal, nem os governos dos Estados, nem os dos Municípios ou do Distrito Federal são soberanos,***

porque todos são limitados, expressa ou implicitamente, pelas normas positivas daquela lei fundamental. Exercem suas atribuições nos termos nela estabelecidos. Por outro lado, todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal." e, mais adiante: ***"O fundamento dessa inconstitucionalidade está no fato de que do princípio da supremacia da constituição resulta o da compatibilidade vertical das normas da ordenação jurídica de um país, no sentido de que as normas de grau inferior somente valerão se forem compatíveis com as normas de grau superior, que é a constituição*** **(sic)**. ***As que não forem compatíveis com ela são inválidas, pois a incompatibilidade vertical resolve-se em favor das normas de grau mais elevado, que funcionam como fundamento de validade das inferiores. Essa incompatibilidade vertical de normas inferiores (leis, decretos etc.) com a constituição é o que, tecnicamente, se chama inconstitucionalidade das leis ou dos atos do Poder Público, e que se manifesta sob dois aspectos: (a) formalmente, quando tais normas são formadas por autoridades incompetentes ou em desacordo com formalidades ou procedimentos estabelecidos pela constituição; (b) materialmente, quando o conteúdo de tais leis ou atos contraria preceito ou princípio da constituição. Essa incompatibilidade não pode perdurar, porque contrasta com o princípio da coerência e harmonia das normas do ordenamento jurídico, entendido, por isso mesmo, como reunião de normas vinculadas entre si por uma fundamentação unitária"*** ("Curso de Direito Constitucional Positivo", São Paulo, Malheiros, 36ª ed. 2013, p. 48/49).

O princípio de separação dos Poderes vem expresso na Constituição Federal, repetido na Constituição Estadual, a ele estando submetidas todas as instâncias do Poder Público e, consequentemente, todos seus agentes.

E, sobre o conteúdo da norma, é de se dizer que ainda que não esteja pacificada a questão sobre a nocividade do uso de alimentos geneticamente modificados, a cautela em seu consumo aparenta ser a conduta mais adequada.

Contudo, o fato de a lei ter sido elaborada com intuito benéfico não a convalida, já que constatada sua inconstitucionalidade.

Diante do exposto, julgo procedente a presente ação para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 5.942, de 25 de agosto de 2015, do Município de Jacareí, por ofensa aos artigos 5º e 47, incisos II e XIV, todos da Constituição do Estado de São Paulo, oficiando-se à Câmara Municipal para as providências cabíveis, nos termos do v. acórdão.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de

Inconstitucionalidade nº 2192297-78.2015.8.26.0000, 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 PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.162)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente), FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, JOÃO CARLOS SALETTI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, 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, SALLES ROSSI, SILVEIRA PAULILO, FRANÇA CARVALHO, ARTUR MARQUES, EROS PICELI, XAVIER DE AQUINO e ANTONIO CARLOS MALHEIROS.

São Paulo, 16 de dezembro de 2015.

MOACIR PERES, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 13.585/2015, do Município de Ribeirão Preto, que dispõe sobre a colocação de placas de nomenclatura em todas as praças públicas do Município – Legislação que interfere na gestão administrativa do Município – Inadmissibilidade – Desrespeito aos artigos 5º, 25 e 47, incisos II e XIV, da Constituição Estadual – Vício formal de iniciativa – Lei de iniciativa parlamentar que invadiu as atribuições do Chefe do Poder Executivo, ofendendo o princípio da separação dos poderes – Ademais, a lei criou despesas públicas, sem indicar os recursos para a sua execução – Inconstitucionalidade configurada – Ação julgada procedente.

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, proposta pelo Prefeito do Município de Ribeirão Preto, contra a Lei Municipal nº 13.585/2015, que dispõe sobre a colocação de placas de nomenclatura em todas as praças públicas do Município.

Alega que o Legislativo Municipal usurpou funções do Executivo

ao ordenar a instalação, fiscalização e uso de mobiliário urbano destinado à nomenclatura de praças. Discorre sobre o princípio da separação dos poderes. Aduz que não houve indicação de receitas para atender aos novos encargos. Invoca os artigos 5º, 25, 37, 47, inc. II, 144 e 176, inc. I, da Constituição Estadual. Cita julgados. Diz que estão presentes os requisitos para a concessão da liminar (fls. 1/8).

A liminar foi deferida (fls. 31/32).

Intimado, nos termos do artigo 90, § 2º da Constituição Estadual, o Procurador Geral do Estado manifestou desinteresse na defesa do ato impugnado (43/45).

A Câmara Municipal de Ribeirão Preto prestou informações, defendendo a constitucionalidade da lei (fls. 47/48).

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência da ação (fls. 51/59).

É o relatório.

Objetiva o Prefeito Municipal de Ribeirão Preto a declaração da inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 13.585, de 12 de agosto de 2015, que "dispõe sobre colocação de placas de nomenclatura em todas as praças públicas no município e dá outras providências" (fls. 11).

A ação é procedente.

Dispõe a Lei Municipal nº 13.585/2015 que:

Artigo 1º *– Dispõe que o Poder Executivo colocará placa de identificação do homenageado por praça pública.*

Artigo 2º *– Para efeito do que trata o artigo 1º deste projeto, as placas deverão prioritariamente ter dimensões a serem estabelecidas pelo setor competente, nome, data de nascimento e falecimento e identificação do(a) homenageado(a).*

Artigo 3º *– Poderá o Executivo firmar parcerias, convênios com a iniciativa privada para viabilização e realização deste projeto.*

Artigo 4º *– As despesas decorrentes da execução desta lei correrão por conta das dotações orçamentárias próprias, suplementadas, se necessário.*

Artigo 5º *– A presente lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.*

De fato, há vício de constitucionalidade na norma em questão, já que a exigência de colocação de placas de identificação do homenageado em todas as praças públicas afronta os artigos 5º, 25 e 47, incisos II, XIV e XIX, alínea "a", da Constituição Estadual, que, por simetria, aplicam-se aos Municípios[1]:

Acesso ao Sumário

1 *Artigo 144 – Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se*

Art. 5º *– São Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.*

Art. 25 *– Nenhum projeto de lei que implique a criação ou o aumento de despesa pública será sancionado sem que dele conste a indicação dos recursos disponíveis, próprios para atender aos novos encargos.*

Art. 47 *– Compete privativamente ao Governador, além de outras atribuições previstas nesta Constituição:*

[...]

II *– exercer, com auxílio dos Secretários de Estado, a direção superior da administração estadual;*

[...]

XIV *– praticar os demais atos de administração, nos limites da competência do Executivo;*

[...]

Observa-se que a lei vergastada, em evidente vício de iniciativa, interferiu na gestão administrativa ao estabelecer obrigações ao Poder Executivo, ofendendo, assim, o princípio da separação dos poderes. Ademais, tais obrigações previstas (colocação de placas) geram custos, não se indicando a respectiva fonte de custeio, o que, por mais um motivo, denota a inconstitucionalidade na lei.

Ademais, como bem salientou a douta Procuradoria Geral de Justiça, "é ponto pacífico na doutrina, bem como na jurisprudência, que ao Poder Executivo cabe primordialmente a função de administrar, que se revela em atos de planejamento, organização, direção e execução de atividades inerentes ao Poder Público. De outra banda, ao Poder Legislativo, de forma primacial, cabe a função de editar leis, ou seja, atos normativos revestidos de generalidade e abstração. O legislador municipal, na hipótese analisada, atentou flagrantemente contra a separação de poderes e a competência do Poder Executivo para prática de atos de gestão administrativa. Ou seja, os atos combatidos invadiram a *esfera de gestão administrativa*, que cabe ao Poder Executivo, e envolve o *planejamento, a direção, a organização e a execução de atos de governo*. Isso equivale à prática de ato de administração, de sorte a malferir a separação dos poderes" (fls. 53).

Neste sentido, em casos semelhantes, já decidiu este Colendo Órgão Especial:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 1.484, de 11 de março de 2015, do Município de Floreal, que atribui denominação a quiosques localizados em praça da cidade, editada a partir de processo deflagrado perante a Câmara de Vereadores – Legislação que versa

Acesso ao Sumário

auto-organizarão por Lei Orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição.

questão atinente à organização e execução de atos da administração municipal, afeta à competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo local – Inobservância da iniciativa reservada conferida ao Prefeito que acabou por implicar em afronta ao princípio da separação dos poderes – Previsão legal, ademais, que acarreta o aumento de despesas do Município, que ficará obrigado a proceder à sinalização do logradouro objeto do ato normativo impugnado, sem que se tivesse declinado a respectiva fonte de custeio – Vícios de inconstitucionalidade aduzidos na exordial que, destarte, ficaram evidenciados na espécie, por afronta aos preceitos contidos nos artigos 5º, 25 e 47, incisos II e XIV, todos da Constituição do Estado de São Paulo – Precedentes desta Corte – Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2069718-31.2015.8.26.0000; Rel. Des. Paulo Dimas Mascaretti; j. em 26/08/2015).

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei municipal de iniciativa parlamentar dispondo sobre regras e critérios para denominação de bens, ruas, praças e logradouros públicos. No exercício de sua função legislativa, a Câmara Municipal está autorizada a editar normas gerais e, abstratas disciplinando denominação de vias e logradouros. Vício de iniciativa. Afronta ao processo legislativo. Ingerência na gestão local. Imposição de ônus. Desrespeito à separação dos poderes. Precedentes deste C. Órgão Especial. Inconstitucional o ato normativo impugnado. Procedente a ação (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0171511-18.2013.8.26.0000; Rel. Des. Evaristo dos Santos; j. em 05/02/2014; v.u).

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – No âmbito municipal, as funções de governo são divididas entre os Poderes Executivo e Legislativo, cabendo àquele administrar com observância ao princípio da legalidade e a este editar normas genéricas e abstratas – Independência e harmonia entre os Poderes de Estado (artigo 5º da CE/89) – O Poder Executivo planeja, organiza e dirige serviços, prestando-os direta ou indiretamente (artigo 47 incisos II e XIV da CE/89) – No caso, embora elogiável, a inclusão do nome do bairro nas placas que designam o nome dos logradouros constitui ato próprio do Poder Executivo – Vício de iniciativa – Ademais, há criação de despesas sem a indicação de receita (artigo 25 da CE/89) – Referidos dispositivos são de observância obrigatória pelos municípios (artigo 144 da CE/89) – Portanto, a lei em tela vulnera os artigos 5º, 25, 47 incisos II e XIV e 144, todos da Constituição do Estado de São Paulo – Precedentes – Ação procedente (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0081001-27.2011.8.26.0000; Rel. Des. Gonzaga Franceschini; j. em 25/07/2012; v.u).

Destarte, é manifesta a incompatibilidade da lei que determina a colocação

Acesso ao Sumário

de placas em praças públicas, guerreada com os artigos 5º, 25 e 47, incisos II e XIV, da Constituição Estadual.

Ante o exposto, julga-se procedente a ação, para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 13.585/2015, do Município de Ribeirão Preto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2145433-79.2015.8.26.0000, 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 RIO CLARO e PREFEITO MUNICIPAL DE RIO CLARO.

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 23143)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente), BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, SILVEIRA PAULILO, FRANÇA CARVALHO, ARTUR MARQUES, EROS PICELI, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, JOÃO CARLOS SALETTI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, PAULO DIMAS MASCARETTI, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO E LUIZ ANTONIO DE GODOY.

São Paulo, 16 de dezembro de 2015.

NEVES AMORIM, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ART. 2º DA LEI Nº 4.373. DE 2012, DO MUNICÍPIO DE RIO CLARO – LEI MUNICIPAL QUE DISPÕE SOBRE A VINCULAÇÃO DA REVISÃO ANUAL DOS SUBSÍDIOS DOS AGENTES POLÍTICOS MUNICIPAIS À REVISÃO ANUAL DOS SERVIDORES PÚBLICOS TITULARES DE CARGOS DE PROVIMENTO EFETIVO – INADMISSIBILIDADE – EXPRESSA VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL (ART. 37, XIII,

Acesso ao Sumário

DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DO ART. 115, XV, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL – PRECEDENTES DESTE C. ÓRGÃO ESPECIAL – INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA. AÇÃO PROCEDENTE.

VOTO

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Sr. Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, postulando a declaração de inconstitucionalidade da expressão *"Os valores acima serão revistos anualmente, sempre nos meses de janeiro de cada ano, de acordo com o índice inflacionário, previsto pelo IPCA do IBGE – Índice de Preço ao Consumidor Amplo, em conformidade com o disposto no artigo 37, inciso X, da Constituição Federal, com a alteração introduzida pela Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998"*, inserta no art. 2º, da Lei nº 4.373, de 09 de abril de 2012, do Município de Rio Claro.

Afirma que o dispositivo impugnado trata dos subsídios do Prefeito, Vice-Prefeito e Secretários Municipais de Rio Claro. Sustenta que a expressão supramencionada padece de inconstitucionalidade, pois contrasta com o artigo 111, 115, XI e XV, ambos da Constituição Estadual, que reproduzem o artigo 37, *caput*, X e XIII e o artigo 39, § 4º, ambos da Constituição Federal. Alega que o ordenamento constitucional proíbe a vinculação dos subsídios dos agentes políticos municipais ao dos servidores públicos municipais para fins de revisão geral anual.

A liminar foi concedida para sustar os efeitos da lei impugnada (fls. 45/46).

Instado a se manifestar para os fins do artigo 90, § 2º, da Constituição do Estado de São Paulo, o Procurador Geral do Estado externou desinteresse na defesa dos dispositivos impugnados, pois tratam de matéria exclusivamente local (fls. 68/70).

Foram interpostos agravos regimentais contra decisão que concedeu a liminar (fls. 77/84 e 111/120), contudo este C. Órgão Especial negou provimento aos recursos (fls. 102/105 e 151/154).

A Câmara Municipal, representada por seu Presidente, Sr. João Luiz Zaine, apresentou suas informações postulando a suspensão da eficácia da liminar concedida e a improcedência da ação (fls. 160/165).

O Prefeito Municipal de Rio Claro se manifestou pela legalidade da lei impugnada (fls. 177/183).

A D. Procuradoria Geral de Justiça reiterou os termos da inicial e requereu a procedência da ação sob a seguinte ementa:

Acesso ao Sumário

"1. Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 2º, da Lei nº 4.373, de 09 de abril de 2012, do Município de Rio Claro.

2. A revisão geral anual da remuneração dos agentes políticos municipais é direito exclusivo dos servidores públicos titulares de cargos de provimento efetivo.

3. Inadmissibilidade da vinculação dessa revisão àquela promovida em favor dos servidores públicos municipais, pela adoção de identidade de datas e índices.

4. Arts. 111, 115, XI e XV, e 144, CE; arts. 29, V e 37, X e XIII, CF (fls. 192/201).

É o relatório.

A Lei nº 4.373, de 09 de abril de 2012, do Município de Rio Claro, impugnada por meio desta Ação Direta de Inconstitucionalidade, assim dispõe:

"Artigo 2º – Os valores acima [referentes aos subsídios mensais do Prefeito-Municipal, Vice-Prefeito Municipal e Secretários Municipais] serão revistos anualmente, sempre nos meses de janeiro de cada ano, de acordo com o índice inflacionário previsto pelo IPCA do IBGE – Índice de Preço ao Consumidor Amplo, em conformidade com o disposto no artigo 37, inciso X, da Constituição Federal, com a alteração introduzida pela Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998".

Segundo narra a inicial, a inconstitucionalidade do dispositivo reside na previsão de que os subsídios do Prefeito, do Vice-Prefeito e dos Secretários Municipais serão anualmente revistos na mesma data e com identidade de índices em relação à revisão geral anual promovida em favor dos servidores públicos efetivos.

Inicialmente, pondero que os agentes políticos, ao contrário do alegado pelo autor, passaram a ter direito à revisão inflacionária de sua remuneração com o advento da Emenda Constitucional nº 19/1998, que alterou o inciso X, do artigo 37, da Constituição Federal para incluir os detentores de mandato eletivo.

Não obstante, apesar do direito à revisão, ela não pode ser vinculada, sob qualquer modo, à revisão geral anual dos vencimentos devidos aos demais servidores públicos, sob pena de ofensa ao sistema eleito pelo legislador constituinte, segundo o qual *"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 artigo 37, X e XI"* (39, § 4º, da Constituição Federal) – g.n.

Acesso ao Sumário

Desse modo, a lei padece de inequívoca inconstitucionalidade ao dispor sobre a vinculação à revisão anual dos servidores públicos.

O Supremo Tribunal Federal já analisou a questão, deixando assentado que *"Revela-se inconstitucional a vinculação dos subsídios devidos aos agentes políticos locais (Prefeito, Vice-Prefeito e Vereadores) à remuneração estabelecida em favor dos servidores públicos municipais"* (AgReg no Recurso Extraordinário nº 411.156-SP, 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, v. un., Rel. Min. Celso de Mello, em 29/11/11, DJe de 16/12/11).

A garantia da revisão geral anual é direito subjetivo exclusivo dos servidores públicos e dos agentes políticos expressamente elencados na Constituição Federal, tais como magistrados e membros do Ministério Público e do Tribunal de Contas, em virtude do caráter profissional de seu vínculo à função pública.

Nesta toada, a equiparação dos reajustes (entre agentes sujeitos a regimes jurídicos distintos), configura ofensa ao art. 37, XIII, da Constituição Federal e art. 115, inciso XV, da Constituição Estadual:

"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:

(...)

XV – 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*".*

Desta forma já decidiu este C. Órgão Especial, valendo citar excerto do voto da lavra do Des. Walter de Almeida Guilherme, por ocasião do julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade nº 0091451-58.2013.8.26.0000, julgado em 26/06/2013: *"Dispusesse o artigo 3º da Lei nº 4.052/2011, do Município de Bariri, que os subsídios do Prefeito e do Vice-Prefeito seriam reajustados, anualmente, em índice equivalente à correção monetária, medida pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), calculado pelo Instituto Brasileiro da Estatística e Geografia, alvo das metas de inflação no Brasil; dispusesse o artigo 6º da Lei nº 4.053/2011, do mesmo Município, que o reajuste dos subsídios dos Vereadores se daria, anualmente, pelo mencionado índice, neles não se detectaria inconstitucionalidade, pois estariam simplesmente procedendo à revisão anual da remuneração de servidores públicos municipais, como autoriza a Constituição da República, no artigo 37, inciso X. Mas não é o que ocorre, pois ambos os artigos determinam que a atualização e revisão dos subsídios do Prefeito e do Vice-Prefeito e dos Vereadores se façam pelos mesmos índices aplicados aos servidores municipais. Ora, e se os servidores públicos municipais vieram a ter reajustada não apenas em acordo com a corrosão do poder de compra da moeda, isto é, pelo IPCA, mas em função de outro percentual? Ou seja, se não houver meramente uma atualização*

Acesso ao Sumário

monetária, mas aumento real da remuneração? Os subsídios do Prefeito e do Vice-Prefeito e dos Vereadores, então, estariam sendo majorados exatamente na mesma proporção do aumento da remuneração dos demais servidores, em vedada equiparação ou vinculação de remuneração, conforme disposto no artigo 37, XIII, da Constituição Federal, e artigo 115, XV, da Constituição do Estado, e, ainda, no tocante aos Vereadores, na mesma legislatura, de acordo com o que estabelece o artigo 29, VI, da Constituição da República. Uma coisa é o reajuste anual de subsídios de conformidade com o índice inflacionário, consubstanciando permitida revisão anual, bem outra é a determinação de que o reajuste dos subsídios siga sempre o mesmo percentual de aumento do funcionalismo em geral".

E ainda:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – art. 3º da Lei nº 1.849, de 28 de março de 2012, art. 2º da Lei nº 1.850, de 28 de março de 2012 e do Decreto nº 1.552, de 30 de dezembro de 2013, do Município de Araçoiaba da Serra, que estabelecem e implantam a revisão anual dos subsídios do Prefeito Municipal, Vice-Prefeito e dos Secretários Municipais – Agentes políticos que não encontram amparo constitucional para revisão anual geral de seus subsídios – Afronta ao artigo 115, inciso XI, da Constituição Estadual – Ação procedente" (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2204439-51.2014.8.26.0000 – Rel. Des. Antonio Carlos Malheiros, j. 28.1.2015).

"Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei 1394/2012, Resolução 02/2012, LC 227/2013, do município de Pradópolis, que instituíram a equiparação dos subsídios dos agentes políticos municipais à remuneração dos servidores públicos, fazendo incidir em favor de todos a revisão geral anual. 1. Vedada por norma constitucional Estadual e Federal a equiparação instituída pela municipalidade, em flagrante afronta aos artigos 111, 115, XI e XV, e 144, da Constituição Estadual e 29, V e VII, e 37, XIII e X, da Carta Federal, impõe-se o reconhecimento da inconstitucionalidade suscitada. 2. Julgaram procedente a ação" (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0167999-27.2013.8.26.0000, São Paulo, Órgão Especial do TJSP, Rel. Des. Vanderci Álvares, j. 15/01/2014).

Manifesta, portanto, a incompatibilidade dos dispositivos da legislação municipal impugnada com os artigos 115, XV, da Constituição Estadual e 37, inciso XIII, da Constituição Federal, razão pela qual devem ser declarados inconstitucionais.

Assim, pelo meu voto, julgo procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade do artigo 2º, da Lei nº 4.373, de 09 de abril de 2012, do Município de Rio Claro.

Custas na forma da lei, sem imposição de honorários advocatícios.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2210942-54.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE TUPÃ.

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 29.255)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, LUIZ ANTONIO DE GODOY, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, VICO MAÑAS, SILVEIRA PAULILO, NUEVO CAMPOS, LUIS SOARES DE MELLO, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO e FERRAZ DE ARRUDA.

São Paulo, 27 de janeiro de 2016.

ARANTES THEODORO, Relator

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Resolução nº 2/2015, da Câmara Municipal de Tupã, que criou o cargo em comissão de "Secretário Legislativo Jurídico". Inocorrência, no caso concreto, de ofensa a dispositivos da Constituição estadual. Cargo de confiança incumbido da assessoria direta da mesa da Câmara e seu Presidente, sem poder de representação, situado no patamar superior da administração da Casa e ao qual se subordina a Secretaria Legislativa Jurídica composta pelos setores de Procuradoria Jurídica e Licitações e Contratos, esses sim integrados por advogado de carreira na função de procurador. Cargo situado em patamar que corresponderia, no Poder Executivo, ao do Secretário de Assuntos Jurídicos. Ação julgada improcedente.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade voltada contra o artigo 12 e os Anexos I e IV da Resolução nº 2, de 11 de maio de 2015, da Câmara Municipal de Tupã, no ponto em que criaram o cargo de "Secretário Legislativo Jurídico".

O autor alega que o citado cargo é inconstitucional, eis que suas atribuições são próprias da advocacia pública e reclamam provimento mediante concurso, tendo ferido, assim, os artigos 30, 98 a 100, 111 e 144 da Constituição estadual, que se reportam ao modelo traçado pelo artigo 132 da Carta federal.

A liminar foi negada.

O Procurador Geral do Estado informou não haver interesse estadual no feito.

O Presidente da Câmara prestou informações e sustentou a constitucionalidade dos dispositivos impugnados ao fundamento de que aquele cargo ocupa posição elevada na estrutura interna da Câmara e se assenta na relação de confiança a justificar a nomeação sem concurso, sendo que junto à Secretaria Legislativa acha-se lotado servidor de carreira que atua como Procurador Jurídico.

A Procuradoria Geral de Justiça insistiu na procedência da ação.

É o relatório.

O autor questiona a constitucionalidade do artigo 12 e Anexos I e IV da Resolução nº 2, de 11 de maio de 2015, da Câmara Municipal de Tupã, relativamente à criação do cargo de Secretário Legislativo Jurídico, a ser provido mediante livre nomeação da Mesa.

Pois bem.

Simetricamente ao que prevê o artigo 37 inciso I da Constituição da República, a Carta bandeirante anuncia que *"a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia, em concurso público de provas ou de provas e títulos"*.

A exceção a essa regra dá-se com os cargos em comissão, assim declarados em lei como de livre nomeação ou exoneração e que se destinam exclusivamente *"às atribuições de direção, chefia e assessoramento"* (art. 115, incisos II e V).

Assim ocorre, note-se, também com os cargos incumbidos da representação judicial e de consultoria jurídica, atividade privativa de advogado e que devem ser providos mediante concurso, salvo em se apresentando aquela situação excepcional.

Disso decorre que a validade da instituição do regime de livre nomeação depende do concreto exame das atribuições do cargo, o que torna indispensável, portanto, que a lei as especifique de modo a evidenciar que se cuida de cargo

Acesso ao Sumário

de direção, chefia e assessoramento e não, assim, meramente burocrático, sem qualquer demanda de especial vínculo de confiança com os níveis elevados da Administração.

Pois no caso concreto a posição do cargo na estrutura administrativa da Câmara Municipal, associada à descrição das respectivas funções, mostra não se cuidar de cargo subalterno, nem incumbido da representação da Câmara – salvo a representação cerimonial – mas situado em patamar que corresponderia, no Poder Executivo, ao do Secretário de Assuntos Jurídicos.

De fato, o ocupante do aludido cargo subordina-se diretamente à Mesa, a cujo presidente ele presta assessoria *"nas sessões camarárias"*, cabendo-lhe nessa ocasião *"o encargo de interpretar o regimento Interno"* e emitir posição sobre matéria de *"natureza estratégica"*, e fora delas atuar *"para a correta implantação de políticas administrativas, legislativas ou de outra natureza"* (Anexo I).

Sob a sua direção e coordenação acham-se *"a Secretaria Legislativa Jurídica composta pelos setores de Procuradoria Jurídica e Licitações e Contratos"*, essas sim integradas por advogado de carreira na função de procurador, como exigem os artigos 30 e 98 a 100 da Constituição Estadual.

Está evidente, pois, que as atribuições do "Secretário Legislativo Jurídico" não correspondem às incumbências típicas de assessor jurídico, nem se resumem a atividades meramente burocráticas e rotineiras.

Cuida-se, sim, de cargo que integra a administração superior da Câmara, de "elemento de confiança" subordinado diretamente à Mesa e ao seu Presidente, a quem presta assessoria direta, incumbindo-lhe, além disso, chefiar, dirigir, planejar, orientar e coordenar a Secretaria Legislativa Jurídica.

Daí se dizer que no âmbito do Poder Executivo tal cargo equivaleria, grosso modo, ao de Secretário de Assuntos Jurídicos, que evidentemente não reclama provimento mediante concurso.

Não se apresenta, pois, a alegada desconformidade com o texto ou com princípios constitucionais.

Por isso, julga-se improcedente a ação.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2187097-90.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SANTANA DE PARNAÍBA, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SANTANA

DE PARNAÍBA.

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 34460)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, VICO MAÑAS, SILVEIRA PAULILO, NUEVO CAMPOS, LUIS SOARES DE MELLO, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO e ANTONIO CARLOS VILLEN.

São Paulo, 27 de janeiro de 2016.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 3.455/2015, do Município de Santana de Parnaíba – Ato normativo que "dispõe sobre a normatização e diretrizes na outorga de permissão de serviços de transportes individuais de passageiros e disciplinamentos de táxis" – Inviável o exame da matéria sob a ótica de sua compatibilidade com normas infraconstitucionais – Implicariam somente ofensa reflexa à Constituição Paulista as alegações concernentes à incompatibilidade da lei impugnada em relação às disposições do ato normativo alterado (Lei Municipal nº 2.152/1999) e às normas referentes à licitação, bem como em relação à sugerida irregularidade do processo legislativo previsto na Lei Orgânica local – Verdadeiro aspecto relevante na apreciação do alegado vício de inconstitucionalidade da lei que diz respeito à suposta violação do princípio da separação de Poderes – Lei de iniciativa parlamentar que trata matéria relativa a serviço público de táxi, típica da atividade administrativa (transferência de alvarás de estacionamento) – Afronta aos artigos 5º, *caput*, 47, II, XIV e XVIII, e 144, da Constituição do Estado de

Acesso ao Sumário

São Paulo – Precedentes deste C. Órgão Especial – Ação julgada procedente, com modulação de efeitos a partir da data do julgamento.

VOTO

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Prefeito do Município de Santana de Parnaíba, objetivando a declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 3.455, de 25 de março de 2015, que *"dispõe sobre a normatização e diretrizes na outorga de permissão de serviços de transportes individuais de passageiros e disciplinamentos de táxis"* (fls. 23). Sustenta que a rejeição ao veto do Prefeito teria ocorrido em prazo superior aos trinta dias previsto no art. 46, § 4º, da Lei Orgânica daquele município. Alega que a lei de iniciativa parlamentar teria invadido a esfera de competência do Poder Executivo, em afronta ao princípio da separação de Poderes. Afirma que a nova redação dada aos incisos I, III e parágrafo único, do artigo 15-A, da Lei nº 2.152/99, já encontraria respaldo no artigo 14, da referida lei, regulamentada pelo Decreto 2.227/2001. Aduz que "a legislação pertinente já se ocupa com a transmissão 'causa mortis', sendo desnecessária alteração" e que "A inserção de novo dispositivo apresenta a possibilidade insegurança jurídica" (fls. 15). Alega, ainda, que os artigos 15-B a 15-F, inseridos pelo ato normativo impugnado, tratariam da transferência de alvará a terceiros por ato *inter vivos*, violando o princípio da obrigatoriedade de licitar, previsto no artigo 175, da Constituição Federal. Foi indeferido o pedido de liminar suspensão de eficácia da lei impugnada (fls. 135/136), decisão posteriormente ratificada no julgamento de agravo regimental interposto pelo autor (fls. 205/208). O Presidente da Câmara Municipal prestou informações (fls. 141/145). O Procurador Geral do Estado manifestou desinteresse no feito (fls. 175/177). A Procuradoria de Justiça manifestou-se pela improcedência da ação (fls. 214/223).

É o relatório.

A Lei nº 3.455, de 25 de março de 2015, do Município de Santana de Parnaíba, *"dispõe sobre a normatização e diretrizes na outorga de permissão de serviços de transportes individuais de passageiros e disciplinamentos de táxis"*, nos seguintes termos:

"Art. 1º – Fica acrescido o Capítulo V-A e os artigos 15-A a 15-E à Lei nº 2.152, de 23 de setembro de 1999, com a seguinte redação:

Capítulo V-A

Da transferência

Art. 15-A – Fica permitido a transferência de alvarás de estacionamento entre particulares no âmbito do município de Santana do Parnaíba, nos seguintes casos:

Acesso ao Sumário

I – quando ocorrer morte do taxista;

II – no caso de incapacidade ou invalidez permanente do taxista, declarada pelo Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS;

III – quando se tratar de espólio, viúva ou herdeiros de motorista autônomo, enquanto pelo menos um deles for civilmente incapaz.

Parágrafo único – Ao espólio, viúva ou herdeiros do taxista, é assegurada a faculdade de indicar condutor para dirigir o veículo, desde que o faça por escrito, no prazo de 90 (noventa) dias a contar do evento que tiver motivado a transferência de alvará.

Art. 15-B – Fora das hipóteses previstas no artigo anterior, o pedido de transferência do alvará de autorização a terceiro deverá ser formulado pelo adquirente, instruído com o comprovante de transação (contrato de cessão de direitos), com as firmas reconhecidas e demais documentos que lhe forem exigidos.

§ 1º – A transferência do alvará somente será permitida quando o taxista não estiver em débito para com a Prefeitura, relativamente às taxas e multas incidentes sobre a atividade.

§ 2º – O taxista que transferir seu alvará a terceiro, somente poderá obter outro depois de decorrido 05 (cinco) anos de transação, através de transferência ou alvará inicial.

§ 3º – No decorrer dos 05 (cinco) anos, ao taxista que tiver transferido seu alvará a terceiro, será vedada a inscrição como condutor (preposto).

Art. 15-C – O taxista que obtiver licença através da transferência somente poderá transferir seu alvará após decorridos 05 (cinco) anos.

Art. 15-D – Para as transferências deverá o adquirente recolher uma taxa ao Departamento de Transportes Públicos, no mesmo montante da taxa de permissão para táxi no valor de R$ 1.902,32 (mil novecentos e dois reais e trinta e dois centavos).

Art. 15-E – O adquirente deverá ainda no ato da transferência comprovar que atende os requisitos legais para o uso do alvará de estacionamento.

Art. 15-F – Efetivado o processo de transferência de alvará, e autorizado pela prefeitura, este alvará não poderá participar de novo processo de transferência por um prazo mínimo de 05 (cinco) anos.

Art. 2º – Esta lei entrará em vigor na data da sua publicação." (fls. 23/24).

Acesso ao Sumário

De início, cumpre anotar ser inviável o exame da matéria sob a ótica de sua compatibilidade com normas infraconstitucionais. Assim, implicariam

somente ofensa reflexa à Constituição Paulista as alegações concernentes à incompatibilidade da lei impugnada em relação às disposições do ato normativo alterado (Lei Municipal nº 2.152/1999) e às normas referentes à licitação. De igual maneira, o exame a sugerida irregularidade do processo legislativo previsto na Lei Orgânica local também se encontra somente no plano da legalidade. Como sabido, *"Há impossibilidade de controle abstrato de inconstitucionalidade de lei, quando, para o deslinde da questão, se mostra indispensável o exame do conteúdo de outras normas jurídicas infraconstitucionais de lei [...]"* (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1527-3/SC, Pleno do Supremo Tribunal Federal, v. un., Rel. Min. Maurício Corrêa, em 5/11/97, DJ de 18/5/00, p. 430).

O verdadeiro aspecto relevante na apreciação do alegado vício de inconstitucionalidade da lei diz respeito à suposta violação do princípio da separação de Poderes, previsto no artigo 5º, *caput*, da Constituição do Estado de São Paulo. Sob este prisma, respeitado o entendimento adotado pela D. Procuradoria de Justiça, o pleito procede.

Como sabido, serviços de táxi são serviços de transporte público transferidos aos particulares por meio de autorização, certo que *"a transferência da prestação do serviço é delegada por ato administrativo (bilateral ou unilateral) e pela mesma forma pode ser retirada ou alterada* [...]*"* (Hely Lopes Meirelles, Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros, São Paulo, 2013, p. 450). Tenha-se em mente, ainda, que *"Serviços autorizados são aqueles que o Poder Público, normalmente por ato unilateral, em regra precário e discricionário, delega sua execução a particular"* (op. cit. p. 472).

O ato normativo impugnado, ao dispor sobre forma de transferência dos alvarás de estacionamento, seja por sucessão *causa mortis* ou *inter vivos*, abrange matéria relativa a serviço público, típica da atividade administrativa. Ademais, vale lembrar, *mutatis mutandis*, a previsão contida no artigo 47, XVIII, da Constituição Paulista, segundo a qual compete privativamente ao chefe do Poder Executivo *"enviar à Assembleia Legislativa projeto de lei sobre o regime de concessão ou permissão de serviços públicos"*, aplicando-se a mesma disposição ao âmbito dos municípios, por força de seu artigo 144. Portanto, é de se reconhecer que houve indevida invasão do Poder Legislativo na esfera de competência da Administração local.

Sobre o tema, assim já decidiu este Colendo Órgão Especial:

> "Ação direta de inconstitucionalidade – Lei do Município de Suzano, de iniciativa parlamentar, que altera o regime de concessão ou transferência de alvará para a prestação de serviços de táxis na cidade – Vício de iniciativa – Violação ao princípio da separação de Poderes (art. 5º, da Constituição Estadual) – Ingerência na competência do Executivo, por tratar de matéria de serviços públicos e atos administrativos –

Acesso ao Sumário

Ação procedente" (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0204840-55.2012.8.26.0000, São Paulo, Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, v. un., Rel. Des. Enio Zuliani, em 27/2/2013).

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – alíneas 'd' e 'e' do § 2º e do § 3º do artigo 1º, a expressão 'trabalhista' do § 3º do artigo 2º, o artigo 3º, os §§ 2º, 7º, 8º, 9º e 10 do artigo 7º, e o inciso XVII do artigo 12, todos, da Lei Municipal nº 5.414, de 2 de dezembro de 2010, do Município de Itapetininga, deste Estado – Lei local que 'disciplina os serviços de táxi no Município de Itapetininga e dá outras providências' – Dispositivos oriundos de alteração legislativa implementada por emendas da Câmara Municipal ao Projeto de Lei do Executivo – Alteração vetada pelo Prefeito, porém, promulgada pela Câmara em sessão ordinária, que deliberou a rejeição do veto aposto pelo Chefe do Executivo – Indevida ingerência do legislativo em matéria de competência privativa do executivo – Norma que disciplina matéria de atribuição do Prefeito na gestão ordinária da Administração Pública – Dispositivos que invadem matéria cuja iniciativa é de competência privativa do Chefe do Executivo – Violação do disposto na alínea 'b' do inciso II do § 1º do artigo 61 da Constituição Federal, aplicável ao Município em razão da redação do artigo 144 da Constituição Estadual de São Paulo – Violação do princípio da tripartição dos poderes, consagrado no artigo 2º da Constituição Federal e artigo 5º da Constituição do Estado de São Paulo – Vulneração da previsão do inciso II do artigo 47 da Constituição do Estado de São Paulo – Inconstitucionalidade formal reconhecida – Precedentes jurisprudenciais do C. Supremo Tribunal Federal – Ação procedente – Inconstitucionalidade declarada" (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0051767-97.2011.8.26.0000, v. un., Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, v. un., Rel. Des. José Reynaldo, em 17/10/2012).

"Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Municipal de Capão Bonito, de iniciativa parlamentar, dispondo sobre a atividade de taxista no município, e a concessão de alvará. Afronta ao princípio da separação dos poderes. Invasão de competência exclusiva do Executivo. Ação procedente para declarar a inconstitucionalidade da lei nº 3.467/11 do Município de Capão Bonito" (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0078385-79.2011.8.26.0000, Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, v. un., Rel. Des. Ruy Coppola, em 21/9/11).

Resta evidente, portanto, a afronta aos artigos 5º, *caput*, 47, II, XIV e XVIII, e 144, da Constituição do Estado de São Paulo.

Diante disso, julga-se procedente a ação para reconhecer a inconstitucionalidade da Lei nº 3.455, de 25 de março de 2015, do Município de Santana de Parnaíba. A fim de se preservar o interesse daqueles que, de boa-

Acesso ao Sumário

fé, adequaram-se a referida lei na aquisição ou transferência dos alvarás, são modulados os efeitos da decisão a partir da data deste julgamento.

Custas na forma da lei, sem imposição de honorários advocatícios.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2139153-92.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO BERNARDO DO CAMPO e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO BERNARDO DO CAMPO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE, COM EFEITO 'EX TUNC'. V.U", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.630)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, LUIZ ANTONIO DE GODOY, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, VICO MAÑAS, SILVEIRA PAULILO, NUEVO CAMPOS, LUIS SOARES DE MELLO, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS e PÉRICLES PIZA.

São Paulo, 27 de janeiro de 2016.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Lei nº 5.230, de 04 de dezembro de 2003, do Município de São Bernardo do Campo, alterando o art. 374, da Lei Municipal nº 4.974/01 (Código de Posturas), excluiu ruídos causados por vozes, cânticos ou instrumentos musicais, produzidos no interior de escolas, clubes, igrejas, templos ou outros locais especialmente destinados a cultos religiosos, entre 8h e 22h, da sujeição às normas da Associação Brasileira

de Normas Técnicas – ABNT. Ofensa aos arts. 1º e 144 da CE. Violação do princípio federativo.

Ação procedente.

VOTO

1. Trata-se de **ação direta de inconstitucionalidade** do Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo tendo por objeto a **Lei nº 5.230**, de 04 de dezembro de 2003, do Município de São Bernardo do Campo, que, alterando o art. 374 da Lei nº 4.974/01 (Código de Posturas), excluiu os ruídos produzidos por vozes, cânticos ou instrumentos musicais, no interior de escolas, clubes, igrejas, templos ou outros locais destinados a cultos religiosos, no intervalo entre 8h e 22h, do controle previsto nas normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT.

Sustentou, em resumo, a afronta aos arts. 1º e 144 da CE e incompatibilidade com os arts. 24 e 30 da CF. Invasão de competência concorrente legislativa da União e Estados, no que se refere à proteção do meio ambiente. Controle de níveis e de propagação de ruídos não pode ser afastado, mormente em face de regulação expedida pelo CONAMA, que disciplina a matéria e impõe limites de emissão sonora para os períodos diurno e noturno, em patamar admissível para a saúde e sossego público. Daí o reconhecimento da inconstitucionalidade (fls. 01/11).

Sem pleito liminar (fls. 51), declinou de sua intervenção o d. Procurador Geral do Estado (fls. 60/62). Vieram informações da Câmara Municipal (fls. 104/129). Manifestou-se o Prefeito (fls. 140/152). Opinou a d. Procuradoria Geral de Justiça pela procedência da ação (fls. 92/102 e 154).

É o relatório.

2. a) Procedente a ação.

Trata-se de **ação direta de inconstitucionalidade** da Procuradoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo tendo por objeto a **Lei nº 5.230**, de 04 de dezembro de 2003, do Município de São Bernardo do Campo, que, alterando o art. 374 da Lei nº 4.974/01 (Código de Posturas), excluiu os ruídos produzidos por vozes, cânticos ou instrumentos musicais, no interior de escolas, clubes, igrejas, templos ou outros locais destinados a cultos religiosos, no intervalo entre 8h e 22h, do controle previsto nas normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT.

A norma impugnada apresenta o seguinte teor:

"Artigo 1º. O artigo 374, da lei municipal nº 4974, de 31 de maio de 2001, passa a vigorar com a seguinte redação:"

*"**Art. 374**. Os ruídos causados por vozes, cânticos ou instrumentos musicais, produzidos no interior de escolas, clubes, igrejas, templos ou*

Acesso ao Sumário

outros locais especialmente destinados a cultos religiosos, ficam sujeitos à vedação estabelecida no artigo 368, salvo no período compreendido entre 8h (oito horas) e 22h (vinte e duas horas).”

“Art. 2º. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.” (fls. 146/147).

Pois bem.

De acordo com a **Constituição Estadual** *“Art. 144. Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organização por Lei Orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição.”*.

A **autonomia** conferida aos Municípios pode ser exclusiva, no que se refere ao **interesse local** (art. 30, I) ou concorrente (art. 30, inciso II, da Constituição Federal, *“suplementar a legislação federal e a estadual no que couber”*).

Especificamente quanto ao **meio ambiente**, há competência paralela do Município em prol de sua preservação (Constituição Federal – art. 23 *“É competência **comum** da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:” (...)* **VI** – *“proteger o meio ambiente e combater a **poluição** em qualquer de suas formas;”* – grifei).

JOSÉ AFONSO DA SILVA define **competência comum** por:

“(c) comum, cumulativa ou paralela, *reputadas expressões sinônimas, que significa a faculdade de legislar ou praticar certos atos, em determinada esfera, juntamente e em pé de igualdade, consistindo, pois, num campo de atuação comum às várias entidades, sem que o exercício de uma venha a excluir a competência de outra, que assim pode ser exercido cumulativamente (art. 23); (...)”* (“Curso de Direito Constitucional Positivo” – Ed. Malheiros – 21ª ed. – 2002 – p. 479).

É **modalidade** de repartição de **competência administrativa** que: *“... é, em princípio, correlata à competência legislativa. Assim, quem tem competência para legislar sobre uma matéria tem competência para exercer a função administrativa quanto a ela. Entretanto, há todo um campo que é comum no plano administrativo à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios (art. 23). Neste, todos esses entes federativos devem cuidar do cumprimento das leis, independentemente da origem federal, estadual, ‘distrital’, ou municipal.”* (**MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO**, “Curso de Direito Constitucional” – Saraiva – 34ª Ed. – 2008 p. 61).

Sintetiza **PAULO AFFONSO LEME MACHADO** *“A competência para legislar, quando a União já editou uma norma geral, pressupõe uma obediência à norma federal, se editada de acordo com a Constituição Federal. Situa-se no campo da hierarquia das normas e faz parte de um sistema chamado*

Acesso ao Sumário

de 'fidelidade federal'. Não é a mesma situação perante a implementação administrativa da lei (art. 23, da CF), onde não há hierarquia nas atuações das diferentes Administrações Públicas." ("Direito Ambiental Brasileiro" – Ed. Malheiros – 18ª Ed. – 2010 – p. 121).

Assim, a proteção do meio ambiente demanda plena observância a todo o arcabouço normativo. A competência comum visa aumentar a margem de controle, devendo-se prezar pela cooperação.

Inviável norma local **isentar** seja qual for o agente causador de ruído, inclusive cultos religiosos, dos **padrões de controle de ruído** de regulação geral.

O Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA –, instituído pela **Lei Federal nº 6.938/81**, é órgão consultivo e deliberativo, e possui a finalidade de deliberar sobre normas e padrões compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida.

Nesse contexto, expediu-se a Resolução CONAMA nº 001/90, assim dispondo:

> *"Considerando que os critérios e padrões deverão ser abrangentes e de forma a permitir fácil aplicação em todo o Território Nacional, RESOLVE:"*
>
> *"I – A emissão de ruídos, em decorrência de quaisquer atividades industriais, comerciais, sociais ou recreativas, inclusive as de propaganda política obedecerá, no interesse da saúde, do sossego público, aos padrões, critérios e diretrizes estabelecidos nesta Resolução."*
>
> *"II – São prejudiciais à saúde e ao sossego público, para os fins do item anterior aos ruídos com níveis superiores aos considerados aceitáveis pela norma NBR 10.152 – Avaliação do Ruído em Áreas Habitadas visando o conforto da comunidade, da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT."*
>
> *(...)*
>
> *"V – As entidades e órgãos públicos (federais, estaduais e municipais) competentes, no uso do respectivo poder de polícia, disporão de acordo com o estabelecido nesta Resolução, sobre a emissão ou proibição da emissão de ruídos produzidos por quaisquer meios ou de qualquer espécie, considerando sempre o local, horários e a natureza das atividades emissoras, com vistas a compatibilizar o exercício das atividades com a preservação da saúde e do sossego público."*
>
> *"VI – Para os efeitos desta Resolução, as medições deverão ser efetuadas de acordo com a NBR 10.151 – Avaliação do Ruído em Áreas Habitadas visando o conforto da comunidade, da ABNT."*

Acesso ao Sumário

"VII – Todas as normas reguladoras da poluição sonora, emitidas a partir da presente data, deverão ser compatibilizadas com a presente Resolução."

Cumpre notar que a NBR 10.152 determina que o nível de ruído em igrejas e templos deve ser de, no máximo, 50 decibéis.

Descabido apartar a regra. Aqui já se reconheceu inconstitucionalidade em dispositivos assemelhados:

"O Município, ao produzir direito novo com vistas à preservação ambiental, não pode reduzir a proteção já contida em normatividade hierarquicamente superior. Se a Resolução CONAMA 302/2002 estabelece que a área preservável em torno a reservatórios não pode ser inferior a 30 metros, é vedado à cidade fixá-la em 15 metros, o que se mostra nefasto à tutela ecológica. Ação direta de inconstitucionalidade materialmente procedente, por vulnerar a vontade constitucional em relação ao ambiente, singularmente enfatizada na Constituição do Estado de São Paulo" (ADIn nº 0.416.156-52.2010.8.26.0000 – v.u. j. de 13.04.11 – Rel. Des. **RENATO NALINI**).

Ato normativo em questão padece de **inconstitucionalidade**. O Município de São Bernardo do Campo, assim legislando acabou por desrespeitar o pacto federativo e a repartição de competências.

A respeito deste **princípio fundamental** da República, oportuno destacar excertos doutrinários relevantes ao caso:

"***Princípio federativo (art. 1º, caput)*** *– prescreve a forma de Estado em vigor no Brasil. Como* ***princípio fundamental****, o vetor federativo é responsável pela indissolubilidade do vinculum federis entre União, Estados, Distrito Federal e Município (...)."*

Proteção à autonomia dos entes federados – ***o respeito ao princípio federativo constitui uma salvaguarda da autonomia das pessoas políticas de Direito Público Interno, evitando ameaças à organização federal constituída*** *(STF, RE 193.712-2/MG, Rel. Min Maurício Corrêa, DJ, 1, de 16-5-1996, p. 16124."* (grifei – **UADI LAMMÊGO BULOS** – "Curso de Direito Constitucional" – Ed. Saraiva – 2007 – p. 386).

E,

"O Brasil, portanto, é um Estado Federal, em que a União, os Estados-membros e os Municípios, todos igualmente autônomos, ocupam, juridicamente, o mesmo plano hierárquico, devendo, por conseguinte, receber tratamento jurídico-formal isonômico. Em razão disso, essas entidades federadas podem, nos assuntos de suas competências privativas, eleger prioridades, sem que o governo de uma delas possa determinar o que o governo de outra deve fazer ou não fazer, ou mesmo

Acesso ao Sumário

o que deve fazer em primeiro lugar. Foi por isso, nunca é demais reiterar, que a Constituição delimitou a competência de cada uma, de modo que as entidades federadas só possam desenvolver suas atividades nos campos que lhes foram reservados. ***Se assim é, nem a União há de invadir os assuntos de competência privativa dos Estados e Municípios, nem estes poderão intrometer-se em assuntos àquela afetados, sob pena de irremediável inconstitucionalidade****".* (grifei – **DIRLEY DA CUNHA JÚNIOR** – "Curso de Direito Constitucional" – Ed. JusPodivm – 2009 – pp. 507-508).

Ora, sendo o **pacto federativo** um dos princípios fundamentais e estruturantes de toda a ordem jurídica pátria, imperioso é concluir violar lei impugnada, frontalmente, o **art. 144 da Constituição Estadual**.

Nesse sentido o parecer da D. Procuradoria:

"Por essa linha de raciocínio, pode-se afirmar que a Lei Municipal que trate de matéria cuja competência é do legislador federal ou estadual está, ao desrespeitar a repartição constitucional de competências, a violar o princípio federativo."

"A Lei nº 5.230, de 04 de dezembro de 2003, do Município de São Bernardo do Campo, suplanta os limites da autonomia municipal radicados nos incisos I e II do art. 30 da Constituição Federal e invade a competência concorrente legislativa da União e Estados relativa à proteção do meio ambiente e controle da polução contida no art. 24, VI, do Constituição Federal, ao permitir sem qualquer limite a propagação de ruídos das 08 às 22 horas por determinados estabelecimentos." (fls. 101/102).

A solução ora proposta alinha-se à jurisprudência deste **Eg. Órgão Especial**. Em casos similares, tem reconhecido inconstitucionalidade de norma local por violação ao **pacto federativo** (***v.g.*** – ADIn nº 0.302.959-85.2011.8.26.0000 – p.m. j. de 03.10.12 – Rel. Des. **RUY COPPOLA**; ADIn nº 0.302.960-70.2011.8.26.0000 – p.m. j. de 17.10.12 – Rel. **KIOITSI CHICUTA**; ADIn nº 0.259.235-94.2012.8.26.0000 – p.m. j. de 14.08.13 – Rel. Des. **GRAVA BRAZIL**; ADIn nº 2.025.484-95.2014.8.26.0000 – v.u. j. de 11.06.2014 – Rel. Des. **PIRES NETO**).

Daí a procedência da ação, declarando-se a inconstitucionalidade, ***ex tunc***, da **Lei nº 5.230**, de 04 de dezembro de 2003, do Município de São Bernardo do Campo. Desnecessária, diante das peculiaridades do caso, qualquer modulação.

3. Julgo procedente a ação.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2146475-66.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor MUNICÍPIO DE TAQUARITINGA, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE TAQUARITINGA.

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.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43.198OE)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, LUIZ ANTONIO DE GODOY, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, VICO MAÑAS, SILVEIRA PAULILO, NUEVO CAMPOS, LUIS SOARES DE MELLO, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI e RENATO SARTORELLI.

São Paulo, 27 de janeiro de 2016.

CARLOS BUENO, Relator

Ementa: "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei do Município de Taquaritinga que prevê o pagamento de auxílio-alimentação a servidores inativos e àqueles que, embora na atividade, estejam afastados de suas funções.

Preliminar. Inépcia da inicial. Basta a leitura da inicial para a fácil constatação de que a menção equivocada ao § 2º da Lei nº 3.866/10, ao invés do inciso III do § 1º do art. 1º, não passou de simples erro material, tendo, inclusive, o requerente transcrito o dispositivo impugnado com destaque, ao negritá-lo. '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.' (STF, ADI 2.682). Preliminar afastada.

Acesso ao Sumário

O cartão de alimentação tem natureza indenizatória e não salarial e por isso é devido somente a servidores ativos e que se encontram em efetivo exercício de suas funções, para que possam ser ressarcidos dos custos despendidos com a refeição.

Inconstitucionalidade. Ocorrência. Precedentes. Inépcia da inicial rejeitada. Ação procedente, com modulação, para declarar a inconstitucionalidade do inciso III do § 1º do art. 1º da Lei Complementar nº 3.866, de 8 de dezembro de 2010, e, por arrastamento, dos incisos I, II, III, IV e V do art. 2º da Lei Complementar nº 3.866, de 8 de dezembro de 2010."

VOTO

O Prefeito do Município de Taquaritinga, por Procuradores Constituídos, propõe ação direta de inconstitucionalidade contra o inciso III do § 1º do artigo 1º da Lei Complementar Municipal nº 3.866, de 08 de dezembro de 2010. Referido dispositivo prevê a extensão do cartão de alimentação aos servidores públicos municipais inativos. Argumenta, em resumo, que a natureza jurídica do auxílio-alimentação seria de indenização. Assevera violação aos artigos 111, 128 e 144 da Constituição Estadual.

A liminar foi indeferida, fl. 52. Após regularmente citada a Câmara Municipal de Taquaritinga, representada por seu Presidente, apresentou informações e arguiu inépcia da inicial e defendeu a validade da norma, fls. 65/69.

Instado a se manifestar o Procurador-Geral do Estado declarou faltar-lhe interesse na defesa do ato impugnado por se tratar de matéria de cunho exclusivamente local, fls. 58/60.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência da ação, declarando-se a inconstitucionalidade do art. 1º, "caput", com interpretação conforme, § 1º, III e art. 2º, I, II, III, IV e V da Lei Complementar nº 3.866/2010, fls. 85/100.

Em decorrência da aposentadoria do Des. Guerrieri Rezende os autos foram redistribuídos a este relator, sendo a seguir proferido o voto de mérito.

É o relatório.

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça:

"1) Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 1º, § 1º, III da Lei nº 3.866, de 8 de dezembro de 2010, do Município de Taquaritinga, que concede cartão de alimentação aos servidores inativos, pelo Poder ou órgão da Administração Pública direta e indireta ao qual estavam vinculados.

Acesso ao Sumário

2) Processo objetivo. Causa de pedir aberta. Possibilidade de reconhecimento da inconstitucionalidade por fundamento não apontado e de dispositivos não impugnados expressamente na inicial.

3) Benefício para aquisição de gêneros alimentícios extensivo a servidores inativos e concedidos durante afastamento de servidores. Ofensa ao princípio da razoabilidade. Benefício que não atende ao interesse público e às exigências do serviço. Entendimento conforme enunciado da Súmula nº 680 do STF. Constituição Estadual: artigos 111, 144 e 128.

4) Lei de iniciativa do Poder Executivo. Imposição aos 'Poderes do Município'. Violação à reserva de iniciativa legislativa do Poder Legislativo decorrente do Princípio da Separação de Poderes (arts. 5º, 20, III e 115, XI, Constituição Estadual).

5) Interpretação conforme do art. 1º, *caput* da lei impugnada, a fim de que a aplicabilidade do ato normativo restrinja-se ao Poder Executivo – Administração Direta e Indireta.".

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Prefeito do Município de Taquaritinga impugnando o inciso III do § 1º da Lei Complementar Municipal nº 3.866, de 8 de dezembro de 2010, que "autoriza a concessão de cartão de alimentação aos servidores públicos ativos e inativos do Município de Taquaritinga". Argumenta o requerente que o dispositivo afronta os arts. 111, 128 e 144 da Constituição do Estado de São Paulo, pois, por possuir natureza indenizatória, o auxílio-alimentação é devido apenas a servidores que estão em atividade.

A Lei Complementar nº 3.866/10, do Município de Taquaritinga, tem a redação a seguir transcrita e que interessa a este julgamento:

"Art. 1º – Ficam os Poderes do Município e os órgãos da Administração Pública direta e indireta autorizados a conceder cartão de alimentação aos servidores públicos ativos efetivos ou ocupantes de cargos em comissão do Município de Taquaritinga:

§ 1º. O benefício de que trata este artigo abrangerá também:

I – os membros do Conselho Tutelar do Município;

II – os servidores públicos municipais cedidos para exercer funções junto à União e ao Estado de São Paulo, inclusive suas autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações, desde que sem prejuízo de seus vencimentos ou com proventos prestados pela Municipalidade;

III – os servidores inativos, pelo Poder ou órgão da Administração Pública direta e indireta ao qual estavam vinculados.

§ 2º. Será concedido somente um cartão de alimentação a cada beneficiário, mediante recibo ou ato formal, ainda que acumule cargos ou funções.

Acesso ao Sumário

Art. 2º. O benefício de que trata esta lei complementar será concedido também em casos de afastamentos em virtude de:

I – Férias;

II – Casamento;

III – Luto pelo falecimento do pai, mãe, cônjuge, filho ou irmão;

IV – Licença para repouso de gestante, licença-maternidade ou licença-paternidade;

V – Licença-prêmio;

VI – Júri e outros serviços obrigatórios por lei.

Art. 3º. O valor do cartão de que trata esta lei complementar será de R$ 120,00 (cento e vinte reais).

Art. 4º. O cartão de alimentação previsto nesta lei complementar não tem natureza remuneratória nos termos da Lei Federal nº 6.321, de 14 de abril de 1976, c.c. a Portaria GM/MTB nº 1.156, de 17 de setembro de 1993.

Art. 5º. As despesas com a execução desta lei complementar correrão à conta de dotação própria do orçamento vigente.

Art. 6º. Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação, produzindo seus efeitos a partir de 1º de janeiro de 2011, revogadas as disposições em contrário.".

A inicial nada tem de inepta, já que expõe com clareza os fundamentos jurídicos que embasam o pedido. Basta a sua leitura para a fácil constatação de que a menção equivocada ao § 2º da Lei, ao invés do inciso III do § 1º do art. 1º, não passou de simples erro material, tendo, inclusive, o requerente transcrito o dispositivo impugnado com destaque, ao negritá-lo, fl. 3. "A mera indicação de forma errônea de um dos artigos impugnados não obsta ao prosseguimento da ação, se o requerente tecer coerentemente sua fundamentação e transcrever o dispositivo constitucional impugnado." (ADI 2.682, rel. min. Gilmar Mendes, j. em 12-2-2009, DJE de 19-6-2009).

A inconstitucionalidade é patente. O cartão de alimentação, modalidade de auxílio-alimentação, tem natureza indenizatória e não salarial e por isso é devido somente a servidores ativos e que se encontram em efetivo exercício de suas funções, para que possam ser ressarcidos dos custos despendidos com a refeição.

Acesso ao Sumário

O ato impugnado, além de não atender ao interesse público nem às exigências do serviço, na medida em que "As vantagens de qualquer natureza só poderão ser instituídas por lei e quando atendam efetivamente ao interesse público e às exigências do serviço", art. 128 da Constituição Estadual, viola os princípios da razoabilidade e legalidade previstos no art. 111 da Constituição Estadual, pois se os servidores estão afastados de suas funções ou já na

inatividade, nada há a indenizá-los.

Essa questão foi pacificada pela Suprema Corte, com a edição da Súmula nº 680, ao enunciar que "O direito ao auxílio-alimentação não se estende aos servidores inativos."

São vários os julgados deste C. Órgão Especial:

"Ação direta de inconstitucionalidade. Extensão, aos servidores aposentados, do vale-alimentação. Expressão 'e inativos', constante no artigo 55 da Resolução nº 2, de 14 de março de 2005, da Câmara Municipal de Atibaia. Inconstitucionalidade. Benefício com natureza indenizatória. Entendimento no E. Supremo Tribunal Federal e no C. Órgão Especial. Ação procedente.". (Órgão Especial, rel. Des. Borelli Thomaz, ADI nº 2139115-80.2015.8.26.0000, j. em 11-11-2015, v.u.).

"Ação Direta de Inconstitucionalidade. Pradópolis. Auxílio-alimentação. Extensão aos inativos e pensionistas. Impossibilidade. Benesse de natureza indenizatória. Verba jungida a subvencionar custos do servidor que se encontrar no exercício de suas funções. Súmula 680 do STF. Precedentes. Violação aos artigos 111 e 128 da Constituição Estadual. Ação julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da expressão 'aos inativos e pensionistas', com modulação de efeitos." (Órgão Especial, rel. Des. Sérgio Rui, ADI nº 2114724-61.2015.8.26.0000, j. em 16-9-2015, v.u.).

"Mandado de Segurança – Descontos do auxílio-alimentação por ocasião do gozo de férias e licenças sem prejuízo da remuneração por parte dos servidores – Remuneração devida quando do efetivo exercício – Lei instituidora do benefício que expressamente excluiu o seu pagamento nas hipóteses previstas nos arts. 78 e 79, do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo – Segurança denegada." (Órgão Especial, rel. Des. Antonio Carlos Malheiros, ADI nº 2113109-70.2014.8.26.0000, j. em 22-10-2014).

"Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta contra a Lei Complementar Municipal n. 084/03/2011, de 12 de dezembro de 2011, de Estrela do Norte. Auxílio-alimentação. Extensão a servidor público afastado em virtude de licença saúde, acidente de trabalho ou em gozo de licença gestante, por adoção ou de licença paternidade. Impossibilidade. Benefício de natureza indenizatória. Verba devida apenas a servidor em atividade, pois se o servidor não está trabalhando, não há o que indenizar. Súmula nº 680 do STF. Inconstitucionalidade material configurada. Ofensa aos artigos 111 e 128. Ação parcialmente procedente, com efeito 'ex nunc', para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 4º e 7º da norma municipal." (Órgão Especial, rel. Des. Guerrieri Rezende, ADI nº 0127111-16.2013.8.26.0000, j. 5-2-2014).

Acesso ao Sumário

Por fim, se é certo que em sede de ação direta, por vigorar o princípio da causa de pedir aberta, o Tribunal não fica preso aos fundamentos jurídicos

lançados na inicial, não é menos correto que a Corte fica vinculada ao pedido formulado na inicial.

Cabe pontuar, porém, que "A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal desenvolveu, igualmente, o conceito de inconstitucionalidade *por arrastamento*. A expressão designa a hipótese de declaração de inconstitucionalidade, em ação direta, de dispositivos que não foram impugnados no pedido original, mas que são logicamente afetados pela decisão que venha a ser proferida. É o que ocorre, por exemplo, em relação à norma que tenha teor análogo à que foi objeto da ação ou que venha a se tornar inaplicável em razão do acolhimento do pedido formulado" (Luís Roberto Barroso, "O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro", 5ª ed., Saraiva, 2011, pág. 207).

Dessa maneira, por decorrência dos citados dispositivos constitucionais, apesar da ausência de impugnação específica, o mesmo destino devem ter os incisos I, II, III, IV e V do art. 2º, de teor análogo ao inciso III do § 1º do art. 1º, pois estendem a verba indenizatória a servidores que, embora da ativa, estejam afastados de suas funções em razão de férias, gala, nojo, licenças gestante, maternidade, paternidade e licença prêmio, não havendo o que a eles ressarcir em virtude do desembolso com alimentação, justamente por estarem afastados temporariamente do exercício funcional. "Os fatos de igual natureza devem ser regulados de modo idêntico. *Ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositivo*" (Carlos Maximiliano, Hermenêutica e Aplicação do Direito, 18ª ed., Revista Forense, 1999, pág. 209).

Já a eventual inconstitucionalidade do "caput" do art. 1º, por dispor sobre a concessão do benefício por outros "Poderes do Município", se for o caso, deve ser veiculada em outra ação, pois esse dispositivo não guarda conexão nem possui teor análogo aos dispositivos declarados inconstitucionais.

Portanto, a concessão do benefício do "cartão de alimentação" a servidores públicos inativos e sua extensão a servidores que, embora na atividade, estejam afastados de suas funções em razão de férias, gala, nojo, licença gestante, maternidade, paternidade e de licença-prêmio violou os arts. 111 e 128 da Constituição Estadual, aplicáveis aos Municípios por força do art. 144 da Constituição Estadual, sendo, pois, de rigor o reconhecimento da inconstitucionalidade do inciso III do § 1º do art. 1º da Lei Complementar Municipal nº 3.866, de 8 de dezembro de 2010, e, por arrastamento, dos incisos I, II, III, IV e V do art. 2º da Lei Complementar Municipal nº 3.866, de 8 de dezembro de 2010 e determinar sua retirada do ordenamento jurídico, com modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade para impedir o pagamento do benefício, a partir da publicação deste acórdão, sem a necessidade de sua devolução, por tratar de verba de natureza alimentar.

Diante desse quadro, **afasta-se a preliminar e julga-se procedente o**

Acesso ao Sumário

pedido, com modulação de efeitos, para declarar a inconstitucionalidade do inciso III do § 1º do art. 1º da Lei Complementar nº 3.866, de 8 de dezembro de 2010, e, por arrastamento, dos incisos I, II, III, IV e V do art. 2º da Lei Complementar nº 3.866, de 8 de dezembro de 2010, e determinar sua retirada do ordenamento jurídico.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2133101-80.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE BARUERI e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE BARUERI.

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 43.092OE)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, LUIZ ANTONIO DE GODOY, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, VICO MAÑAS, SILVEIRA PAULILO, NUEVO CAMPOS, LUIS SOARES DE MELLO, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI e RENATO SARTORELLI.

São Paulo, 27 de janeiro de 2016.

CARLOS BUENO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: "Ação Direta de Inconstitucionalidade. Art. 3º, I, II e III, e Anexo II, da Lei Complementar nº 269, de 17 de maio de 2011, com as alterações dadas pela Lei Complementar nº 293, de 03 de janeiro de 2013, e art. 31 da Lei Complementar nº 293, de 03 de janeiro de 2013, do Município de Barueri. Criação de cargos de provimento em comissão.

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 art. 37 da Constituição Federal e no art. 111 da Constituição Paulista e a possibilidade de contratação fere de morte o regime constitucional brasileiro. Não sendo caso de contratação em regime de urgência, imprescindível a realização de concurso público, conforme preceitua o inciso II do art. 37 da Constituição Federal. A criação desses cargos em comissão em moldes artificiais e não condizentes com as praxes de nosso ordenamento jurídico e administrativo só pode ser encarada como inaceitável esvaziamento da exigência constitucional de concurso. Afronta aos arts. 5º, 111, 115, incisos I, II e V; 144, todos da Constituição Estadual.

Inconstitucionalidade configurada. Ação procedente com modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade."

VOTO

Cuida-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade formulada pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, objetivando o reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 3º, I, II e III, e do Anexo II, da Lei Complementar nº 269, de 17 de maio de 2011, com as alterações dadas pela Lei Complementar nº 293, de 03 de janeiro de 2013, bem como do art. 31 da Lei Complementar n. 293, de 03 de janeiro de 2013, do Município de Barueri. Referidas leis dispuseram sobre cargos de provimento em comissão da Administração Direta do Poder Executivo.

Segundo a inicial, a criação de cargos de provimento em comissão cujas atribuições são de natureza burocrática, ordinária, técnica, operacional e profissional, e que não revelam plexos de assessoramento, chefia e direção, é inconstitucional porque tais atribuições devem ser desempenhadas por servidores investidos em cargos de provimento efetivo mediante aprovação em concurso público. Além disso, a descrição das atribuições relativas aos cargos de provimento em comissão é vaga, genérica e imprecisa. Por fim, alega o requerente que há excesso de cargos de provimento comissionado com idênticas atribuições e remuneração diferenciada. Por isso, os atos normativos transcritos são inconstitucionais por violação dos arts. 111, 115, incisos I, II e V, e 144 da Constituição Estadual.

Sem pedido de liminar.

Acesso ao Sumário

Foram os autos processados.

A Câmara Municipal, representada por seu Presidente, apresentou suas informações e ainda defendeu a validade da norma, fls. 297/299. Já o Prefeito do Município de Barueri informou que contratou a Fundação Getúlio Vargas para auxiliar o governo municipal na tarefa de reestruturar o funcionalismo público, em conformidade com as diretrizes constitucionais. Por fim, requereu o sobrestamento da ação até que se finde a implantação da reforma administrativa, fls. 309/311.

Instado a se manifestar para os fins do art. 90, § 2º, da Constituição Bandeirante, o Procurador Geral do Estado externou desinteresse na defesa dos dispositivos impugnados, pois tratam de matéria exclusivamente local, fls. 305/307.

A D. Procuradoria Geral de Justiça, reiterando os termos da inicial, opinou pela procedência da ação, fls. 322/338. Em razão da aposentadoria do Des. Guerrieri Rezende foram os autos redistribuídos a este relator.

Não há que se falar em sobrestamento do feito. A reforma administrativa em andamento no Município de Barueri não tem o condão de suspender esta ação direta. Além disso, sequer há notícia nos autos de que tenha projeto de lei em trâmite perante a Câmara Municipal, com o fim de dar novo estatuto jurídico aos cargos de provimento em comissão da Administração Direta do Poder Executivo de Barueri. Os dispositivos impugnados estão em vigor e possuem plena eficácia jurídica.

A Lei Complementar nº 269, de 17 de maio de 2011, "Dispõe sobre o Grupo de Direção e Assessoramento do Quadro Geral de Cargos de Provimento em Comissão da Administração Direta do Poder Executivo, e dá outras providências". Os incisos I, II e III de seu art. 3º possuem o seguinte teor:

"Art. 3º Os cargos a que se refere o art. 1º têm como atribuições:

I – para o grupo de direção: direção de unidades administrativas, de equipes de trabalhos e de projetos e programas; apresentação de relatórios com subsídios para tomada de decisões; participação em reuniões e indicação de soluções e melhorias;

II – para o grupo de assessoramento de chefia: assessoramento técnico ou especializado nos órgãos da Administração Direta; acompanhamento das atividades das unidades de trabalho de sua unidade administrativa; assessoramento ao Secretário Municipal e Diretores;

III – para o grupo de chefia: organização, planejamento e manutenção dos serviços de seu Setor, Divisão ou Departamento, em conformidade com as diretrizes traçadas; manutenção da inter-relação com seus superiores quanto às atividades a serem realizadas, bem como, elaboração de relatórios conclusivos referentes às atividades desenvolvidas; execução de tarefas correlatas que forem

Acesso ao Sumário

atribuídas pelo superior."

Já o Anexo II da Lei Complementar nº 269, de 17 de maio de 2011, com as alterações dadas pela Lei Complementar nº 293, de 3 de janeiro de 2013, trata dos "cargos de provimento em comissão do grupo de direção e assessoramento da administração direta do poder executivo", e estabelece a espécie, o nível e a quantidade dos cargos, que totalizam 2.791, fls. 71/84.

Por fim, o art. 31 da Lei Complementar nº 293, de 3 de janeiro de 2013, tem a seguinte redação: "Art. 31. Ficam criados no Anexo I – Tabela IV – Subquadro de Cargos de Provimento em Comissão do Magistério da Lei Complementar nº 235, de 25 de junho de 2009, mais 2 (dois) cargos de Diretor Técnico de Supervisão Escolar, Referência/Padrão E-1."

Os dispositivos impugnados criaram cargos de provimento em comissão de toda ordem, sem observar o preceito constitucional de que esses cargos destinam-se às atribuições de direção, chefia e assessoramento.

A norma municipal denomina "DAD" os cargos de direção e assessoramento da Administração Direta do Município, art. 1º, da LC nº 269/11. Esses cargos são graduados em treze níveis, correspondendo a cada nível um valor de vencimento específico, segundo o Anexo I, art. 2º, da LC nº 269/11. Os incisos I, II e III do artigo 3º descrevem as atribuições relativas aos cargos de provimento em comissão. E o art. 37, da LC nº 293/2013, criou dois cargos de provimento em comissão de "Diretor Técnico de Supervisão Escolar".

De fato, em relação aos cargos de provimento em comissão previstos no Anexo II e no art. 31 deve ser declarada a inconstitucionalidade da norma, por afronta aos artigos 5º, 111, 115, incisos I, II e V; 144, todos da Carta Bandeirante:

"Art. 111 – A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação, interesse público e eficiência".

"Art. 115 – Para a organização da administração pública direta e indireta, inclusive as fundações instituídas ou mantidas por qualquer dos Poderes do Estado, é obrigatório o cumprimento das seguintes normas:

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 cargos 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

Acesso ao Sumário

servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento".

"Artigo 144 – Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por lei orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição."

A 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 art. 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.

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".

Acesso ao Sumário

A inexistência de limite ao administrador poderia ser motivo de fraude à exigência de concurso público, podendo as admissões temporárias tornarem-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.

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 art. 37 da Constituição Federal e no art. 111 da Constituição Paulista e a possibilidade de contratação fere de morte o regime constitucional brasileiro.

Com efeito, "in casu", cuida-se de atividades de necessidade permanente, inviável a contratação de servidores comissionados pois não se enquadram na exceção contida no art. 37, inciso IX da Constituição da República, reproduzida pelo inciso V do art. 115 da Constituição Bandeirante. Confirma esse entendimento a exigência de conclusão apenas de curso de ensino fundamental para os cargos de níveis 1 a 4 e, para o provimento dos cargos de níveis 5 a 13, tão somente de nível médio de escolaridade, § 3º do art. 3º da LC nº 269/2011.

Também ofende ao princípio da legalidade a descrição genérica e imprecisa das atribuições relativas aos cargos de provimento em comissão previstos no Anexo II, pois ao invés de a norma impugnada especificar as atribuições atinentes a cada cargo, optou por genericamente descrever no que consistem as funções de direção, assessoramento e chefia, limitando-se a expressar o próprio conceito de direção, chefia e assessoramento, sem particularizar cada um dos diversos cargos criados por meio da alteração promovida pela LC nº 293/13. A situação se agrava pelo fato de que os cargos foram denominados simplesmente "DAD", diferenciando-se somente pela graduação – 13 níveis –, com valores distintos de remuneração. A lei não fornece elementos que justificam o provimento em comissão.

O mesmo ocorre com o art. 31 da Lei Complementar nº 293/13 que, ao criar dois cargos de 'diretor técnico de supervisão escolar', deixou de pormenorizar as atribuições de assessoramento, chefia e direção.

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.

Acesso ao Sumário

Afinal, diante do vício de poder legislativo e sem necessidade de vasculhar a subjetividade dos agentes que assumiram a Prefeitura de Barueri, pelo critério da incompatibilidade objetiva, material, deve-se declarar a inconstitucionalidade parcial substancial da lei, no atinente à criação dos cargos de provimento em comissão mencionados, por violar todo o regime Constitucional de 1988 e, em especial, os princípios da moralidade, da legalidade, da isonomia, da impessoalidade e da acessibilidade a cargos e empregos públicos.

"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".

Acesso ao Sumário

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)" (DJ 14.9.2007).".

Em tal sentido já decidiu este 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

Acesso ao Sumário

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).

"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 arts. 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).

Nesse sentido, também é o parecer do d. Subprocurador-Geral de Justiça, cuja ementa a seguir transcrita tem a seguinte redação:

"1) Ação direta de inconstitucionalidade. Inconstitucionalidade de cargos de provimento em comissão previstos no Anexo II da Lei Complementar nº 269, de 17 de maio de 2011, com a redação dada pela Lei Complementar nº 293, de 03 de janeiro de 2013, do Município de Barueri.

2) Criação de cargos de provimento em comissão com descrição genérica das respectivas atribuições (art. 3º da Lei Complementar nº 269, de 17 de maio de 2011, do Município de Barueri). O núcleo das competências, dos poderes, dos deveres, dos direitos, do modo da investidura e das condições de exercício das atividades do cargo público devem estar precisamente descritas na lei. Violação dos princípios da reserva legal e da razoabilidade (art. 111 da Constituição Estadual).

3) Cargos de provimento em comissão que não retratam atribuições de assessoramento, chefia e direção, senão funções técnicas, burocráticas, operacionais e profissionais a serem preenchidas por servidores públicos investidos em cargos de provimento efetivo (art. 3º da Lei Complementar nº 269, de 17 de maio de 2011, do Município de Barueri). Inexigibilidade de especial relação de confiança. Violação de dispositivos da Constituição Estadual (art. 115, I, II e V, e art. 144).

4) Nível de escolaridade: exigência apenas de ensino médio ou ensino fundamental para os cargos denominados como "DAD 1 a 13", aspecto que, conjugado com as demais características, reforça a natureza de unidades executórias de pouca complexidade (§ 3º do art. 3º da Lei Complementar nº 269, de 17 de maio de 2011, do Município de Barueri).

5) Violação do art. 39, § 1º, da Constituição Federal, ao qual a produção normativa municipal está vinculada por força do art. 144 da Constituição do

Acesso ao Sumário

Estado de São Paulo."

Finalmente, tendo em vista a segurança jurídica e o excepcional interesse social presente no caso, mister a modulação de efeitos desta declaração, para que ela tenha eficácia em 120 (cento e vinte) dias a partir deste julgamento, nos termos do permissivo legal contido no art. 27 da Lei nº 9.868/99.

Do contrário, a prevalecer o entendimento de que os efeitos da decisão devam ser "ex tunc", e colher a lei desde o momento em que entrou em vigor, obrigaria 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.

Diante desse quadro, **julga-se procedente a ação, com modulação de efeitos, declarando a inconstitucionalidade do art. 3º, I, II e III, e do Anexo II, da Lei Complementar nº 269, de 17 de maio de 2011, com as alterações dadas pela Lei Complementar nº 293, de 03 de janeiro de 2013, bem como do art. 31 da Lei Complementar nº 293, de 03 de janeiro de 2013, do Município de Barueri.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2132005-30.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE PARDINHO e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE PARDINHO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM EXTINTA A AÇÃO, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO, QUANTO AOS CARGOS EM COMISSÃO DA PREFEITURA MUNICIPAL, E PROCEDENTE A AÇÃO, COM DETERMINAÇÃO, QUANTO À CÂMARA DE VEREADORES DO MUNICÍPIO DE PARDINHO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37825)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO,

Acesso ao Sumário

FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, LUIZ ANTONIO DE GODOY, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, VICO MAÑAS, SILVEIRA PAULILO, NUEVO CAMPOS e LUIS SOARES DE MELLO.

São Paulo, 27 de janeiro de 2016.

ADEMIR BENEDITO, Relator

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade por omissão – Município de Pardinho – Percentual dos cargos de provimento em comissão a serem preenchidos por servidores de carreira – Mora que foi suprida, no tocante ao Poder Executivo local, pela edição da Lei Municipal nº 1.237/2015 – Persistência da mora quanto ao quadro de servidores da Câmara de Vereadores do Município – Omissão configurada – Afronta ao artigo 115, inciso V, da Constituição Estadual – Extinção da ação, sem resolução de mérito, quanto aos cargos em comissão da Prefeitura Municipal, e procedência da ação, com determinação, quanto à Câmara de Vereadores do Município de Pardinho.

VOTO

Trata-se de **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO** ajuizada pelo PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, pela qual se pretende a declaração de existência de mora legislativa quanto à edição de lei específica para fixação de percentual mínimo de cargos em comissão na Administração do Município de Pardinho, a serem preenchidos por servidores públicos de carreira.

Acesso ao Sumário

Sustenta o requerente a inexistência de lei estabelecendo o percentual mínimo das funções de confiança e cargo em comissão a serem preenchidos por servidores públicos efetivos, fato confirmado pelo Prefeito e pelo Presidente da Câmara do Município de Pardinho, o que caracteriza omissão inconstitucional, pois essa exigência decorre do artigo 115, V, da Constituição Estadual, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional nº 21, de 14.02.2006, instituindo o princípio que prevê a acessibilidade, aos servidores efetivos, aos cargos de direção superior da Administração.

Defende a necessidade dessa medida, que confere proporcionalidade no preenchimento dos cargos, assegurando qualidade, eficiência, profissionalização

e continuidade do serviço público, sobretudo quando há mudança no governo. Lembra que, pelo princípio da simetria, previsto no artigo 144 da Constituição Bandeirante, os Municípios devem obediência aos termos do citado artigo 115, V, do mesmo diploma. Entende configurada a omissão normativa, dada a inércia do Prefeito Municipal, vez que se trata de matéria subordinada à sua iniciativa legislativa (art. 24, § 2º, 1, da CE/SP), o que exige a intervenção jurisdicional por meio da presente ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 90, § 4º, daquele estatuto). Cita precedentes. Pede a procedência do feito.

Ausente requerimento de liminar, o feito foi processado.

Tanto a Câmara Municipal quanto o Prefeito do Município deixaram transcorrer *in albis* o prazo para apresentação de informações (fls. 63).

A Procuradoria Geral do Estado (fls. 60/62) manifestou desinteresse na lide e na defesa do ato impugnado, verificando que os dispositivos legais atacados tratam de matéria exclusivamente local.

A Procuradoria Geral de Justiça lavrou parecer pela procedência da ação (fls. 65/67).

Remetidos os autos a julgamento, sobreveio petição noticiando a aprovação e a promulgação da Lei Municipal nº 1.237/2015, que fixou em 5% o percentual mínimo de cargos em comissão a serem preenchidos por servidores efetivos (fls. 78).

O Ministério Público do Estado de São Paulo, em seu novo parecer, pugnou pela parcial procedência da ação, a fim de que a mora ainda persistente sobre o Poder Legislativo venha a ser superada nesta via abstrata de controle (fls. 88/91).

É o relatório.

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ajuizada em 02 de julho de 2015, pela qual se pretende a declaração de existência de mora legislativa quanto à edição de lei específica para fixação de percentual mínimo de cargos em comissão na Administração do Município de Pardinho, a serem preenchidos por servidores públicos de carreira.

A Constituição da República de 1988 expressamente, em seu artigo 37, inciso V, determina que ***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.***

A Constituição do Estado de São Paulo, reproduzindo o citado dispositivo, possui previsão idêntica no seu artigo 115, inciso V, a saber:

"Artigo 115 – Para a organização da administração pública direta e

Acesso ao Sumário

indireta, inclusive as fundações instituídas ou mantidas por qualquer dos Poderes do Estado, é obrigatório o cumprimento das seguintes normas:

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;"

Da interpretação dos referidos enunciados constitucionais, de eficácia limitada, nota-se que o Poder Constituinte objetivou conceder eficácia plena ao dispositivo, donde se conclui que é dever do Poder Constituído disciplinar a matéria através da edição da respectiva lei.

Em não sendo feito, incorrerá esse em mora legislativa, o que legitimará a proposição da ação direta de inconstitucionalidade, por omissão, que, em sendo procedente, trará a consequência de se dar ciência ao Poder competente para que adote as providências necessárias.

No caso dos autos, verificou o autor da ação que inexistia no Município de Pardinho legislação definidora do percentual de cargos em comissão a serem preenchidos por servidores efetivos.

Porém, após o ajuizamento da presente, providenciou-se a edição da Lei nº 1.237/15, que *"Estabelece o Percentual Mínimo de Cargos em Comissão a serem preenchidos por servidores efetivos, na forma do inc. V, do art. 37, da Constituição Federal; e do inciso V, do art. 115, da Constituição Paulista; e dá outra providências"* (fls. 78).

Desse modo, verificou-se a perda do objeto da demanda quanto ao quadro de servidores da Prefeitura Municipal de Pardinho.

Persiste a mora, entretanto, em relação aos cargos em comissão disponíveis na Câmara Municipal demandada, pois não há alegação nem comprovação nos autos de edição de norma fixadora dos percentuais em debate.

Como bem observado pelo I. Procurador de Justiça em seu parecer (fls. 88/91):

"A Lei nº 1.237, de 19 de outubro de 2015, do Município de Pardinho, aprovada no curso da presente ação, fixou em 5% (cinco por cento) o percentual mínimo dos cargos em comissão da estrutura administrativa da Prefeitura Municipal de Pardinho a serem preenchidos por servidores efetivos.

Assim, sendo, impõe-se convir que a presente ação perdeu, em parte, seu objeto, no tocante aos cargos em comissão do Poder Executivo.

Contudo, persiste a mora legislativa quanto à fixação do percentual mínimo de servidores efetivos para os cargos em comissão existentes na estrutura administrativa da Câmara Municipal.

Quanto a isso, não se tem notícia de que, até o presente momento, tenha

Acesso ao Sumário

sido aprovada lei ou editada resolução que atenda ao disposto no art. 115, V, da Constituição Estadual."

Outrossim, configurada a mora legislativa, é de rigor a declaração da inconstitucionalidade por omissão.

Confira-se, acerca do tema, o seguinte precedente deste C. Órgão Especial:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO – PERCENTUAL DOS CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO A SEREM PREENCHIDOS POR SERVIDORES DE CARREIRA – EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL DE FIXAÇÃO POR LEI – I. Mora que foi suprida, quanto ao Poder Executivo Municipal, pela edição da Lei Municipal n. 1.305/15 – Perda superveniente do objeto da ação, nesse ponto – II. Persistência da mora, contudo, quanto ao quadro de servidores da Câmara de Vereadores do Município de Orindiúva – Inconstitucionalidade por omissão reconhecida, com fixação de prazo de 180 (cento e oitenta) dias para tomada das providências necessárias, após o que, em caso de persistência da mora, 50% dos cargos em questão deverão ser preenchidos por servidores de carreira – Extinção da ação, sem julgamento do mérito, por perda superveniente do objeto, quanto aos cargos em comissão da Prefeitura Municipal de Orindiúva, e procedência da ação, com determinação, quanto à Câmara de Vereadores" (TJSP, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2022676-83.2015.8.26.0000, Comarca de São Paulo, Rel. Des. Moacir Peres, j. em 01/07/2015, v.u.).

Bem assim, revela-se imprescindível o "facere" do respectivo Poder no tocante de disciplinar o quadro de pessoal da Câmara Municipal, de modo a atender os comandos constitucionais acima anotados, pois, somente assim, conceder-se-á plena eficácia às normas que não a tem.

Por todo o exposto, julga-se extinta a ação, sem resolução de mérito, por perda superveniente de objeto, com relação à edição de norma referente aos cargos em comissão do quadro do Poder Executivo Municipal, e procedente a presente ação direta para declarar a inconstitucionalidade, e determinar ao Poder Legislativo de Pardinho que supra a referida omissão normativa, fixando-se, para tanto, o prazo de 180 (cento e oitenta) dias.

É como voto.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2172033-40.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SOROCABA, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SOROCABA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE, COM MODULAÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38201)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, LUIZ ANTONIO DE GODOY, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, VICO MAÑAS, SILVEIRA PAULILO, NUEVO CAMPOS e LUIS SOARES DE MELLO.

São Paulo, 27 de janeiro de 2016.

ADEMIR BENEDITO, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Leis nºs 11.136, 11.137 e 11.138, de 06/07/2015, do Município de Sorocaba – Legislação, de iniciativa parlamentar, que deu nome a via pública, praça e hospital municipal – Denominação de ruas é ato privativo do Chefe do Executivo, uma vez que a nomenclatura de logradouros públicos constitui elemento da sinalização urbana – Vício de iniciativa configurado – 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 das leis.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação ajuizada pelo Prefeito do Município de Sorocaba, pela qual se pretende a declaração de inconstitucionalidade das Leis Municipais nºs 11.137, 11.138 e 11.136, todas de 06 de julho de 2015, que atribuem denominação a uma via pública municipal, a uma praça e a um hospital público, respectivamente.

Sustenta a usurpação de atribuições pertinentes à atividade privativa do

Executivo, pelo Legislativo local, no tocante à iniciativa de projeto de lei que disponha sobre a denominação de logradouros, praças públicas, etc, 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).

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. 215/217).

O Presidente da Câmara Municipal de Sorocaba prestou as informações requeridas às fls. 220/235.

A D. Procuradoria de Justiça, no parecer de fls. 239/251, opinou pela procedência da presente ação de inconstitucionalidade.

É o relatório.

As Leis nºs 11.137, 11.138 e 11.136, todas de 06 de julho de 2015, inquinadas de inconstitucionais, são de iniciativa parlamentar e, por se tratarem de normas afeitas à organização da Administração Pública local, entende o 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.

A Lei Municipal nº 11.137/2015 atribui denominação a uma via da cidade de Sorocaba, intitulando-a Rua "Isolina Silvano"; a Lei Municipal nº 11.138/2015 atribui denominação a uma praça pública de "José Francisco Crespo" e, por fim, a Lei Municipal nº 11.136/2015 atribui denominação a um hospital público de "Rosa Latorre – Irmã Regis".

Examinando a questão, conclui-se que, observada a distribuição de competências relativas a cada ente federado e a cada Poder, bem como a matéria constitucional referente ao tema, a ação deve ser julgada procedente.

Certo é que ao Município é dado legislar sobre assuntos de interesse local, nos termos do artigo 30, inciso I, da Constituição Federal de 1988.

Entretanto, faz-se necessária a observância de determinados requisitos na produção legislativa, em especial os princípios extraídos da Lei Maior.

De plano verifica-se não ter sido observada a iniciativa do projeto de lei, pertencente única e exclusivamente ao Poder Executivo municipal, pois a nomenclatura de logradouros e próprios públicos – que constitui atividade relacionada ao serviço público municipal de sinalização e identificação – enquadra-se exatamente nessa hipótese, resultando, daí, a conclusão de que as leis em epígrafe são manifestamente incompatíveis com o princípio da separação dos poderes.

Acesso ao Sumário

Em suma, a denominação de bens, prédios, logradouros e vias do patrimônio público é ato privativo da gestão administrativa reservada ao Chefe do Poder Executivo. Lei municipal de iniciativa parlamentar sobre o assunto usurpa a reserva da Administração, com ofensa ao princípio da separação dos poderes (art. 5º, Constituição Estadual).

Esta questão já foi objeto de ação declaratória de inconstitucionalidade, por este Colegiado:

"Ação Direta de Inconstitucionalidade – Ajuizamento pelo Prefeito em face de lei municipal que deu nome à via pública – Denominação de ruas é ato privativo do Chefe do Executivo, uma vez que a nomenclatura de logradouros públicos constitui elemento da sinalização urbana – Vício de iniciativa configurado – Ademais, trata-se de área particular, não doada ao Município, o que enseja a possibilidade de futuro pedido de ressarcimento – Reconhecimento desta circunstância pela Câmara – Inconstitucionalidade configurada." (ADI nº 0048097-51.2011.8.26.0000, rel. Des. WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, J. 05.10.2011).

A legislação, na forma que apresentada, denota a ingerência da Câmara Municipal de Sorocaba em atribuições exclusivas do Poder Executivo de referido município, ofendendo o princípio de separação dos poderes, peça essencial de nosso sistema de organização e direção das funções públicas, e que, dentre outros objetivos, traduz forma de prevenção de arbitrariedades por um dos poderes.

Concretamente, verifica-se no caso em exame uma indevida usurpação de atividade atribuída a um Poder da República, por outro, de nefasta consequência para a organização jurídica, como já afirmado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento, por seu Pleno, da Adin nº 1.391-2, relator o Ministro Celso de Mello:

"O desrespeito à prerrogativa de iniciar o processo de positivação do Direito, gerado pela usurpação do poder sujeito à cláusula de reserva, traduz vício de gravidade inquestionável, cuja ocorrência reflete típica hipótese de inconstitucionalidade formal, apta a infirmar, de modo irremissível, a própria integridade do ato legislativo eventualmente editado."

Ressalte-se que as regras gerais trazidas pela Carta Magna possuem caráter impositivo, devendo ser observadas nas três esferas de governo, de modo que o Município não pode delas se afastar, em harmonia com o artigo 144 da Constituição do Estado, que exige observância também aos princípios estabelecidos na Carta Federal.

De outra parte, o controle de constitucionalidade concentrado, através da ação direta de inconstitucionalidade a final julgada procedente ostenta, como regra, efeitos "ex tunc", retroativos, portanto, para destituir de eficácia jurídica

Acesso ao Sumário

todos os atos anteriores praticados com supedâneo na lei ou ato normativo então declarados inconstitucionais.

Entretanto, com o advento da Lei nº 9.868/99, que regulamentou o artigo 102, I, "a" da Constituição Federal, inovou-se em relação à matéria possibilitando-se ao Supremo Tribunal Federal a limitação dos efeitos da inconstitucionalidade, de acordo com os termos do artigo 27 da referida lei federal.

Como ensina Alexandre de Moraes, em sua obra "Direito Constitucional", 12ª Ed., Editora Atlas, página 625:

*"Assim, o art. 27 prevê que '**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**.'*

Dessa forma, permitiu-se ao STF a manipulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, seja em relação à sua amplitude, seja em relação aos seus efeitos temporais, desde que presentes os dois requisitos constitucionais."

Nota-se, assim, que a modulação dos efeitos da decisão, excepcionalmente poderá ser realizada, desde que presentes dois requisitos; um de ordem formal, quórum de 2/3 dos membros do Tribunal, e outro de ordem material, presença de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

No caso vertente, salvo melhor juízo, verifica-se a presença de ambos os requisitos que autorizam a excepcional modulação dos efeitos dessa decisão.

Na verdade, o interesse social está consubstanciado no fato de que as leis municipais já produziram seus efeitos, como bem observado na petição inicial *"para, de um lado, ordenar o trânsito e disposição de vias, e, de outro, estabelecer organização administrativa na rotina dos serviços e tramitação de procedimentos na Administração Pública Municipal"* (fls. 15).

Já as razões de segurança jurídica residem no fato que, atribuir-se eficácia retroativa aos efeitos da presente decisão, seria medida que conflitaria diretamente com o próprio interesse público, da sociedade coletivamente considerada, pois todo o trabalho realizado seria considerado inexistente, e o prejuízo social seria enorme, situação com a qual o ordenamento jurídico não pode compactuar.

Tendo em vista essas considerações, somadas ao prazo razoável para que a Administração Pública se reorganize, se conclui pela necessidade de se modular os efeitos da decisão de procedência da presente ação, que incidirão 90 (noventa) dias a partir do julgamento desta ação.

Pelo exposto, a presente ação direta deve ser julgada procedente para se reconhecer a inconstitucionalidade das Leis nºs 11.137, 11.138 e 11.136, todas de 06 de julho de 2015, do Município de Sorocaba, que produzirá efeitos 90

Acesso ao Sumário

(noventa) dias a partir da data deste julgamento.

Agravos Regimentais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2227489-72.2015.8.26.0000/50000, da Comarca de Santo André, em que é agravante MUNICÍPIO DE SANTO ANDRÉ, é agravado L'ALLEGRO RESTAURANTE LTDA.

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 21.735)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente), EROS PICELI, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, 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, SALLES ROSSI, SILVEIRA PAULILO e FRANÇA CARVALHO.

São Paulo, 9 de dezembro de 2015.

JOSÉ RENATO NALINI, Presidente e Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Agravo Regimental – Indeferimento do pedido de suspensão dos efeitos da liminar concedida em mandado de segurança, pela qual foi determinado à agravante a suspensão da majoração da tarifa imposta pelo artigo 1º, § 2º do Decreto Municipal nº 16.669/2015 – Inexistência de perigo de lesão à ordem e economia públicas – Agravo não provido.

VOTO

Vistos, etc.

Irresignada com a decisão que indeferiu o pedido de suspensão dos efeitos da liminar concedida nos autos do Mandado de Segurança nº 1021290-22.2015.8.26.0554, a Municipalidade de Santo André interpôs agravo regimental sob alegação de grave lesão de difícil reparação.

É uma síntese do necessário.

Sem embargo de zelo e cuidado que se reconhece na atuação da ilustre subscritora, o recurso descomporta provimento.

Como consignado na decisão hostilizada, a suspensão dos efeitos da liminar 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 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 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 deferiu a liminar para o fim de determinar a suspensão da majoração da tarifa imposta pelo artigo 1º, § 2º do Decreto Municipal nº 16.669/2015, até decisão judicial em contrário.

Ocorre que, *in concreto*, e ao reverso do afirmado pelo ente municipal, não vislumbraram-se os pressupostos legais autorizadores do manejo deste excepcional instrumento.

Destarte, ausentes os requisitos legais, o caso era mesmo de indeferimento da almejada suspensão dos efeitos da liminar.

Posto isso, **nega-se** provimento ao agravo regimental.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2174838-63.2015.8.26.0000/50001, da Comarca de São Paulo, em que é agravante SPPATRIM ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES LTDA., são agravados GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO e DELEGADO

CORREGEDOR GERAL.

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 23.055)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente sem voto), JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, SILVEIRA PAULILO, FRANÇA CARVALHO, EROS PICELI, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, PAULO DIMAS MASCARETTI, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY e NEVES AMORIM.

São Paulo, 9 de dezembro de 2015.

BORELLI THOMAZ, Relator

Ementa: Agravo regimental de decisão proferida em agravo regimental. Extinção do mandado de segurança. Descabimento da remessa dos autos à primeira instância. Matéria já decidida. Recurso desprovido.

VOTO

Agravo regimental tirado contra decisão proferida em agravo regimental, para reiterar a necessidade de se encaminhar os autos à primeira instância, para julgamento, pois *a distribuição de um novo "writ" esbarraria em uma questão secundária do contrato de honorários e das custas recolhidas e em um ponto nodal no tocante à decadência, pois não se sabe a data exata de eventual decisão avocando o inquérito e a decadência pode ter se consumado, se impetrado um novo mandado de segurança* (**sic**).

Indica já ter tomado *medidas junto ao Exmo. Sr. Procurador Geral da República e é importante que se mantenha esta linha, inclusive no eventual e certo aforamento de medida cautelar originária no Eg. STJ no caso de não provimento deste agravo*.

É o relatório.

O agravante impetrou mandado de segurança em que atribuiu ao Governador do Estado e ao Delegado Geral da Polícia Civil irregular e descabida avocação do Inquérito Policial n. 0063553-46.2015.8.26.0050 (n. de ordem

Acesso ao Sumário

53/2015), instaurado e em trâmite na 3ª Delegacia de Fraudes Financeiras e Econômicas, do Departamento Estadual de Investigações Criminais – DEIC, da Polícia Civil, para a Divisão de Crimes Funcionais, inquérito instaurado para apuração de supostas fraudes financeiras.

Por decisão monocrática, vista a fls. 952/958, entendi ser caso de extinção do processo, sem resolução do mérito, por não haver ato ilegal atribuível ao Governador do Estado de São Paulo, de que resulta ilegitimidade dele para o polo passivo desta ação mandamental.

Dessa decisão foi tirado agravo regimental, mas negado seguimento ao recurso por decisão que agora integra este julgamento:

> "*Agravo regimental* contra decisão monocrática extintiva do processo, por ilegitimidade passiva do Governador do Estado, coimpetrado, (fls. 952/958), interposto por se entender cabível determinar a remessa dos autos à primeira instância, pois subsistente no polo passivo o Delegado Geral da Polícia Civil.
>
> **É o relatório.**
>
> O agravante impetrou mandado de segurança em que atribuiu ao Governador do Estado e ao Delegado Geral da Polícia Civil irregular e descabida avocação do Inquérito Policial n. 0063553-46.2015.8.26.0050 (n. de ordem 53/2015), instaurado e em trâmite na 3ª Delegacia de Fraudes Financeiras e Econômicas, do Departamento Estadual de Investigações Criminais – DEIC, da Polícia Civil, para a Divisão de Crimes Funcionais, inquérito instaurado para apuração de supostas fraudes financeiras.
>
> Por decisão monocrática, vista a fls. 952/958, entendi ser caso de extinção do processo, sem resolução do mérito, por não haver ato ilegal atribuível ao Governador do Estado de São Paulo, de que resulta ilegitimidade dele para o polo passivo desta ação mandamental, decisão que, agora, integra este julgamento:
>
> 'Consoante narrativa na inicial, tramita na 3ª Delegacia de Fraudes Financeiras e Econômicas, do Departamento Estadual de Investigações Criminais – DEIC, da Polícia Civil, o Inquérito Policial n. 0063553-46.2015.8.26.0050 (n. de ordem 53/2015), instaurado para apuração de supostas fraudes financeiras.
>
> Em 10.08.15, o Delegado Corregedor Geral da Polícia Civil, co-impetrado, determinou a avocação daquele expediente:
>
> *Exmo. Sr. Dr. Egydio Machado Neto, Por intermédio desta, com fundamento nos incisos I e V do artigo 5º e no inciso V do artigo 18 do Decreto nº 47.236/02, de 30/12/98, e no parágrafo 4º do artigo 2º da Lei Federal 12.830/13, de 20/06/13, AVOCO o Inquérito Policial nº 53/2015, em trâmite na 3ª Delegacia de Investigações Criminais, para prosseguimento junto à Divisão de Crimes Funcionais. Assim, solicito dignar-se determinar a urgente remessa dos autos a esta Corregedoria Geral e a necessária comunicação ao Juízo* (fls. 54).

Acesso ao Sumário

No entanto, segundo a impetrante, não se constatam os requisitos *interesse público, ou hipóteses de inobservância dos procedimentos previstos em regulamento da corporação que prejudique a eficácia da investigação*, pressupostos da medida, **ex vi** do § 2º do art. 4º da lei federal n. 12.830/13[1].

Até mesmo porque o referido Inquérito Policial, instruído com pareceres, documentos, sentenças arbitral e judicial relacionadas ao caso, segue com regular tramitação, em fase de colheita de elementos de autoria e materialidade, por ora, com a elaboração de laudo pericial contábil pelo Instituto de Criminalística.

Por isso, não haveria azo para qualquer alegação de ilegalidade ou irregularidade a justificar, nem por hipótese, a indigitada avocação.

Ainda segundo a impetrante, a edição do ato ocorrera por influência de Ricardo de Aquino Salles, outrora secretário pessoal do Governador, contratado pelos investigados para *'blindar' a fraude* objeto do Inquérito Policial em questão, quem, *em audiência no dia 05.08.2015, disse que tem a Polícia de São Paulo sob controle e qualquer inquérito que andasse, seria parado*.

Por isso, veio com este mandado de segurança, apontando o DELEGADO CORREGEDOR GERAL DA POLÍCIA CIVIL e o GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO como autoridades coatoras.

Busca, liminarmente, que se *suspenda os efeitos da v. decisão impetrada, com autorização para o Em. Delegado da Delegacia de Crimes Financeiros do DEIC continue as investigações, inclusive proceda a oitiva das demais vítimas e proponha as medidas que entender necessárias, inclusive as de ordem cautelar* (fls. 09).

E, ao final, *requer-se que V. Exa., depois de prestadas as informações e dos demais trâmites legais, aplique o § 4º do art. 2º, da Lei n. 12.830/2013, sustando a determinação não fundamentada de avocação do inquérito policial n. 0063553-46.2015.8.26.0050, sem prejuízo do Em. Delegado Corregedor investigar, em procedimento próprio, o eventual desvio funcional do Perito Contador, que nada mais fez que concordar com outros cinco pareceres independentes* (fls. 09).

Entrevejo, desde já, óbice intransponível para o processamento e julgamento deste **writ** pelo C. Órgão Especial.

Afinal, mandado de segurança há de ser em face da autoridade que, além de ter praticado o ato dito coator, tenha poderes para sua correção, pois, por evidente, não é o Judiciário a refazer o ato administrativo, mas

1 *Art. 2º. As funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado. (...)*

§ 4º. O inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei em curso somente poderá ser avocado ou redistribuído por superior hierárquico, mediante despacho fundamentado, por motivo de interesse público ou nas hipóteses de inobservância dos procedimentos previstos em regulamento da corporação que prejudique a eficácia da investigação.

sim é de seu mister editar ordem para que a autoridade competente corrija a ilegalidade e o torne não lesivo a direito antes violado.

Nesta impetração, a impetrante sustenta haver ilegalidade no ato de avocação do expediente policial em testilha, determinado pelo Delegado Corregedor Geral da Polícia Civil.

Nada obstante, indicou também como autoridade impetrada o Governador do Estado de São Paulo, sem qualquer referência na petição inicial sobre que ato administrativo teria praticado, a não ser rápida referência a que o ato visto a fls. 54 fora resultado de *ordem ou telefonema pessoal do Governador*.

Conclui-se não haver ato algum do Governador do Estado, e não há mesmo, pois na própria petição inicial a referência é a alguma ordem ou telefonema, sem prova alguma de que este ou aquela tenham acontecido.

Nem se perca cuidar-se de ação mandamental, em que não se dá dilação probatória, pois o que haverá de ser provado já haveria de ter vindo provado em companhia à petição inicial.

Tratando-se de mandado de segurança, não se descure precisa ensinança de HELY LOPES MEIRELLES sobre não caber dilação probatória porque *o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se a sua existência for duvidosa; se a sua extensão ainda não estiver delimitada; se o seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais*. Ensina, ainda, que *quando a lei alude a direito líquido e certo, está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para o seu reconhecimento e o seu exercício no momento da impetração. [...] Por se exigirem situações e fatos comprovados de plano é que não há instrução probatória no mandado de segurança. [...] As provas tendentes a demonstrar a liquidez e certeza do direito podem ser de todas as modalidades admitidas em lei, desde que acompanhem a inicial, salvo no caso de documento em poder do impetrado (art. 6º, parágrafo único). O que se exige é prova pré-constituída das situações e fatos que embasam o direito invocado pelo impetrante*[2].

Ante esses fatos, postos como constitutivos de alegada violação de direito líquido e certo da impetrante, conclui-se por não haver pertinência para o ajuizamento de mandado de segurança, por não haver decisão administrativa do Governador do Estado, a resultar no indeferimento da petição inicial.

Sem ato administrativo de qualquer espécie, está equivocado o ajuizar ação mandamental, cuja natureza está em coarctar atos administrativos lesivos a direito ou a direitos, do que resulta não ocorrer situação passível de ser corrigida; inexiste ato ofensivo a direitos a serem revistos pelo

Acesso ao Sumário

2 **Mandado de Segurança, Editora Revista dos Tribunais, 1976, pág. 16/17.**

mandamus.

Decorrem desses fundamentos ser a impetrante carecedora da ação mandamental, por ter dado causa a que faltasse um dos pressupostos de constituição válida e regular do processo, a autorizar a extinção do processo desde logo, mesmo porque, como referi, não se entrevê ato do Governador do Estado lesivo a direito da impetrante.

Não bastasse, e isso é conclusão também que tenho desde logo, o Governador do Estado não poderia, nem poderá rever ato administrativo de outrem, pois, como já observei, não há ato algum dele, e, via de consequência, não tem poderes para refazimento, e, em definitivo, a impetração há de encontrar no polo passivo autoridade com poder para modificar o ato atacado e corrigir a ilegalidade.

Em suma, não há ato ilegal atribuível ao Governador do Estado de São Paulo, de que resulta ilegitimidade dele para o polo passivo desta ação mandamental, e, afastada essa ilegitimidade, é caso de extinção do feito desde logo, **ex radice** (RTJ 123/475, 145/186, 164/117; STF-RT 691/227; RSTJ 4/1.283, 100/95, 137/71; STJ-RT 805/189; Bol. TRF-3ª Região 9/67[3]).

Subsistiria, então, analisar a conduta atribuída ao Delegado Corregedor Geral da Polícia Civil, que está no polo passivo, mas que só se o pôs aqui ante a competência do C. Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça ante indicação do Governador do Estado para o polo passivo.

Em relação a este, estaria justificada, em tese, a tramitação e julgamento deste **mandamus** pelo C. Órgão Especial, consoante o art. 74, III da Constituição do Estado de São Paulo[4], que não mais tem pertinência ante o resultado acima, de extinção do processo em relação a ele, mas que sujeita, agora, conhecimento e julgamento de eventual impetração ou de outro remédio judicial em face do referido Delegado apenas perante juízo outro, não o deste C. Órgão Especial.

Ante o exposto, com amparo no art. 267, inc. I, **ex vi** do art. 295, I, e art. 267, IV e VI todos do Código de Processo Civil, **indefiro a petição inicial, EXTINTO O PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO.**

Sem honorários advocatícios, custas **ex lege**.

P.R.I.'

Então, veio o agravante com o recurso ora em análise em busca

Acesso ao Sumário

3 **in** Theotonio Negrão, Código de Processo Civil e legislação processual civil em vigor, 41ª ed., Saraiva, 2009, p. 1.854.

4 *Artigo 74 – Compete ao Tribunal de Justiça, além das atribuições previstas nesta Constituição, processar e julgar originariamente: (...)*

III – os mandados de segurança e os "habeas data" contra atos do Governador, da Mesa e da Presidência da Assembléia, do próprio Tribunal ou de algum de seus membros, dos Presidentes dos Tribunais de Contas do Estado e do Município de São Paulo, do Procurador-Geral de Justiça, do Prefeito e do Presidente da Câmara Municipal da Capital;

de remessa dos autos ao juízo de primeiro grau, porquanto subsistente no polo passivo o Delegado Geral da Polícia Civil.

Com a devida vênia, entendo tratar-se de pleito contraproducente, que enseja desnecessária delonga do início da tramitação deste **writ** finalmente perante o órgão jurisdicional competente para examiná-lo e julgá-lo.

Com efeito, a interposição de recurso com o fim de se obter apenas determinação de remessa dos autos a Juízo de Primeira Instância contraria as aventadas relevância e urgência de coarctar-se o ato administrativo descrito na petição inicial, com nota de ainda pender a apreciação do pedido de antecipação de tutela.

Na decisão monocrática ora objurgada, aliás, sinalizei para pertinência e conveniência de pronto ajuizamento da ação mandamental na instância judicial adequada e em relação à autoridade legítima (... *não mais tem pertinência ante o resultado acima, de extinção do processo em relação a ele, mas que sujeita, agora, conhecimento e julgamento de eventual impetração ou de outro remédio judicial em face do referido Delegado apenas perante juízo outro, não o deste C. Órgão Especial*), demonstrando-se de todo pertinente e prudente observá-lo.

Dessarte, com fincas nas garantias fundamentais da celeridade e da economia processuais, reitero ser caso de extinção do processo, sem resolução do mérito, a resultar, com a devida vênia, em ser regular e pertinente o indeferimento da petição inicial.

Nego seguimento ao recurso.

P.R.I."

Como já fundamentado tanto na decisão que extinguiu o mandado de segurança quanto naquele em que se negou seguimento ao agravo regimental, não há razão para se prosseguir no julgamento deste **writ**.

A impetrante está a embaciar o feito, com nota de que a primeira decisão é datada de 27/08/2015, e, se a via mandamental vier a caducar, será por desídia sua em insistir em tese de todo descabida e não impetrar o correto remédio processual, contra quem, seja parte legítima para rever o ato administrativo dito causador de dano, perante o Juízo competente.

Eventual ajuste ou contrato de prestação de serviço advocatício, sua remuneração e despesas processuais não têm peso jurídico ou técnico para alterar a decisão novamente objurgada.

Nego provimento.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2255091-38.2015.8.26.0000/50000, da Comarca de Santo André, em que é agravante PREFEITURA DE SANTO ANDRÉ, é agravado MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DE SANTO ANDRÉ.

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 21.749)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente), EROS PICELI, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, JOÃO CARLOS SALETTI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, 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, SALLES ROSSI, SILVEIRA PAULILO, FRANÇA CARVALHO e ARTUR MARQUES.

São Paulo, 16 de dezembro de 2015.

JOSÉ RENATO NALINI, Presidente e Relator

Ementa: Agravo Regimental – Indeferimento do pedido de suspensão dos efeitos da sentença proferida em mandado de segurança, pela qual foi determinado à agravante a suspensão da majoração da tarifa imposta pelo artigo 1º, § 2º do Decreto Municipal nº 16.669/2015 – Inexistência de perigo de lesão à ordem e economia públicas – Agravo não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos, etc.

Irresignada com a decisão que indeferiu o pedido de suspensão dos efeitos da sentença proferida nos autos do Mandado de Segurança nº 1019425-61.2015.8.26.0554, a Municipalidade de Santo André interpôs agravo regimental sob alegação de grave lesão de difícil reparação.

É uma síntese do necessário.

Sem embargo de zelo e cuidado que se reconhece na atuação da ilustre

subscritora, o recurso descomporta provimento.

Como consignado na 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, em relação às empresas representadas pela impetrante, afastar a incidência do Decreto Municipal nº 16.669/2015.

Ocorre que, *in concreto*, e ao reverso do afirmado pelo ente municipal, não vislumbraram-se os pressupostos legais autorizadores do manejo deste excepcional instrumento.

Destarte, ausentes os requisitos legais, o caso era mesmo de indeferimento da almejada suspensão dos efeitos da sentença.

Posto isso, **nega-se** provimento ao agravo regimental.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2234579-34.2015.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante MUNICÍPIO DE GUARULHOS, é agravado DESEMBARGADOR COORDENADOR DA DIRETORIA DE EXECUÇÃO DE PRECATÓRIOS E CÁLCULOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. JOSÉ RENATO NALINI. JULGAMENTO PRESIDIDO PELO EXMO. SR. DES. EROS PICELI.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

Acesso ao Sumário

(Voto nº 32.685-OE)

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (Presidente), EVARISTO DOS SANTOS, JOÃO CARLOS SALETTI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, 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, SALLES ROSSI, SILVEIRA PAULILO, FRANÇA CARVALHO, ARTUR MARQUES, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES e FERREIRA RODRIGUES.

São Paulo, 16 de dezembro de 2015.

PÉRICLES PIZA, Relator

Ementa: Agravo Regimental. Mandado de segurança. Inconformismo relacionado ao indeferimento da liminar que pretendia a suspensão dos efeitos da decisão impetrada. – Inadmissibilidade. Decisão que se vincula ao livre convencimento e prudente arbítrio do juiz. Revogação da liminar condicionada a constatação de flagrante ilegalidade ou abuso de poder, não ocorridos. Matéria trazida pela agravante como fundamento ao pretendido deferimento da liminar que não é de ser apreciada nesta oportunidade. Decisão mantida. – Agravo Regimental não provido.

VOTO

I – O MUNICÍPIO DE GUARULHOS impetrou Mandado de Segurança, com pedido liminar, contra decisão proferida pelo Exmo. Coordenador da Diretoria de Execução de Precatórios e Cálculos (DEPRE), em função delegada pela Presidência do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, consubstanciada nos autos administrativos do Processo Geral de Gestão nº 10.104/10, principalmente na parte em que determinou a instalação das sanções insertas no parágrafo 10 do art. 97 do Ato das Disposições Constitucionais contra a Municipalidade, sem antes escoar as possibilidades expropriatórias em face da devedora principal – a autarquia municipal Instituto de Previdência dos Servidores Públicos – IPREF, desrespeitando a relação de subsidiariedade que os vincula.

Dos documentos acostados nos autos do Processo Geral de Gestão nº 10.014/10 restou apurada a inadimplência da autarquia municipal Instituto de Previdência dos Servidores Públicos – IPREF referente aos Mapas Orçamentários

Acesso ao Sumário

de Credores de Precatórios dos exercícios de 2009, 2013 e 2014, perfazendo a quantia de R$ 3.463.800,22 (três milhões, quatrocentos e sessenta e três mil, oitocentos reais e vinte e dois centavos).

Informou, ainda, que após instada a Autarquia inadimplente para que regularizasse os pagamentos dos precatórios, e esta não o fez, a autoridade coatora ordenou contra a impetrante a aplicação das sanções prescritas no parágrafo 10 do ADCT, sem respeitar a subsidiariedade jurídica que vincula a Autarquia Municipal e o impetrante.

Dentre as várias medidas tomadas pela autoridade tida como coatora tem-se, por exemplo, o processamento do pedido de Sequestro de Rendas autuado sob nº 0048317-10.2015.8.26.0000 tendente a sequestrar dos cofres municipais o valor global da dívida autárquica, a DEPRE tem indeferido a expedição de certidão de regularidade dos pagamentos pela impetrante e ordenou a inserção do nome desta no Cadastro de Entidades Devedoras Inadimplentes (CEDIN) do Conselho Nacional de Justiça, bem como, a impetrante fora surpreendida com uma constrição no valor de R$ 171.045,87 (cento e setenta e um mil, quarenta e cinco reais e oitenta e sete centavos) de sua conta bancária vinculada ao Fundo de Participação dos Municípios (FPM).

Assim, por fim, pleiteou a concessão de pedido liminar para cassar a decisão e, evitar novas constrições, determinar a devolução dos valores já constritos, tornar sem efeito a inclusão da impetrante no CEDIN, proceder com a comunicação à Secretaria do Tesouro Nacional, tornar sem efeito a determinação acerca das transferências voluntárias e determinar à DEPRE que não obste a expedição de certidão probante de regularidade dos pagamentos de precatórios pela impetrante.

Entendendo ausentes os requisitos para o deferimento da medida liminar pleiteada, esta foi indeferida pelo despacho de fls. 58/59.

Inconformado, o Procurador do Município de Guarulhos interpôs o presente agravo regimental, visando obter a reforma do que fora decidido, insistindo na presença dos requisitos do *"fumus boni juris"* e do *"periculum in mora"* e batendo-se pela concessão da medida liminar pleiteada (fls. 01/08, dos autos incidentais).

É a síntese do necessário.

II – A despeito das ponderações do ilustre ente agravante, procurando sustentar que a conduta do Coordenador da DEPRE não respeita a subsidiariedade ao cobrar a dívida inscrita nos precatórios da IPREF e, por isso, estão presentes os requisitos autorizadores da medida cautelar pleiteada, não comporta, ao meu sentir, modificação a decisão combatida.

O que se colhe do inconformismo é que os argumentos penetram de forma íntima no mérito da questão deduzida no presente mandado, de modo que sua

Acesso ao Sumário

análise aprofundada desborda dos limites desta cognição sumária e só poderá ter lugar no momento oportuno.

A liminar foi indeferida dentro de juízo de cognição sumária, por se entender ausentes os requisitos da concessão consistentes na violação, em tese, da responsabilidade subsidiária.

O indeferimento da liminar é, pois, medida que se insere dentro do livre convencimento e prudente arbítrio do juiz só sendo passível de reexame em caso de flagrante ilegalidade ou abuso de poder, o que, certamente aqui não se verifica.

Diante disso, ausentes razões a justificar a alteração do decidido, o improvimento deste agravo regimental se impõe, como melhor medida.

III – Destarte, por meu voto, proponho seja **negado provimento** ao agravo regimental, mantida a respeitável decisão atacada.

Arguições de Inconstitucionalidade

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0059400-23.2015.8.26.0000, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que é suscitante 10ª 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, REJEITARAM A ARGUIÇÃO. ACÓRDÃO COM EXMO. SR. DES. BORELLI THOMAZ. FARÃO DECLARAÇÃO DE VOTO OS EXMOS. SRS. DES. ANTONIO CARLOS MALHEIROS E EVARISTO DOS SANTOS. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. ANTONIO CARLOS VILLEN.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº O.E. 22.973)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente), MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS (com declaração), JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, PAULO DIMAS MASCARETTI, ARANTES THEODORO,

Acesso ao Sumário

TRISTÃO RIBEIRO, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, SILVEIRA PAULILO, FRANÇA CARVALHO e EROS PICELI, rejeitando a arguição; e ANTONIO CARLOS MALHEIROS (com declaração), julgando a arguição procedente.

São Paulo, 18 de novembro de 2015.

BORELLI THOMAZ, Relator Designado

Ementa: Arguição de inconstitucionalidade. Art. 34, XXXV do Regimento Interno da Câmara Municipal de Guararema. Inconstitucionalidade inocorrente. Situação que se dissipa por análise acerca, tão só, de legalidade, ou ilegalidade, da conduta do agente público ou agente político. Arguição improcedente.

VOTO

Relatório nos autos.

Antecipo meu duplo pedido de vênia, a máxima vênia, para viger em todo este texto, pois ouso divergir de r. julgamento sob relatoria de peso, porque da lavra do Desembargador ANTONIO CARLOS VILLEN, secundado por seus ilustres pares da E. 10ª Câmara de Direito Público deste E. Tribunal de Justiça, bem como do r. voto do D. Relator sorteado, o ínclito Desembargador ANTONIO CARLOS MALHEIROS.

E divirjo por não entrever inconstitucionalidade no art. 34, XXXV do Regimento Interno da Câmara Municipal de Guararema, mas sim situação outra, que me permito referir, malgrado possa avançar um tanto no mérito da disputa na ação de que deriva este incidente.

A situação que pontuo é o equivocado exercício de Poder de Polícia pelo Presidente da Câmara ao interpretar e por em vigência o referido dispositivo legal, pois não entrevejo proibição alguma nele, mas sim previsão de uma das suas incontáveis atribuições elencadas no referido artigo 34, que se prolonga por trinta e oito incisos, permeados muitos deles por incontáveis letras, que vão transcritas ao final deste voto, caso haja alguém interessado em sua leitura, ou que também poderá ser acessado eletronicamente (endereço eletrônico constante do texto original).

Aliás, o art. 34 em referência é antecedido, por óbvio, pelo artigo 33, de preciosa redação: *o Presidente da Câmara é a mais alta autoridade da Edilidade, a quem compete dirigir a Mesa e o Plenário, em conformidade com as atribuições que lhe conferem este Regimento Interno*.

Acesso ao Sumário

Constato, portanto, ter o Presidente daquela edilidade agido, em princípio, sob as ordens daquele Regimento, mas, como já adiantei, indo além do direito buscado na impetração original, a ponto de arranhá-lo.

Ao que de imediato interessa aqui, e também na ação mandamental, vê-se no referido art. 34 providência outras, além da posta sob análise de inconstitucionalidade, a do seu inciso XXXV, pois também pertinentes à matéria os seus incisos XVI e XXXIII:

> **XVI** – credenciar agente de imprensa, rádio e televisão para o acompanhamento dos trabalhos legislativos;
>
> **XXXIII** – exercer atos de poder de polícia em quaisquer matérias relacionadas com as atividades da Câmara Municipal dentro ou fora do recinto da mesma;

Então, tal qual ocorre nas ações diretas de inconstitucionalidade, também em ocorrências processuais como esta, a análise pode ir além das estremaduras propostas pelo v. acórdão, a permitir seja e esteja aberta a outras situações de (in)constitucionalidade.

Verdadeira coincidência com a chamada **causa petendi** aberta: (...) *assim como é assente que a* causa petendi *no controle concentrado e em abstrato da constitucionalidade é* aberta*, também no controle difuso e em concreto argumentos outros que não os invocados pelas partes para a deflagração do exame de uma possível inconstitucionalidade podem – e, se for o caso, devem – ser enfrentados pelos julgadores. Do contrário, não se se poderia admitir, como se admite, a declaração de inconstitucionalidade* ex officio *na primeira instância, bem assim a suscitação,* ex officio*, de incidente de arguição de inconstitucionalidade nos tribunais*[1].

Então, além do disposto no indigitado inciso XXXV[2], a análise não pode refugir àqueles outros dois enunciados, todos com olhos no art. 220 e seu § 1º da Constituição Federal, ou seja, estar coarctado, por eles, o direito de plena liberdade de informação jornalística por veículo de comunicação social.

Ora, convenha-se em que não há proibição alguma nesses dispositivos, mas sim proibição ou dificuldade imposta pelo impetrado na ação mandamental ao gizar com outros contornos o que veio autorizado de forma plena pelos três dispositivos do Regimento Interno da Câmara Municipal de Guararema, como, aliás, não poderia ser diferente se assim também são as regras constitucionais.

Em paralelo, ouso referir que o Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça, Corte Centenária e da qual se apregoa, com razão, ser a maior do mundo,

Acesso ao Sumário

1 **JOSÉ LEVI MELLO DO AMARAL JÚNIOR, Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade – Comentários ao art. 97 da Constituição e aos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil, Ed. Revista dos Tribunais 2002, págs. 45/46.**

2 **XXXV – autorizar a transmissão por rádio ou televisão, ou a filmagem e a gravação de sessões da Câmara;**

tem idêntica ou assemelhado dispositivo no seu artigo 119:

> **Art. 119**. Do que ocorrer nas sessões, audiências ou reuniões, o secretário ou servidor designado lavrará ata circunstanciada de forma sucinta; o presidente, ao fim dos trabalhos, lançará sua rubrica e, em seguida, os procuradores e o secretário.
>
> Parágrafo único. **Havendo motivo relevante, o presidente, o órgão julgador ou a comissão poderá restringir a publicidade ou o acesso do público à sessão, audiência ou reunião, observados a lei e os princípios constitucionais**.

Nada se inibe a quem quer que seja; apenas e tão só se regulamenta, se impõe como e quando poderá haver alguma inibição a que se dê publicidade aos atos que se desenvolvam na atividade camarária, para o caso de Guararema, ou jurisdicional, para o nosso vetusto Tribunal de Justiça.

Cuida-se, então, de situação subjetiva para se saber que critérios guiarão o titular do Poder de Polícia das sessões camarárias ou de outras atividades desenvolvidas naquela casa.

Cinge-se à análise, pois, à legalidade, ou ilegalidade, no agir do Presidente da Câmara Municipal, que entendeu estar amparado pelo Regimento, enquanto para o impetrante da ação mandamental houve desbordo nesse agir por contrário ao Regimento Interno, e, na visão do D. Desembargador Relator do v. acórdão sugestivo da inconstitucionalidade em análise, por ser inconstitucional o art. 34, XXXV daquele Regimento.

Reedito que esse dispositivo e aqueles indicados como "conexos" não violam normas da Constituição Federal, tampouco da Constituição do Estado, devendo ser lembrado que exame de inconstitucionalidade cabente a este C. Órgão Especial se restringe aos preceitos desta, não daquela Constituição, válidos, por certo, conceitos de simetria e quetais.

Dessarte, na essência, trava-se nestes autos discussão acerca da eventual compatibilização entre o regramento da Câmara Municipal para exercício de divulgação pela imprensa e o pleno exercício dessa divulgação, insculpido, dentre outros, no artigo 220, **caput** da Constituição Federal, por ser livre a manifestação do pensamento e da informação.

Anoto, por oportuno, que a Suprema Corte dos Estados Unidos, em decisão tomada por seis de seus nove membros, decidiu: *a imprensa não pode ser punida por publicar informações de interesse público fornecidas por alguém que as tenha obtido de forma ilegal*[3].

De forma ilegal!!!

E aqui, convenhamos, a Câmara de Guararema tem forma legal para a atuação da imprensa; o ilegal, o inconstitucional, repito, não estão no Regimento,

Acesso ao Sumário

3 **Folha de São Paulo, em sua edição de 27 de maio de 2001, na página 20, do caderno "Mundo".**

mas na forma como se o cumpriu.

E a decisão americana tem perfeita aplicação para o direito pátrio, em que há norma constitucional protetora do direito à intimidade e, além disso, norma constitucional a assegurar a liberdade de imprensa.

Mutatis mutandis, a prevalência de um desses princípios sobre o outro deve ser decidida pelo Juiz, na análise de cada caso concreto submetido à sua apreciação, pois não há possibilidade de harmonização entre ambos.

Então, vem a pelo lembrar que, no *Estado de Direito, vigorante no país, onde a Administração Pública direta ou indireta e fundacional subsume-se aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade etc (Constituição da República, atigo 37), aflora-se saliente e imprescindível o papel dos veículos de comunicação de todos os gêneros, que diante da revelação de fatos gravíssimos e verossímeis (...), tem o dever cívico e jurídico de informar, denunciar, exprobar e alertar os agentes públicos, no exercício primordial da livre manifestação do pensamento e da tarefa de fiscalizar e reprimir atos atentatórios à dignidade humana e ao Estado*.

Exatamente isso está no Regimento Interno da Câmara Municipal de Guararema, mas não esteve no agir de seu Presidente.

Antigo aresto colhido nos anais deste E. Tribunal de Justiça também pontua: *não constituem abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e de informação, entre outras condutas, a divulgação, a discussão e a crítica de atos e decisões do Poder Executivo e seus agentes, desde que não se trate de matéria de natureza reservada ou sigilosa, e a crítica inspirada pelo interesse público, não estando presente o ânimo de injuriar, caluniar ou difamar (Apelação Cível nº 219.490-1)*.

Por isso o Regimento em análise não obstrui a ação da imprensa, mas apenas a regulamenta.

Oportuno, ainda referência a artigo escrito por MARCOS BARBOSA PINTO[4], dadas as preciosas lições para a exegese do caso ora em análise:

> *Outra importante função exercida pela imprensa atualmente é a de fiscalização dos atos do Poder Público, do bom funcionamento das instituições democráticas e da honestidade dos funcionários públicos e governantes. Neste contexto destaca-se a capacidade da imprensa de combater a corrupção, através da investigação e de denúncias que informam o cidadão e permitem ao Poder Judiciário apurar irregularidades e punir culpados.*
>
> *Esta função de fiscalização, assim como as demais funções dos meios de comunicação, não pode ser exercida sem ampla liberdade de*

Acesso ao Sumário

4 **Revista de Direito Mercantil nº 111, p. 171 a 184, sob o título "Liberdade de imprensa e responsabilidade civil dos meios de comunicação".**

imprensa. Os cidadãos não estarão aptos a posicionar-se coerentemente ante os fatos políticos a menos que obtenham notícias jornalísticas corretas e que possam ter acesso a diferentes fontes de informação. Se notícias incorretas e parciais não puderem ser contrabalançadas pelos demais meios de comunicação, ou se fatos relevantes para o público não puderem ser publicados, a capacidade de decisão da sociedade fica mutilada e a democracia perde sua força. O mesmo ocorre se não houver espaço na imprensa para opiniões divergentes, ou se a imprensa, de qualquer modo, for impedida de fiscalizar o poder público e de expressar os anseios populares.

É a imprensa, em última instância, que possibilita o exercício político no atual cenário social. A respeito dessa afirmação, cabe recordar aqui algumas interessantes considerações de Hanna Arendt sobre a política. Para essa autora, a ação da política só pode desenvolver-se onde existe uma esfera pública, isto é, onde está presente aquela instância em que os cidadãos agem em conjunto, conversam entre si, discutindo assuntos de interesse geral com vistas a formações de convicções comuns. A concepção de política de Hanna Arendt é dominada pela palavra e pelo discurso – pela comunicação – por um agir em conjunto em função do interesse comum. É precisamente a ação política que, na opinião dos antigos, compartilhada por Hanna Arendt, leva à dignificação do homem, pois é através dela que o ser humano pode mostrar-se, ser visto e ouvido" (...)

O ponto central é que a responsabilização civil, quando prevista de modo inadequado pela legislação, pode levar os meios de comunicação à prática de auto-censura. Em outros termos, a imprensa pode deixar de divulgar informações controvertidas, ou mesmo notícias verdadeiras de difícil comprovação em juízo, para evitar ações de indenização. Desta forma, informações de interesse dos cidadãos e essenciais ao debate público deixam de ser publicadas.

Ademais, o papel investigativo exercido pelos meios de informação jornalística também pode ser prejudicado, sobretudo em questões envolvendo denúncias de corrupção no Poder Público. Sabemos que a participação da imprensa nestes casos é essencial, tanto denunciando quanto exercendo pressão para que os culpados sejam devidamente punidos" (...)

Para finalizar, é oportuna uma última consideração sobre a importância da liberdade de imprensa para a democracia, tendo em vista Direito constitucional. No parágrafo único, do art. 1º, a Constituição de 1988 assim determina: "Todo poder emana do povo, que exerce por meio de representantes ou diretamente, nos termos desta Constituição"

Acesso ao Sumário

(grifamos). Analisando a fundo este dispositivo constitucional verificamos quão grandioso e importante é o ideal da liberdade de imprensa. Sem liberdade de imprensa não há mesmo como pensar em democracia, pois o livre acesso a informação é fundamental para aqueles que, segundo a Constituição, são verdadeiras fontes de todos os poderes: os cidadãos. Sem liberdade de imprensa a determinação constitucional de que o poder deve ser exercido pelo povo não passaria de letra morta".

Volta-se ao art. 34 e incisos antes referidos do Regimento Interno da Câmara Municipal de Guararema e, por fim, não há inconstitucionalidade a ser declarada, mas sim situação processual cuja lide está em se analisar a conduta tida pelo impetrante da ação mandamental como ato coator em comparação com a defesa feita por seu autor como protegida por aqueles dispositivos legais.

Ante o exposto, por inexistir conflito de constitucionalidade direto, a resultar na constitucionalidade dos dispositivos legais analisados, entendo cingir-se a controvérsia ao plano da legalidade do ato administrativo concreto atribuído ao Presidente da edilidade guararemense, cessa a competência deste órgão julgador, devendo os autos tornarem à Câmara de origem para apreciar a legalidade, ou ilegalidade, do referido ato.

Pelo meu voto, rejeito o presente incidente de inconstitucionalidade.

DAS ATRIBUIÇÕES ESPECÍFICAS DOS MEMBROS DA MESA

Art. 33 – O Presidente da Câmara é a mais alta autoridade da Edilidade, a quem compete dirigir a Mesa e o Plenário, em conformidade com as atribuições que lhe conferem este Regimento Interno.

Art. 34 – Compete ao Presidente da Câmara:

I – representar a Câmara Municipal em juízo, inclusive prestando informações em mandado de segurança contra ato da Mesa ou Plenário;

II – representar, em nome da Câmara, junto aos Poderes da União, do Estado e do Distrito Federal;

III – dirigir, executar e disciplinar os trabalhos legislativos e administrativos da Câmara;

IV – interpretar e fazer cumprir o Regimento Interno;

V – promulgar as resoluções e os decretos legislativos, bem como as leis que receberem sanção tácita e as cujo veto tenha sido rejeitado pelo Plenário e não tenham sido promulgadas pelo Prefeito Municipal;

VI – fazer publicar os atos da Mesa, bem como as resoluções, os decretos legislativos e as leis por ele promulgadas;

VII – declarar extinto o mandato do Prefeito, Vice-Prefeito e dos Vereadores, nos casos previstos em lei;

VIII – apresentar ao Plenário, até o dia 20 (vinte) de cada mês, o balanço relativo aos recursos recebidos e às despesas realizadas no mês anterior;

IX – requisitar o numerário destinado às despesas da Câmara;

X – exercer, em substituição, a chefia do Executivo Municipal nos casos previstos em

Acesso ao Sumário

lei;

XI – designar comissões especiais nos termos deste Regimento Interno, observadas as indicações partidárias;

XII – mandar prestar informações por escrito e expedir certidões requeridas para a defesa de direitos e esclarecimentos de situações;

XIII – realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil e com membros da comunidade;

XIV – administrar os serviços da Câmara Municipal, fazendo lavrar os atos pertinentes a essa área de gestão;

XV – representar a Câmara junto ao Prefeito, às autoridades federais, estaduais e distritais e perante as entidades privadas em geral;

XVI – credenciar agente de imprensa, rádio e televisão para o acompanhamento dos trabalhos legislativos;

XVII – fazer expedir convites para as sessões solenes da Câmara Municipal às pessoas que, por qualquer título, mereçam a honraria;

XVIII – conceder audiências ao público, a seu critério, em dias e horas prefixados;

XIX – requisitar força, com a aprovação do Colégio dos Líderes, quando necessária à preservação da regularidade de funcionamento da Câmara;

XX – empossar os Vereadores retardatários e suplentes e declarar empossados o Prefeito e o Vice-Prefeito, após a investidura dos mesmos nos respectivos cargos perante o Plenário;

XXI – declarar extintos os mandatos do Prefeito, do Vice-Prefeito, do Vereador e de suplente, nos casos previstos em lei ou em decorrência da decisão judicial, em face de deliberação do Plenário, e expedir decreto legislativo de perda do mandato;

XXII – convocar suplente de Vereador, quando for o caso;

XXIII – declarar destituído membro da Mesa ou de Comissão Permanente nos casos previstos neste Regimento;

XXIV – designar os membros das Comissões Temporárias e os seus substitutos e preencher vagas nas Comissões permanentes;

XXV – convocar verbalmente os membros da Mesa, para as reuniões previstas no art. 39 deste Regimento;

XXVI – dirigir as atividades legislativas da Câmara em geral, em conformidade com as normas legais e deste Regimento, praticando todos os atos que, explícita ou implicitamente, não caibam ao Plenário, à Mesa em conjunto, às Comissões, ou a qualquer integrante de tais órgãos individualmente considerados, e em especial exercendo as seguintes atribuições:

a) convocar sessões extraordinárias da Câmara, e comunicar aos Vereadores as convocações partidas do Prefeito, da Comissão Representativa ou a requerimento da maioria absoluta dos membros da Casa, inclusive no recesso;

b) abrir, presidir e encerrar as sessões da Câmara e suspendê-las, quando necessário;

c) determinar a leitura, pelo Vereador Secretário, das atas, pareceres, requerimentos e outras peças escritas sobre as quais deve deliberar o Plenário, na conformidade do

Acesso ao Sumário

expediente de cada sessão;

d) cronometrar a duração do expediente e da ordem do dia e do tempo dos oradores inscritos, anunciando o início e o término respectivos;

e) manter a ordem no recinto da Câmara, concedendo a palavra aos oradores inscritos, cassando-a, disciplinando os apartes e advertindo todos os que incidirem em excessos;

f) resolver as questões de ordem;

g) interpretar o Regimento Interno, para aplicação às questões emergentes, sem prejuízo de competência do Plenário para deliberar a respeito, se o requerer qualquer Vereador;

h) anunciar a matéria a ser votada e proclamar o resultado da votação;

i) proceder à verificação de quorum, de ofício ou a requerimento de Vereador;

j) encaminhar os processos e os expedientes às Comissões Permanentes, para parecer, controlando-lhes o prazo, e, esgotado este sem pronunciamento, nomear relator ad hoc nos casos previstos neste Regimento;

XXVII – praticar os atos essenciais de intercomunicação com o Executivo, notadamente:

a) receber as mensagens de propostas legislativas, fazendo-as protocolizar;

b) encaminhar ao Prefeito, por ofício, os projetos de lei aprovados e comunicar-lhe os projetos de sua iniciativa desaprovados, bem como os vetos rejeitados ou mantidos;

c) solicitar ao Prefeito as informações pretendidas pelo Plenário e convidá-lo a comparecer ou fazer que compareçam à Câmara os seus auxiliares para explicações, quando haja convocação da Edilidade em forma regular;

d) solicitar mensagem com propositura de autorização legislativa para suplementação dos recursos da Câmara, quando necessário;

e) proceder a devolução à Tesouraria da Prefeitura de saldo de caixa existente na Câmara ao final de cada exercício;

XXVIII – ordenar as despesas da Câmara Municipal e assinar cheques nominativos ou ordem de pagamento juntamente com o servidor encarregado do movimento financeiro;

XXIX – determinar licitação para contratações administrativas de competência da Câmara quando exigível;

XXX – apresentar ao Plenário, mensalmente, o balancete da Câmara do mês anterior;

XXXI – administrar o pessoal da Câmara, ouvido o Colégio de Líderes, fazendo lavrar e assinando os atos de nomeação, promoção, reclassificação, exoneração, aposentadoria, concessão de férias e de licença, atribuindo aos servidores do Legislativo vantagens legalmente autorizadas; determinando a apuração de responsabilidades administrativas civil e criminal de servidores faltosos e aplicando-lhes penalidades; julgando os recursos hierárquicos de servidores da Câmara; praticando quaisquer outros atos atinentes a essa área de sua gestão;

XXXII – mandar expedir certidões requeridas para a defesa de direito e esclarecimentos de situações de interesse pessoal;

XXXIII – exercer atos de poder de polícia em quaisquer matérias relacionadas com as atividades da Câmara Municipal dentro ou fora do recinto da mesma;

XXXIV – fixar diretrizes para divulgação das atividades da Câmara;

XXXV – autorizar a transmissão por rádio ou televisão, ou a filmagem e a gravação de

Acesso ao Sumário

sessões da Câmara;

XXXVI – autorizar a utilização do recinto da Câmara para fins estranhos à sua finalidade, quando for do interesse público;

XXXVII – adotar medidas adequadas para promover e valorizar o Poder Legislativo e resguardar o seu conceito perante à população;

XXXVIII – dar provimento ao recurso de que trata o art. 50, parágrafo 1º, deste Regimento.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 35.534)

Ousei divergir da douta maioria pelas razões que passo a expor:

Trata-se de incidente de inconstitucionalidade suscitado pela 10ª Câmara de Direto Público, em face do art. 34, XXXV, do Regimento Interno da Câmara de Vereadores de Guararema, que versa sobre a obrigatoriedade de um pedido de autorização ao Presidente da Câmara, para transmissão por rádio ou televisão, ou a filmagem e a gravação de sessões da Câmara.

O recurso originário Agravo de Instrumento, foi interposto em face de decisão que indeferiu liminar requerida para a concessão de ordem para que fosse garantido o direito de filmar e gravar as sessões legislativas ordinárias e extraordinárias, independentemente de prévia autorização do Presidente da Casa.

A Câmara suscitante entende que a sujeição do exercício da atividade à prévia autorização da autoridade coatora afronta a liberdade de imprensa, garantida pelo ar. 220, *caput* e § 1º da Constituição Federal, e que após a entrada em vigor da Súmula Vinculante nº 10, do Supremo Tribunal Federal, no sentido de ser competência deste Órgão Especial a declaração de inconstitucionalidade de lei municipal.

Procede a arguição.

O princípio da publicidade no que diz respeito aos atos praticados no exercício da função legislativa por ser uma manifestação estatal decorre da própria cláusula do Estado Democrático de Direito, estampado no art. 1º da Constituição Federal possibilitando aprimorar a compatibilidade de aludido ato com os preceitos constitucionais (Estado e Direito) e fiscalizar a atuação parlamentar (Estado Democrático).

Dessa forma, o resultado da atividade legislativa (edição de normas), quanto o processo legislativo e a fiscalização parlamentar decorrente dos trabalhos de Plenário, comissões e de todos os demais órgãos do Poder Legislativo, em todas suas manifestações ou votos, são alcançados pelo princípio da publicidade.

Acesso ao Sumário

O art. 52, § 2º da Constituição Federal que estabelece o voto secreto nas sessões que tiverem por finalidade decidir sobre perda do mandato de parlamentar em determinas hipóteses que especifica, sem, no entanto, impedir o acesso à sessão que deliberara referidas hipóteses.

Daí porque a norma ora guerreada não se coadunar com o disposto no art. 111 da Constituição Estadual, que assim dispõe:

> ***Art. 111 – A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação, interesse público e eficiência. (Artigo com redação dada pela Emenda Constitucional Estadual nº 21, de 14.02.2006 – DOE Legislativo, 15.02.2006, p. 7).***

Tem-se, portanto, que o princípio da publicidade refere-se à necessidade de as deliberações das Casas Legislativas serem públicas.

Sobre essa publicidade, podemos observá-la sob três aspectos: 1º) possibilidade efetiva de o público poder assistir às deliberações das Câmaras; 2º) disponibilidade ao público em geral de atas das sessões e reuniões aprovadas pela própria Câmara e suas comissões; 3º) publicação pela imprensa de resumos ou extratos de suas atas e da livre informação do ocorrido em suas sessões e reuniões.

Assim sendo, a norma em exame fere não somente o princípio constitucional bandeirante, como também, o federal, sendo que a regra é a publicidade e o sigilo só é permitido quando visar à proteção da intimidade e ao interesse público, como bem observou a d. Procuradoria Geral de Justiça (fls. 170).

Isto posto, pelo meu voto, julgo procedente o incidente para declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade do inciso XXXV, do art. 34, do Regimento Interno da Câmara de Vereadores de Guararema, devolvendo-se os autos à Egrégia 10ª Câmara Público deste Tribunal para os fins de direito.

ANTONIO CARLOS MALHEIROS, Desembargador

Acesso ao Sumário

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR

(Voto nº 33.457)

1. Relatório já nos autos.

2. Pelo meu voto, rejeito a arguição.

Trata-se de arguição de inconstitucionalidade do **inciso XXXV do art. 34 do Regimento Interno da Câmara Municipal de Guararema** suscitado pela **C. 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, que impõe a necessidade de autorização do Presidente da Câmara para

transmitir por rádio ou televisão ou filmar e gravar as sessões da Câmara.

Com o seguinte teor a norma impugnada:

"Art. 34 Compete ao Presidente da Câmara:"

(...)

"XXXV – autorizar a transmissão por rádio ou televisão, ou a filmagem e a gravação de sessões da Câmara;"

Em que pese a d. opinião do I. Relator, entendo ausente o vício de inconstitucionalidade na norma em questão.

As sessões realizadas pela Câmara Municipal serão, em respeito ao **princípio da publicidade**, sempre **públicas**.

Nesse sentido, a **Constituição Bandeirante**:

*"Art. 10 – A Assembleia Legislativa funcionará **em sessões públicas**, presente, nas sessões deliberativas, pelo menos um quarto de seus membros e, nas sessões exclusivamente de debates, pelo menos um oitavo de seus membros."* (grifei).

A **publicidade**, segundo ensina **JOSÉ AFONSO DA SILVA**,

" ... sempre foi tida como um princípio administrativo, porque se entende que o Poder Público, por ser público, deve agir com a maior transparência possível, a fim de que os administrados tenham, a toda hora, conhecimento do que os administradores estão fazendo. Especialmente exige-se que se publiquem atos que devam surtir efeitos externos, fora dos órgãos da Administração." ("Comentário Contextual à Constituição" – Ed. Malheiros – 2ª ed. – p. 336).

Especificamente quanto a **publicidade** das sessões realizadas pela Câmara Municipal, **HELY LOPES MEIRELLES** bem ressalta:

*"A publicidade das sessões é princípio insuperável da elaboração das leis. A publicidade deve ser assegurada não só pela publicação dos trabalhos da Câmara no órgão oficial do Município, como – e principalmente – pela realização das **sessões com caráter público**. O povo tem direito de assistir à discussão e votação das leis, e não será lícito impedir ou dificultar, por qualquer meio, **o livre acesso do cidadão ao recinto dos debates, na parte reservada ao público**."*

*"A **Presidência poderá tomar medidas de segurança** (impedir o porte de arma), **de higiene ou de decoro** (exigir traje e compostura condignos) compatíveis com a dignidade do Plenário, mas não deverá opor restrições de tal ordem que importem cerceamento de publicidade e de ingresso do povo no recinto da Câmara durante as sessões públicas."* (grifei – "Direito Municipal Brasileiro" – Ed. Malheiros – 17ª ed. – p. 673).

Acesso ao Sumário

A norma impugnada **não** está restringindo o acesso às sessões da Câmara Municipal. Possível a qualquer cidadão assistir às sessões. Imposição insere-se no **poder de polícia** conferido ao Presidente da Câmara Municipal.

A necessidade de autorização para transmitir por meio de rádio ou televisão, bem como filmar ou gravar as sessões **configura**, apenas, **medida de segurança e organização** a fim de se manter a ordem e evitar possível tumulto, de acordo com o espaço físico disponível.

Não se afigura desarrazoado impor regras para tanto.

E nesse proceder inexiste qualquer ofensa ao exercício da liberdade de manifestação do pensamento e da informação. Não se está proibindo qualquer divulgação de notícias ou informações.

Com esses acréscimos, acompanho o i. Des. **BORELLI THOMAZ**, **rejeitando** a arguição de inconstitucionalidade do inciso XXXV, do art. 34, do Regimento Interno da Câmara Municipal de Guararema, devendo os autos retornar à **Eg. 10ª Câmara de Direito Público** para prosseguir no julgamento da apelação.

3. Pelo meu voto, julgo improcedente a arguição.

EVARISTO DOS SANTOS, Desembargador

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0069724-72.2015.8.26.0000, da Comarca de Diadema, em que é suscitante 15ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "ACOLHERAM A ARGUIÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.062)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente), FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, 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, SALLES ROSSI, SILVEIRA PAULILO, FRANÇA CARVALHO, EROS PICELI e ANTONIO CARLOS MALHEIROS.

São Paulo, 9 de dezembro de 2015.

Acesso ao Sumário

MOACIR PERES, Relator

Ementa: ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – Artigo 14 da Lei nº 999/89, do Município de Diadema, que exige o pagamento do Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis antes do efetivo registro – Inadmissibilidade – Hipótese de incidência do imposto, nos termos do artigo 156, II, da Constituição Federal, que decorre da efetiva transmissão da propriedade de bens imóveis que, por sua vez, opera-se com o registro imobiliário – Arguição de inconstitucionalidade acolhida.

VOTO

Trata-se de arguição de inconstitucionalidade, suscitada pela Colenda 15ª Câmara de Direito Público deste E. Tribunal de Justiça, contra o artigo 14 da Lei Municipal nº 999/89, que previu o pagamento do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis – ITBI – "antes de se efetivar o ato ou o contrato sobre o qual incide, se por instrumento público, e no prazo de 10 (dez) dias de sua data, se por instrumento particular".

O órgão fracionário, em v. acórdão que teve a relatoria do Des. Eutálio Porto, entendeu que a previsão viola o artigo 156, inciso II, da Constituição Federal, vez que "o fato gerador do ITBI só ocorre com a transferência efetiva da propriedade ou do domínio útil" (fls. 91/97).

Por essa razão, invocando a cláusula de reserva de plenário, suscitou o presente incidente.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo não conhecimento do incidente ou pelo seu acolhimento, com a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo vergastado (fls. 104/112).

É o relatório.

Conhece-se do incidente porque, embora este Colendo Órgão Especial já tenha se manifestado sobre o assunto, o fez em relação a dispositivos de outros municípios, nada dispondo especificamente sobre a legislação do Município de Diadema.

O incidente de inconstitucionalidade é procedente.

A Lei Municipal nº 999/1989, de Diadema, assim estabeleceu:

Art. 14. *Ressalvado o disposto nos artigos seguintes, o imposto será pago antes de se efetivar o ato ou o contrato sobre o qual incide, se por instrumento público, e no prazo de 10 (dez) dias de sua data, se por instrumento particular.*

Acesso ao Sumário

À evidência, o dispositivo permite que a cobrança do ITBI seja realizada com base em data anterior à do instrumento público ou em dez dias após o instrumento particular, com a incidência de juros e correção monetária a partir de então.

Todavia, a Constituição Federal prevê que é fato gerador do aludido tributo a *transmissão* de bens imóveis, nos seguintes termos:

> ***Art. 156.*** *Compete aos Municípios instituir impostos sobre:*
>
> *(...)*
>
> ***II*** *– transmissão "inter vivos", a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição.*

É cediço que o ordenamento jurídico brasileiro estabelece que a transmissão entre vivos da propriedade ocorre mediante registro do título translativo no registro de imóveis, que ostenta presunção de veracidade.

Nesse sentido, o artigo 1.245 do Código Civil:

> ***Art. 1.245.*** *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.*
>
> ***§ 2º*** *Enquanto não se promover, por meio de ação própria, a decretação de invalidade do registro, e o respectivo cancelamento, o adquirente continua a ser havido como dono do imóvel.*

Nos termos do Código Tributário Nacional, a lei tributária não pode alterar institutos e formas previstos pelo direito privado, utilizados expressa ou implicitamente pela Constituição Federal na definição de competências tributárias[1].

Como se vê, o artigo 14 da Lei Municipal nº 999/1989 extrapolou a competência que lhe fora constitucionalmente assegurada, ao instituir tributo sem a observância da hipótese de incidência prevista na Carta Magna.

Nos termos como posto o dispositivo em comento, seja o negócio jurídico realizado por meio de instrumento público ou particular, o imposto é exigido antes da efetiva transmissão da propriedade, ou seja, do seu registro, do que decorre a sua inconstitucionalidade.

Normas semelhantes já foram analisadas por este Colendo Órgão Especial, com o mesmo desfecho, em relação ao Município de Mogi das Cruzes (Arguição de Inconstitucionalidade nº 0032713-48.2011.8.26.0000, Rel. Des. Cauduro Padin, j. em 1/2/2012, v.u) e de São Paulo (Arguição de Inconstitucionalidade

Acesso ao Sumário

1 ***Art. 110.*** *A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.*

nº 0056693-19.2014.8.26.0000, Rel. Des. Paulo Dimas Mascaretti, j. em 25/3/2015). Do último precedente, extrai-se o seguinte excerto:

> *Não há como desconsiderar a indicação de que o registro imobiliário é constitutivo da propriedade; não tem efeito meramente regularizador e publicitário. Na lição de Kiyoshi Harada: "Ora, a transmissão da propriedade imobiliária só se opera com o registro do título de transferência no Registro de Imóveis competente, de conformidade com o art. 1.245 do Código Civil. O conceito de 'transmissão de propriedade imobiliária', como estabelecido na lei civil, por ter sido utilizado pela Constituição Federal para definir competência impositiva dos Municípios, é vinculante dentro do Direito Tributário (art. 110 do CTN)2 . Do contrário, a discriminação constitucional de impostos seria inócua" (v. "Aumento ilegal. Exame crítico do Decreto nº 46.228/05". RFDT 19, jan-fev/06). Forçoso então reconhecer que o vocábulo "transmissão", empregado na Constituição Federal, ostenta o mesmo conteúdo da "transmissão" definida no Código Civil. (...) Na verdade, não tem mesmo lugar a antecipação de tributo sobre fato gerador inexistente, carecendo de suporte jurídico, nas circunstâncias, a aplicação do regime constitucional de substituição tributária previsto no § 7º do artigo 150 da Constituição Federal3 ; referida norma realmente não preconiza a possibilidade de se exigir, de forma irrestrita, o recolhimento antecipado de um tributo, ou seja, em situações em que o fato gerador ocorrerá em momento ulterior. A propósito, Igor Maules Santiago dá conta que: "Usando a Constituição o termo responsável, claro está que se refere à pessoa chamada a pagar o tributo sem ter realizado o respectivo fato gerador (embora esteja com ele de algum modo vinculada, na forma do artigo 128 do CTN). Noutras palavras: o artigo 150, § 7º, da Constituição, não contém autorização para que os entes tributantes exijam antecipadamente de uma pessoa o tributo a nascer de fato gerador que se espera que ela mesma realize no futuro (antecipação do IPTU dos próximos cinco anos, cobrança em vida do imposto sobre heranças ou adiantamento do ICMS por venda a ser feita no futuro). E a discriminação não é desarrazoada: é sabido que a substituição tributária para frente veio atender um anseio de simplificação da fiscalização tributária, que fica concentrada em uns poucos contribuintes (os produtores ou atacadistas de certas mercadorias), ao invés de ter de dispersar-se por um sem-número de varejistas, de pequenos e grandes, bem ou mal organizados, situados nos grandes centros ou em longínquos rincões. Ora, nenhuma utilidade teria para esse desiderato a antecipação do fato imponível próprio, já que a fiscalização de um mesmo contribuinte, agora ou mais tarde, acarreta sempre o mesmo ônus para o fisco" (v. "Direito Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência", de Leandro Paulsen, 13ª edição, p. 268/269). Inafastável concluir, portanto, nessa linha de entendimento, que o fato gerador do ITBI só se aperfeiçoa realmente com o registro da transmissão do bem imóvel, razão pela qual a previsão contida no*

Acesso ao Sumário

artigo 12 da Lei Municipal nº 11.154/91, ao exigir o recolhimento do imposto "antes de se efetivar o ato ou contrato sobre o qual incide, se por instrumento público e, no prazo de 10 (dez) dias de sua data, se por instrumento particular", implica em nítido maltrato à norma posta no artigo 156, inciso II, da Constituição Federal.

No mesmo sentido, já decidiu o Egrégio Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO DE BENS IMÓVEIS. FATO GERADOR. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. IMPOSSIBILIDADE. A obrigação tributária surge a partir da verificação de ocorrência da situação fática prevista na legislação tributária, a qual, no caso dos autos, deriva da transmissão da propriedade imóvel. Nos termos da legislação civil, a transferência do domínio sobre o bem torna-se eficaz a partir do registro. Assim, pretender a cobrança do ITBI sobre a celebração de contrato de promessa de compra e venda implica considerar constituído o crédito antes da ocorrência do fato imponível. Agravo regimental a que se nega provimento (ARE 805859 AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, j. em 10/02/2015).

Assim, por violar o artigo 156, II, da Constituição Federal, é de rigor a declaração da inconstitucionalidade da norma vergastada.

Ante o exposto, acolhe-se a arguição, para declarar a inconstitucionalidade do artigo 14 da Lei nº 999/89, do Município de Diadema, restituindo-se os autos à Colenda 15ª Câmara de Direito Público deste Tribunal de Justiça para que prossiga no julgamento do recurso de apelação interposto nos autos da presente ação ordinária.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0077404-11.2015.8.26.0000, da Comarca de Miguelópolis, em que é suscitante 5ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM PROCEDENTE A ARGUIÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.853)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, LUIZ ANTONIO DE GODOY, BORELLI THOMAZ,

JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, VICO MAÑAS, SILVEIRA PAULILO, NUEVO CAMPOS, LUIS SOARES DE MELLO, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI e FRANCISCO CASCONI.

São Paulo, 27 de janeiro de 2016.

RENATO SARTORELLI, Relator

Ementa: "ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI Nº 3.329/2012 DO MUNICÍPIO DE MIGUELÓPOLIS – CRIAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO NÃO RELACIONADOS ÀS FUNÇÕES DE CHEFIA, DIREÇÃO E ASSESSORAMENTO – ATRIBUIÇÕES TÉCNICAS, BUROCRÁTICAS OU ADMINISTRATIVAS QUE NÃO DEMANDAM RELAÇÃO ESPECIAL DE CONFIANÇA ENTRE O SERVIDOR E SEU SUPERIOR HIERÁRQUICO – INCONSTITUCIONALIDADE – INCIDENTE JULGADO PROCEDENTE.

A criação de cargos em comissão referentes a funções para cujo desempenho não é necessária a confiança pessoal viola o disposto nos artigos 111, 115, inciso V, e 114, todos da Constituição Estadual".

VOTO

Cuida-se de incidente de inconstitucionalidade suscitado, em ação civil pública, pela E. 5ª Câmara de Direito Público, tendo por objeto a Lei nº 3.329/2012 do Município de Miguelópolis envolvendo a criação de cargos comissionados de livre nomeação que não se caracterizam por funções de confiança, como as de direção, chefia e assessoramento, implicando ofensa ao disposto no artigo 37, incisos II e V, da Constituição Federal.

O julgamento foi suspenso em face da arguição de inconstitucionalidade da lei impugnada, encaminhando-se os autos a este C. Órgão Especial, a teor do enunciado da Súmula Vinculante nº 10, do E. Supremo Tribunal Federal, tudo conforme consta do v. acórdão de fls. 178/182.

A d. Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer, opinou pelo conhecimento do incidente e seu acolhimento para reconhecer a inconstitucionalidade do artigo 2º da Lei Municipal nº 3.329/2012 e respectivo

Acesso ao Sumário

Anexo II *(cf. fls. 190/199)*.

É o relatório.

1) Ressalto, de início, que em se tratando de controle difuso de constitucionalidade, eventual revogação da lei ou do ato normativo impugnado não prejudica o julgamento do incidente, impondo-se o exame da constitucionalidade da norma segundo sua compatibilidade com o ordenamento constitucional vigente à época em que editada, com vistas à solução do caso concreto *(Arguição de Inconstitucionalidade nº 0025339-39.2015.8.26.0000, Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Relator Desembargador Paulo Dimas Mascaretti)*.

2) No mais, tenho para mim que a arguição de inconstitucionalidade merece prosperar.

Transcrevo o seguinte excerto do ato normativo impugnado no que interessa à solução da controvérsia, ***verbis***:

> ***"Artigo 2º – Ficam criados os seguintes cargos discriminados no anexo II da Lei Municipal nº 2.433, de 05 de outubro de 2.001, e suas alterações posteriores, e alterados os anexos II, III e IV da Lei nº 2.433 de 05 de outubro de 2.001 e dá outras providências que relaciona os cargos de provimento em comissão da Câmara Municipal"*** *(Lei Municipal nº 3.329/2012 – cf. fl. 33)*.

Com efeito, a Lei nº 3.329/2012 do Município de Miguelópolis, dentre outras providências, criou os seguintes cargos de provimento em comissão, relacionados no anexo II, quais sejam: *11 cargos de Assessor Parlamentar, 02 cargos de Assessor do Gabinete do Presidente da Câmara e 01 cargo de Chefe de Gabinete da Presidência* – descrevendo suas respectivas funções, ***verbis***:

> ***"Assessor Parlamentar***
>
> ***Supervisão e assessoramento na realização de tarefas de ordem política e relacionamento com os demais órgãos da administração pública municipal, estadual e federal.***
>
> ***Descrição analítica: – Efetuar contatos em nome do poder legislativo municipal, com todos os órgãos públicos e demais poderes do governo municipal, estadual e federal que de alguma forma possam influenciar a administração do município, na elaboração de leis, projetos e recursos financeiros.***
>
> ***Assessor do Gabinete do Presidente da Câmara***
>
> ***Realização das tarefas de rotina inerentes à função administrativa e legislativa.***
>
> ***Descrição analítica: – Assessorar na elaboração das proposições legislativas solicitadas pelas bancadas, dar encaminhamento aos projetos de lei e outros atos normativos, pedidos de informação e outros; proceder ao arquivamento e organização e consolidação***

Acesso ao Sumário

da legislação do município, organizar de forma eletrônica as leis e atos normativos do município, redigir atas. Prestar assessoria às bancadas nas sessões plenárias.

Chefe de Gabinete da Presidência

Funções Supervisão e assessoramento na realização de tarefas de ordem administrativa.

Descrição analítica: – Supervisionar e redigir todos os serviços de ordem burocrática do Legislativo Municipal, determinando o cumprimento de tarefas pelo quadro de servidores, executando serviços e expedientes do processo legislativo, correspondência oficial da presidência, controle e distribuição de material de expediente, assessoria direta ao Presidente da Câmara, no que tange ao processo e a técnica administrativas, determinando aos demais servidores as tarefas afins, organizar os serviços dos demais setores da Câmara (assessorias, compras, tesouraria, serviços gerais) e executar tarefas afins" *(cf. fls. 34/35).*

A Carta Bandeirante, em seu artigo 115, incisos II e V, reproduzindo regra consagrada pelo artigo 37, incisos II e V, da Constituição Federal, preceitua que *"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 comissões, declarado em lei, de livre nomeação e exoneração"*, estatuindo, ainda, que os cargos comissionados *"destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento"*, normas de observância obrigatória pelos Municípios de acordo com o artigo 144 da Constituição Estadual.

Cargos de livre provimento constituem, portanto, exceção à regra que exige prévia aprovação em concurso público, devendo guardar estrita observância aos princípios da moralidade, da impessoalidade e da primazia do interesse público *(artigo 111 da Constituição Estadual)*.

No entanto, a simples inserção de expressões que atribuam ao cargo público funções de direção, chefia ou assessoramento não é suficiente para caracterizá-lo como de provimento em comissão.

Pela leitura do texto normativo impugnado, não é possível concluir que o exercício daquelas atividades corresponda, efetivamente, às situações excepcionais delimitadas pelo legislador constitucional que dispensam a realização de concurso para a investidura em cargo público.

Na verdade, as *"descrições analíticas"* dos cargos de Assessor Parlamentar, Assessor do Gabinete do Presidente da Câmara e de Chefe de Gabinete da Presidência, criados pelo artigo 2º da Lei nº 3.329/2012 do Município de Miguelópolis, evidenciam atuação eminentemente técnica, burocrática ou administrativa, não se vislumbrando, ainda, a necessidade de relação especial

Acesso ao Sumário

de confiança para o desempenho daquelas funções, motivo pelo qual devem ser desempenhadas por servidores de carreira.

Aliás, em diversos precedentes, este C. Órgão Especial reconheceu a inconstitucionalidade de dispositivos que instituíam cargos em comissão porquanto o preceito constitucional é contundente ao exigir das casas legislativas que a sua criação destina-se apenas às atribuições de direção, chefia ou assessoramento dentro da Administração Pública, ***verbis***:

> ***"Ação direta de inconstitucionalidade. Cargos de Consultor Jurídico, Assistente Executivo de Relações Institucionais, Coordenador Executivo de Ouvidoria, Assistente Executivo de Cerimonial, Assessor da Mesa Diretora, Assistente Legislativo de Comissão Permanente, Assistente Legislativo da Presidência, Assistente Legislativo de Vereador, Assessor Funcional da Internet, regulados na Resolução nº 339, de 10 de março de 2015, do Município de Marília. Cargos em comissão. Hipóteses que não configuram função de chefia, assessoramento e direção. Inobservância aos artigos 98 a 100, 111, 115, incisos I, II e V, e 144, todos da Constituição Estadual. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Órgão Especial do Tribunal de Justiça. Ação procedente"*** *(Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2146301-57.2015.8.26.0000, Relator Desembargador Márcio Bartoli).*
>
> ***"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Dispositivos da Lei nº 2.400, de 30 de janeiro de 2014, do Município de Castilho, que 'dispõe sobre a reorganização da estrutura administrativa da Prefeitura do Município de Castilho e dá outras providências'. 1. Art. 23, 'caput' e § 2º. Alegação de ofensa à disposição do art. 115, inciso II, da Constituição Estadual. Reconhecimento. Criação de cargos de provimento em comissão que não correspondem a funções de direção, chefia e assessoramento superior, destinando-se, na verdade, ao desempenho de atividades meramente burocráticas ou técnicas, que não exigem para seu adequado desempenho relação de especial confiança. Cargos que, na verdade, só poderiam ser preenchidos por servidores aprovados em concurso público"*** *(Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2058712-27.2015.8.26.0000, Relator Desembargador Ferreira Rodrigues).*
>
> ***"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Anexo IV, da Lei Complementar 213/2013, de Barretos – Lei municipal que cria cargos em comissão – Cargos de Assessor de Gabinete, Assessor da Presidência e Assessor de Apoio Legislativo – Natureza técnica, burocrática e operacional, típicas de cargos de provimento efetivo, sendo prescindível o liame de confiança entre o agente político e o servidor que vier a ocupá-los – Violação aos artigos 111 e 115, I, II e V, da Constituição do Estado de São Paulo – Inconstitucionalidade declarada – Modulação dos efeitos da presente declaração em cento***

Acesso ao Sumário

e vinte dias contados deste julgamento – Ação procedente" *(Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2076056-21.2015.8.26.0000, Relator Desembargador Luiz Antonio de Godoy).*

Destaco, na mesma linha, precedentes da lavra do E. Supremo Tribunal Federal, ***verbis***:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. LEIS MUNICIPAIS QUE CRIAM CARGOS EM COMISSÃO SEM CARÁTER DE CHEFIA, ASSESSORAMENTO E DIREÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE. ANÁLISE DAS ATRIBUIÇÕES DOS CARGOS EM COMISSÃO. IMPOSSIBILIDADE. ART. 323 DO RISTF C.C. ART. 102, III, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. REEXAME DA MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA E DA LEGISLAÇÃO LOCAL. VEDAÇÃO. SÚMULAS N. 279 E 280 DO STF. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

(...)

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 nºs 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 de 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

Acesso ao Sumário

CE – Procedência da ação.' 6. Agravo regimental a que se nega provimento" *(AgRg. no RE nº 693.714, Relator Ministro Luiz Fux).*

"Agravo regimental no agravo de instrumento. Lei municipal que criou cargos em comissão referentes a funções que não dependem de vínculo de confiança pessoal. Inadmissibilidade. Precedentes. 1. A criação de cargos em comissão referentes a funções para cujo desempenho não é necessária a confiança pessoal viola o disposto no art. 37, inciso II, da Constituição Federal. 2. Jurisprudência pacífica desta Suprema Corte nesse sentido. 3. Agravo regimental não provido" *(AgRg. no AI 309.399, Relator Ministro Dias Toffoli).*

Em suma, na hipótese vertente, os cargos criados pela lei impugnada tipificam nítida ofensa aos artigos 111, 115, incisos II e V, e 144, todos da Constituição do Estado de São Paulo, malferindo, também, o artigo 37, incisos II e V, da Constituição Federal.

Ante o exposto, julgo procedente o incidente para reconhecer a inconstitucionalidade do artigo 2º da Lei nº 3.329/2012, e seu anexo II, do Município de Miguelópolis, determinando o retorno dos autos à C. Quinta Câmara de Direito Público para continuidade do julgamento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0055390-33.2015.8.26.0000, da Comarca de São Caetano do Sul, em que é suscitante 12ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM IMPROCEDENTE A ARGUIÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43.093OE)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, LUIZ ANTONIO DE GODOY, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, VICO MAÑAS, SILVEIRA PAULILO, NUEVO CAMPOS, LUIS SOARES DE MELLO, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI e RENATO SARTORELLI.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 27 de janeiro de 2016.
CARLOS BUENO, Relator

Ementa: "ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei nº 3.854, de 25 de novembro de 1999, do Município de São Caetano do Sul, que fixa distância mínima de 3.000 metros entre estabelecimentos de serviços funerários. Ofensa ao princípio da livre iniciativa e da livre concorrência. Inocorrência.

O Poder Público é o titular dos serviços públicos. É pacífico o entendimento de que dentre os serviços públicos a que competem os Municípios organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, estão incluídos os serviços funerários. Por ser, em essência, um serviço público, não se pode invocar os princípios inerentes à atividade privada para afastar regra de regulamentação de serviço público. O particular não tem ampla liberdade e deve se submeter a normas específicas do regime de direito público. A matéria regulamentada pela norma impugnada insere-se no âmbito da competência legislativa atribuída pela Constituição da República ao chefe do Poder Executivo Municipal e as condições sob as quais o próprio Poder Público ou o particular prestará o serviço devem ser eleitas por ato de gestão administrativo, por serem inerentes ao planejamento e organização do Município. Inconstitucionalidade não configurada. Incidente de inconstitucionalidade improcedente."

VOTO

Trata-se de incidente de inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 3.854, de 25 de novembro de 1999, suscitado pela Colenda 12ª Câmara de Direito Público, por ocasião do julgamento da Apelação nº 1006420-70.2014.8.26.0565, fls. 112/115. De acordo com o v. acórdão, a lei municipal restringe direitos e ofende os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência.

Na origem, cuida-se de mandado de segurança impetrado pela Funerária Nova Gerty Ltda. EPP contra ato de Paulo Nunes Pinheiro, Prefeito do Município de São Caetano do Sul, que indeferiu a licença de instalação da impetrante

Acesso ao Sumário

em sua nova sede, sob o fundamento de descumprimento da Lei Municipal nº 3.854/99, que dispõe:

"Art. 1º – Fica vedada a instalação de empresas permissionárias do serviço funerário do Município em todas as zonas a que se refere a Lei nº 2.973, de 29.11.1988, desde que não observada a distância mínima de 3.000 (três mil) metros entre o local solicitado e o estabelecimento congênere mais próximo.

Parágrafo único – As empresas já existentes que atuam nesse ramo, não ficarão impedidas de executar futuras ampliações nos seus estabelecimentos.

Art. 2º – No caso de mudança ou transferência obrigatória da sede das empresas já existentes, decorrente de cláusula constante do contrato de locação comercial, não será aplicável a vedação contida no artigo anterior, desde que a transferência compulsória ocorra para o mesmo bairro, onde o estabelecimento encontrava-se originalmente instalado".

A empresa alega que o ato administrativo obsta o desenvolvimento das atividades comerciais e fere o direito à livre iniciativa, da livre concorrência e de defesa do consumidor.

Em grau de recurso, a 12ª Câmara de Direito Público suscitou este incidente de inconstitucionalidade, nos termos da súmula vinculante nº 10 e dos artigos 480 e 481, ambos do Diploma Processual, em acórdão com a seguinte ementa:

"Mandado de segurança – funerária – ato do Prefeito de indeferir a sua instalação nas proximidades de estabelecimento congênere – lei que determina a distância mínima de 3 km entre permissionárias de serviço funerário – aparente inconstitucionalidade – Lei Municipal de São Caetano do Sul nº 3.854/99, que não atende aos princípios maiores – proibição de funcionamento de funerária, que desatende os interesses dos munícipes, criando situação de indevido privilégio, que fragiliza os princípios da liberdade de iniciativa e da livre concorrência – intervenção e limitação impróprias – Município adensado populacionalmente e de pequena extensão territorial – ausência de interesse público, pressuposto de validade da norma restritiva – afronta ao art. 170, IV da CF e à Súmula 646 do STF – arguição de inconstitucionalidade. Sobrestamento e remessa do feito ao Órgão Especial."

Distribuídos, foram eles remetidos à Procuradoria Geral de Justiça, que, em seu parecer, opinou pelo não acolhimento do incidente:

"Constitucional. Administrativo. Incidente de inconstitucionalidade. Lei n. 3.854/99 do Município de São Caetano do Sul. Serviço funerário. Instalação de estabelecimentos congêneres em um raio de 3 mil metros. Serviço público. Organização administrativa. 1. Encontra-se na reserva da Administração e na iniciativa legislativa reservada do Chefe do Poder Executivo a organização e regulamentação dos serviços públicos prestados direta ou indiretamente. 2. Não

Acesso ao Sumário

acolhimento da arguição."

O Poder Público é o titular dos serviços públicos. Os serviços funerários constituem serviço municipal. É pacífico o entendimento de que dentre os serviços públicos a que compete os Municípios organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, estão incluídos os serviços funerários. Essa é a orientação do Supremo Tribunal Federal:

"Constitucional. Município. Serviço funerário. CF, art. 30, V. I – Os serviços funerários constituem serviços municipais, dado que dizem respeito com necessidades imediatas do Município. C. F., art. 30, V. II – Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente." (STF, ADI nº 1.221-5/RJ, rel. Min. Carlos Velloso, j. em 9-10-2003).

No voto o Min. Carlos Velloso faz referência a um julgado anterior, referente ao RE 49.988/SP, de relatoria do Min. Hermes Lima, para demonstrar que esse entendimento é tradicional naquela Corte:

"'Organização de serviços públicos municipais. Entre estes estão os serviços funerários. Os municípios podem, por conveniência coletiva e por lei própria, retirar a atividade dos serviços funerários do comércio comum.' (RTJ 30/155)."

Segundo Hely Lopes Meirelles, "O serviço funerário é da competência municipal, por dizer respeito a atividades de precípuo interesse local – quais sejam: a confecção de caixões, a organização de velório, o transporte de cadáveres e a administração de cemitérios. As três primeiras podem ser delegadas pela Municipalidade, com ou sem exclusividade, a particulares que se proponham a executá-las mediante concessão ou permissão, como pode o Município realizá-las por suas repartições, autarquias, fundações ou empresas estatais.

Quando delegados esses serviços a particulares serão executados sob fiscalização e controle da Prefeitura, para que se assegurem o bom atendimento do público e a modicidade das tarifas. Este poder de regulamentação é irrenunciável e deverá ser exercido ainda que omitido na delegação, porque a polícia mortuária e a fiscalização dos serviços concedidos são atributos do Município, como entidade delegante." (Direito Municipal Brasileiro, 16ª edição, Malheiros Editores, 2013, págs. 472/473).

O serviço funerário é serviço de interesse público, cuja titularidade é da Municipalidade, que pode prestá-lo diretamente ou delegar sua gestão ao particular mediante concessão ou permissão, art. 175, da CF. Ora, se o Poder Público pode executá-lo diretamente ou delegar sua execução a particulares, sob regime de exclusividade ou não, art. 16, da Lei nº 8.987/95, se o Poder Público pode, inclusive, por conveniência e mediante lei própria, retirar as atividades dos serviços funerários do comércio comum, ora, se o Governo Municipal pode o mais, que seria transferir a execução com exclusividade a um particular, de

Acesso ao Sumário

modo a excluir concorrentes, constata-se que em virtude da relevância política e social que norteiam o desempenho dessa atividade, pode a lei local estabelecer distância mínima entre funerárias, para fixar um controle por zoneamento, dessa atividade.

Há de se notar também que a Administração Pública é regida pelo princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. E por ser, em essência, a atividade funerária um serviço público, não se pode invocar os princípios inerentes à atividade privada para afastar regra de regulamentação de serviço público. O particular não tem ampla liberdade e deve se submeter a normas específicas do regime de direito público. Por isso, não se aplica ao caso o enunciado da Súmula Vinculante nº 49.

No mais, a matéria regulamentada pela norma impugnada insere-se no âmbito da competência legislativa atribuída pela Constituição da República ao chefe do Poder Executivo Municipal e as condições sob as quais o próprio Poder Público ou o particular prestará o serviço devem ser eleitas por ato de gestão administrativo, pois são inerentes ao planejamento e organização do Município.

Diante desse quadro, **julga-se improcedente o presente incidente de inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 3.854, de 25 de novembro de 1999, do Município de São Caetano do Sul.**

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0076104-14.2015.8.26.0000, da Comarca de Diadema, em que é suscitante 1ª CÂMARA RESERVADA AO MEIO AMBIENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 25ª 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 25ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.492)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ

RENATO NALINI (Presidente sem voto), MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, 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, SALLES ROSSI, SILVEIRA PAULILO, FRANÇA CARVALHO, EROS PICELI, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES e PÉRICLES PIZA.

São Paulo, 9 de dezembro de 2015.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA

Ação de indenização por danos à saúde física e mental dos autores supostamente causados por contaminação do solo e do lençol freático do local onde residem, decorrente de vazamento de combustível imputado à empresa ré.

Competência recursal *ratione materiae* – Estabelece-se pelo pedido contido na inicial. Indenização. Ação de responsabilidade civil extracontratual instaurada entre particulares cabe apreciação pela Seção de Direito Privado.

Questão ambiental – Secundária, incidental, mediata e interessa apenas indiretamente ao deslinde da controvérsia. Inocorrência de qualquer das hipóteses estabelecidas pela Resolução nº 623/2013, que regula a competência das Câmaras Reservadas ao Meio Ambiente.

Jurisprudência pacífica deste Eg. Órgão Especial. Competência da Colenda 25ª Câmara de Direito Privado.

Conflito procedente, competente a Câmara Suscitada.

VOTO

1. Trata-se de **conflito de competência** suscitado pela Eg. 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente contra a Eg. 25ª Câmara de Direito Privado deste Tribunal de Justiça nos autos de **ação ordinária** de Germino Bispo de Oliveira e Marlene Santos de Oliveira contra Carrefour Comércio e Indústria Ltda., pretendendo pagamento de convênio médico vitalício, custeio de medicamentos,

Acesso ao Sumário

e indenização por danos material e moral, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela.

A Eg. 25ª Câmara de Direito Privado, entendendo tratar-se de matéria relacionada ao meio ambiente, não conheceu dos recursos de apelação, e determinou a remessa dos autos a uma das Câmaras Reservadas ao Meio Ambiente (fls. 2.815/2.823).

Redistribuídos (fls. 2.840), a 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente declarou-se incompetente e suscitou dúvida de competência (fls. 2.847/2.855).

É o relatório.

2. Entendo procedente o conflito e competente a Eg. 25ª Câmara de Direito Privado Suscitada.

Trata-se de **apelações** (fls. 2.698/2.717, 2.751/2.760 e 2.764/2.777) de sentença (fls. 2.675/2.684) acolhendo em parte **ação ordinária** (fls. 02/32) ajuizada por particulares contra Carrefour Comércio e Indústria Ltda., e julgando procedente **lide secundária** instaurada pela ré em face de Ace Seguradora S/A.

Ressalte-se, inicialmente, que a competência se firma ***ratione materia***e e **não** ***ratione personae***, a *"... 'causa petendi' deduzida na inicial, juntamente com o pedido, delimitam objetivamente a lide, pouco importando a qualidade das partes..."* (DC nº 9.053.933-51.2008.8.26.0000 – v.u. j. de 08.10.08 – Rel. Des. **ALOÍSIO DE TOLEDO CÉSAR**, no mesmo sentido: CC nº 0.176.880-27.2012.8.26.0000 – v.u. j. de 07.11.12 – Rel. Des. **KIOITSI CHICUTA** e CC nº 0.197.892-63.2013.8.26.0000 – v.u. j. de 15.01.14 – Rel. Des. **LUÍS SOARES DE MELLO**).

A **competência recursal** se estabelece pelos termos do **pedido** contido na inicial, conforme dispõe o **art. 100 do RITJ-SP**:

> *"A competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do* ***pedido inicial****, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la"* (grifei).

Como já se decidiu neste **Eg. Tribunal de Justiça**:

> *"Em primeiro plano de discussão, cumpre recordar a observação do eminente Desembargador Paulo Franco quando do julgamento do Agravo de Instrumento nº 328.885-5/8, que mui bem aclara a problemática:"*
>
> *"'****A competência recursal é aferida pela 'causa petendi' e pelo pedido formulado na inicial****, e não se altera em razão de questões que sejam suscitadas no curso da demanda.'"*
>
> *"'Nesse sentido, venerando acórdão do Egrégio Grupo Especial das Seções Civis, de que foi relator o Eminente Desembargador CEZAR*

Acesso ao Sumário

PELUSO, em que se consignou o seguinte:'"

'É coisa velha, que, entre nós, a competência recursal se define e firma pelos termos da pretensão, considerada esta como somatória da causa de pedir e do pedido, ainda que haja reconvenção, ou ação contrária, ou tenha o réu arguido fatos ou circunstâncias capazes de modificar a mesma competência' (JTJ 190/274)."

(AC nº 0003407-74.2011.8.26.0601 – v.u. j. de 26.06.13 – Rel. Des. **RICARDO ANAFE**).

Em sua exordial, os **autores** aduzem ser vítimas de **danos** causados por conduta da **empresa ré**:

"Como é de conhecimento público e notório, no mês de junho do ano de 2.006, descobriu-se que o lençol freático e a rede de esgoto da região ao redor do Supermercado Carrefour em Diadema foram contaminados em grandes proporções, causada por um vazamento nos tanques reservatórios do posto de combustível de propriedade do Carrefour, ora Réu, e instalado dentro do estabelecimento comercial do mesmo."

"Referido vazamento foi percebido, a princípio, pelas pessoas que moram na região próxima ao Réu, devido o cheiro de combustível insuportável que saia dos ralos dos banheiros, cozinhas e quintais. Depois de alguns dias, nas casas mais próximas ao Réu, a gasolina passou a transbordar pelos ralos das residências, inclusive na residência dos Autores".

(...)

"Tudo isso afetou a saúde física e mental dos Autores". (fls. 02/06)

Formulou-se **pedido** nestes termos:

"SEJA CONDEDIDA A TUTELA ANTECIPADA, determinando-se que a Empresa-Ré seja compelida ao pagamento de convênio médico vitalício sem carência, com cobertura completa, ou seja, cobertura de todos os tipos de exames, internações e tratamentos de todos os tipos de doenças, ambos à escolha destes, para que possam fazer um tratamento médico adequado, bem como o pagamento de todo medicamento necessário ao completo tratamento; a pensão vitalícia mensal no importe de quatro salários mínimos mensais, desde 08/06/2006, devendo as vencidas serem pagas de uma só vez, devidamente corrigidas, sob pena de multa diária em favor das Autoras, nos moldes do artigo 461, parágrafo 4º, do CPC;"

*"1) – No mérito requer seja determinado que a Empresa-Ré seja compelida ao **pagamento de convênio** médico vitalício sem carência, com cobertura completa, ou seja, cobertura de todos os tipos de exames,*

Acesso ao Sumário

internações e tratamentos de todos os tipos de doenças, à escolha destes, para que possam fazer um tratamento médico, bem como o pagamento de todo medicamento necessário ao completo tratamento;"

*"2) – Ao **pagamento de pensão vitalícia** mensal no importe de quatro salários mínimos mensais, desde 06/06/2006, devendo as vencidas serem pagas de uma só vez, devidamente corrigidas, sob pena de multa diária em favor das Autoras, nos moldes do artigo 461, parágrafo 4º, do CPC."*

*"3) CONDENAÇÃO DA EMPRESA RÉ ao **pagamento de indenização** pelo DANO MATERIAL CAUSADO AOS AUTORES, com a desvalorização do imóvel, no importe de R$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais), acrescidos ainda de juros de mora a partir da citação, de conformidade com o disposto no artigo 404, do Código Civil, com observância do disposto no artigo 285, do CPC;"*

*"4) CONDENAÇÃO DA EMPRESA RÉ ao **pagamento de indenização**, pelo DANO MORAL CAUSADO AOS AUTORES, no importe de 3.000 S.M. (TRÊS MIL) salários mínimos vigentes a época do pagamento, sendo 1.500 (MIL E QUINHENTOS) salários mínimos para cada um dos Autores, que atualmente corresponde ao valor de R$ 1.245.000,00 (um milhão e trinta e sete mil e quinhentos reais)* (sic), *acrescidos ainda de juros de mora a partir da citação, de conformidade com o disposto no artigo 404, do Código Civil, com observância do disposto no artigo 285 do CPC."* (grifei – fls. 30/31).

Notório tratar-se de caso de **responsabilidade civil extracontratual** entre particulares. Busca-se tutelar **direito privado individual** dos autores.

Pedido formulado é restrito ao pagamento de pensão, custeio de tratamento e medicamentos, e reparação de dano material e moral. Eventual descumprimento da **legislação ambiental** – consistente na contaminação de lençol freático localizado no Município de Diadema em razão do alegado vazamento nos tanques reservatórios de posto de combustível de propriedade da ré – revela-se **questão secundária, incidental e mediata** ao deslinde da controvérsia.

Acesso ao Sumário

Sobre a competência das **Câmaras Reservadas ao Meio Ambiente**, a **Resolução nº 623/2013** deste Eg. Órgão Especial, na nova redação dada pela **Resolução nº 681/2015**, estabelece as seguintes hipóteses em seu **art. 4º**:

*"I – Ações cautelares e principais que envolvam a aplicação da legislação ambiental e **interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos diretamente ligados ao meio ambiente natural**, 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;"

"II – Ações 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 §§ 1º a 3º)."

Não há falar em subsunção do presente caso ao **inciso I**. **Não** se trata de ação envolvendo discussão sobre interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos diretamente ligados ao meio ambiente. Objeto da demanda é a reparação de **dano à saúde física e psíquica** dos autores. Persegue-se, pois, direito privado **estritamente individual**, tendo sido a **questão ambiental** invocada apenas de forma **reflexa** e **mediata**.

Tampouco se verifica aplicação do **inciso II**.

Feito **não** versa sobre imposição de penalidade administrativa, ou medidas referentes à *"... preservação ou correção dos inconvenientes e danos provocados pela degradação da qualidade ambiental"*. Busca-se apenas comprovar, mediante perícia e outras provas, o **nexo de causalidade** entre **atos supostamente ilícitos** da empresa ré e os alegados **danos individuais** sofridos pelos **autores**.

Ademais, registre-se a **denunciação da lide** instaurada pela ré contra a Ace Seguradora S/A, julgada procedente pelo MM. Juízo de primeiro grau, versando sobre o alcance do **contrato de seguro** firmado entre as partes (fls. 2.682/2.683). Cuida-se de pleito de natureza **estritamente privada**, o que apenas reforça a necessidade de julgamento pela Eg. Câmara Suscitada.

Em síntese: não se vislumbra **qualquer** das hipóteses de competência das **Câmaras Reservadas ao Meio Ambiente**, nos termos do **art. 4º da Resolução TJSP nº 623/2013**.

Escorreita, pois, a observação lançada pela Eg. Câmara Suscitante:

"É importante mencionar que o risco à saúde da população é matéria secundária no processo, em nada alterando o pedido."

"O pedido discute a possibilidade de indenização, por responsabilidade civil, sem adentrar em qualquer mérito da legislação ambiental. Aliás, o pedido está intrinsecamente relacionado com interesse de natureza privada que tem apenas como fundo dano ambiental." (fls. 2.852)

Em conflitos de competência similares, este **Eg. Órgão Especial** registrou percucientes observações, plenamente aplicáveis ao presente caso:

"Conflito Negativo de Competência entre a 2ª Câmara de Direito Privado e a 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente. Agravo de

Acesso ao Sumário

Instrumento interposto em ação de reparação de danos materiais e morais, causados por contaminação ambiental. ***Interesses de natureza privada que têm apenas como fundo o dano ambiental****. Precedentes reiterados deste Órgão Especial. Conflito julgado procedente. Competência da Câmara de Direito Privado."*

(...)

"No presente caso, o pedido contido na ação originária – que determinará a competência para o conhecimento, processamento e julgamento do agravo de instrumento – tem natureza de direito privado."

"Trata-se de ação de reparação de danos patrimoniais e morais sofridos por Luiz Ricardo Gonçalves, pescador de categoria artesanal, ajuizada contra Copersucar S/A, pessoa jurídica de direito privado, em decorrência de incêndio ocorrido nos terminais arrendados pela ré no Porto de Santos, que teria atingido cerca de cento e oitenta mil toneladas de açúcar bruto (...)"

*"****Verifica-se, portanto, que a ação foi ajuizada por um particular contra uma pessoa jurídica de direito privado, que requer a reparação de danos materiais e morais, tendo apenas como fundo a contaminação ambiental decorrente do incêndio. Embora o prejuízo a ser reparado, segundo o autor, haja sido ocasionado pelo dano ambiental, o conflito de interesse em apuração, como afirmado pela Câmara suscitante,*** *'****diz respeito à indenização de um particular em decorrência de atos de outros particulares que, em tese, teriam concorrido para a contaminação de peixes****'."*

"Indubitável, assim, conforme precedentes reiterados deste Órgão Especial, que a competência recursal é da Seção de Direito Privado". (grifei – CC nº 0.062.634-47.2014.8.26.0000 – v.u. j. de 29.10.14 – Rel. Des. **MÁRCIO BARTOLI**)

Ainda,

"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*

Acesso ao Sumário

extracontratual."

"2. Conheceram do conflito, julgando-o procedente e reconhecendo a competência da câmara suscitante para apreciar e julgar o recurso."

(...)

*"**Verdade que a ação onde interposta a apelação em julgamento traz histórico da ré, a interessada PETROBRAS, envolvida em questões ambientais em torno da residência habitada pelos autores, a outra parte interessada neste incidente, Débora Ramos Caires e sua família.**"*

*"**Entretanto, o móvel da ação foi o dano sofrido pela família em sua residência e seus moradores, em face da responsabilidade extracontratual atribuída à ré.**"*

*"**Trata-se de uma ação de reparação de danos morais e materiais, onde se pretendeu demonstrar a culpa da ré pelos danos sofridos.**"*

*"**Não se pretendeu tutelar uma comunidade ou o meio ambiente, ausente, pois, discussão acerca de direitos difusos**, como, aliás, já anotado pela egrégia câmara suscitada, no voto lançado em fls. 790/793."* (grifei – CC nº 0.018.866-71.2014.8.26.0000 – v.u. j. de 30.07.14 – Rel. Des. **VANDERCI ÁLVARES**).

E,

*"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 Especial – Conflito dirimido e julgado procedente, para fixar a competência da Câmara Suscitante, a 8ª Câmara de Direito Privado."* (grifei – CC nº 0.173.397-52.2013.8.26.0000 – v.u. j. de 30.10.13 – Rel. Des. **GRAVA BRAZIL**)

Por fim, destaque-se recente **precedente** envolvendo o **mesmo contexto fático** que deu ensejo à ação de origem:

"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

Acesso ao Sumário

subsolo."

(...)

"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."*

"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." (grifei – CC nº 0.020.061-57.2015.8.26.0000 – v.u. j. de 29.07.15 – Rel. Des. **FERREIRA RODRIGUES**)

Em síntese: lesão ao meio ambiente foi invocada de modo **reflexo** e **indireto**, afastando-se, destarte, a competência de uma das **Câmaras Reservadas ao Meio Ambiente**.

Pacífica e **maciça**, nesse sentido, a **jurisprudência** deste **Eg. Órgão Especial** (CC nº 0.094.133-83.2013.8.26.0000 – v.u. j. de 09.10.13 – Rel. Des. **ANTONIO VILENILSON**; CC nº 0.184.771-65.2013.8.26.0000 – v.u. j. de 27.11.13 – Rel. Des. **PÉRICLES PIZA**; CC nº 0.209.115-13.2013.8.26.0000 – v.u. j. de 26.02.14 – Rel. **LUIS GANZERLA**; CC nº 0.018.866-71.2014.8.26.0000 – v.u. j. de 30.07.14 – Rel. Des. **VANDERCI ÁLVARES**; CC nº 0.060.271-87.2014.8.26.0000 – v.u. j. de 22.10.14 – Rel. Des. **GUERRIERI REZENDE**; CC nº 0.062.634-47.2014.8.26.0000 – v.u. j. de 29.10.14 – Rel. Des. **MÁRCIO BARTOLI**; CC nº 0.062.319-19.2014.8.26.0000 – v.u. j. de 12.11.14 – Rel. Des. **BORELLI THOMAZ**; CC nº 0.070.755-64.2014.8.26.0000 – v.u. j. de 04.02.15 – Rel. Des. **JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN**; CC nº 0.087.883-97.2014.8.26.0000 – v.u. j. de 11.02.15 – Rel. Des. **JOÃO NEGRINI FILHO**; CC nº 0.004.533-80.2015.8.26.0000 – v.u. j. de 25.03.15 – Rel. Des. **FERREIRA RODRIGUES**; CC nº 0.016.871-86.2015.8.26.0000 – v.u. j. de 13.05.15 – Rel. Des. **PÉRICLES PIZA**; CC nº 0.016.884-85.2015.8.26.0000 – v.u. j. de 25.05.15 – Rel. Des. **PAULO DIMAS MASCARETTI**; CC nº 0.046.027-22.2015.8.26.0000 – v.u. j. de 12.08.15 – de que fui Relator).

Acesso ao Sumário

Daí firmar a competência da **Eg. 25ª Câmara de Direito Privado** para apreciar e julgar o presente recurso.

3. Julgo procedente o conflito e competente a suscitada Eg. 25ª Câmara de Direito Privado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0059487-76.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 1ª CÂMARA RESERVADA DE DIREITO EMPRESARIAL, é suscitada 6ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 6ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.146-OE)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente sem voto), EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, 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, SALLES ROSSI, SILVEIRA PAULILO, FRANÇA CARVALHO, EROS PICELI, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES e FERREIRA RODRIGUES.

São Paulo, 9 de dezembro de 2015.

PÉRICLES PIZA, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial suscitou conflito com relação à 6ª Câmara da Seção de Direito Público. Apelação interposta diante de sentença originada na ação de Mandado de Segurança que tramitou perante a 11ª Vara da Fazenda Pública da Capital. Mandado de Segurança interposto contra ato administrativo emanado do Presidente da JUCESP. Indeferimento de pedido de transformação de sociedade limitada em empresa individual de

Acesso ao Sumário

reponsabilidade limitada – Competência da 6ª Câmara de Direito Público que julgou agravo de instrumento no curso da ação mandamental. Ação envolvendo "controle e execução de atos administrativos" (art. 3º, inciso I.2, da Resolução nº 623/2013 deste Tribunal de Justiça). Não se discute a possibilidade fática ou jurídica de transformação de sociedade limitada em empresa individual de responsabilidade limitada. Observar a competência por envolver a Junta Comercial, subordinada ao Departamento Nacional de Registro do Comércio –DNRC (atual DREI), órgão da Administração Pública Federal Direta.

VOTO

I – Trata-se de Conflito de Competência suscitado pela 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial no julgamento da Apelação interposta por PONTO DE VENDA PROPAGANDA E PROMOÇÕES LIMITADA contra a sentença prolatada pelo Magistrado da 11ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital (fls. 160/162), que denegou a ordem em ação mandamental, impetrada contra ato do Presidente da Junta Comercial do Estado de São Paulo (JUCESP) que indeferiu a transformação da sociedade limitada em empresa individual de responsabilidade limitada.

O recurso foi distribuído para a 6ª Câmara da Seção de Direito Público, que decidiu pelo não conhecimento da matéria por ser afeta a Câmara Reservada de Direito Empresarial, nos termos da Resolução nº 583/2011 (fls. 207/210).

Remetido para a 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, não foi conhecido. Suscitou-se o conflito negativo de competência (fls. 229/232).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento do conflito para declarar a competência da 6ª Câmara da Seção de Direito Público para conhecer, processar e julgar o recurso originário do Juízo de Direito a 11ª Vara da Fazenda Pública da Capital (cf. fls. 238/242).

Acesso ao Sumário

II – A 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial suscitou o presente Conflito de Competência para declarar a competência da 6ª Câmara da Seção de Direito Público, no recurso de apelação interposto contra sentença emitida pelo Juízo de Direito da 11ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital de São Paulo, que denegou ordem em Mandado de Segurança.

É dos autos que a empresa denominada PONTO DE VENDA PROPAGANDA E PROMOÇÕES LIMITADA propôs Mandado de Segurança diante do Presidente da Junta Comercial de São Paulo, contra ato administrativo que indeferiu pedido de transformação de sociedade limitada em empresa

individual de reponsabilidade limitada. O Presidente da JUCESP justificou a necessidade de "*anexar autorização judicial para ato pretendido, tendo em vista o expediente judicial arquivado*".

Em face do indeferimento da liminar no referido Mandado de Segurança, o proponente interpôs Agravo de Instrumento, o qual foi denegado através de v. Acordão emanado da **6ª Câmara de Direito Público** (Relatora Desembargadora SILVIA MEIRELLES – cf. fls. 214/219).

Denegada a ação mandamental foi ofertado recurso de Apelação Cível nº 1045408-47.2014.8.26.0053, cujo recurso não foi conhecido por entender a referida Desembargadora SILVIA MEIRELLES ser matéria de competência da Câmara Reservada de Direito Empresarial com fundamento na Resolução nº 538/2011 (cf. fls. 207/210).

O feito foi distribuído para o Desembargador FORTES BARBOSA, integrante da 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Esta não conheceu do recurso, com fundamento na Resolução nº 623/2013 deste Tribunal de Justiça, suscitando-se o presente Conflito de Competência, com a respectiva remessa ao Colendo Órgão Especial (cf. fls. 228/232).

Conhece-se do conflito, declarando-se a competência da Colenda Câmara suscitada, **6ª Câmara de Direito Público**, para processar e julgar o recurso de Apelação Cível.

Como bem pontuou a Câmara suscitante, manifesto referendado pela douta Procuradoria-Geral de Justiça em seu parecer (cf. fls. 238/242), a Resolução nº 623/2013 atribuiu competência a Seção de Direito Público quando trata de ***"Ações relativas a controle e cumprimento de atos administrativos"*** (art. 3º, inciso I.2).

Resolução nº 623/2013 do Tribunal de Justiça:

"Art. 3º. A Seção de Direito Público, formada por 8 (oito) grupos, numerados ordinalmente, cada um deles integrado por 2 (duas) Câmaras, salvo o 1º Grupo, que é integrado pelas Câmaras 14ª, 15ª e 18ª, é constituída por 18 (dezoito) Câmaras, também numeradas ordinalmente, assim distribuídas:

...

I.2 – Ações relativas a controle e execução de atos administrativos;"

Não obstante referir-se o caso em testilha em discussão envolvendo pessoa jurídica de direito privado – *PONTO DE VENDA PROPAGANDA E PROMOÇÕES LIMITADA* –, a questão substancial é o indeferimento do **pedido de registro** de transformação de sociedade limitada em empresa individual de responsabilidade limitada, repita-se, sob o fundamento da necessidade de *"anexar autorização judicial para o ato pretendido, tendo em vista o expediente judicial arquivado sob o nº 854.426/14-0"*, relativo à indisponibilidade de bens registrados em nome do sócio remanescente decretada por ordem do Juízo de

Direito da 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Londrina" (cf. fls. 1/19 – petição inicial).

Em outras palavras, a ação inicialmente proposta através de Mandado de Segurança foi impetrada em face de ato administrativo emanado da JUCESP, repita-se, **pedido de registro** de transformação de sociedade limitada em empresa individual de responsabilidade limitada, o que significa que o âmago da questão diz respeito a ***"controle e execução de atos administrativos"***.

Desta forma, a Competência é de uma das Câmaras da Seção de Direito Público, nos termos do já mencionado **artigo 3º, inciso I.2, da Resolução nº 623/2013** deste Tribunal de Justiça.

Ao contrário do entendimento apresentado pela Câmara suscitada, por versar sobre ação envolvendo ***"controle e execução de atos administrativos"*** (**inciso I.2**, do art. 3º da Resolução nº 623/2013 deste Tribunal de Justiça), a competência para julgamento da Apelação Cível é mesmo da Seção de Direito Público, no caso da **6ª Câmara de Direito Público**.

Por derradeiro, registre-se o posicionamento de integrante do Órgão Especial no sentido que Mandado de Segurança contra ato do Presidente da Junta Comercial do Estrado de São Paulo – JUCESP, por ser subordinado ao Departamento Nacional de Registro do Comércio (DNRC), órgão da Administração Pública Federal Direta, resultaria no reconhecimento da competência da C. Justiça Federal, segundo preceitua art. 109, incisos I e VIII, da Constituição Federal.

Ante ao exposto, julgo procedente o conflito de competência, reconhecendo a competência da 6ª Câmara de Direito Público, notando-se que por envolver a **JUNTA COMERCIAL DO ESTADO DE SÃO PAULO (JUCESP)**, a competência da ação seria, em princípio, da Justiça Federal, o que deve ser observado pela Câmara para a qual os autos devem ser remetidos para julgamento do recurso interposto.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0066749-77.2015.8.26.0000, da Comarca de São José dos Campos, em que é suscitante 35ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, é suscitada 6ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 6ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE

JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.296)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente sem voto), JOÃO CARLOS SALETTI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, 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, SALLES ROSSI, SILVEIRA PAULILO, FRANÇA CARVALHO, EROS PICELI, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA e EVARISTO DOS SANTOS.

São Paulo, 9 de dezembro de 2015.

MÁRCIO BARTOLI, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR RESPONSABILIDADE CIVIL DO MUNICÍPIO, NA HIPÓTESE DE ACIDENTE DE TRABALHO DE SERVIDOR ESTATUTÁRIO. CONFLITO JULGADO PROCEDENTE PARA FIXAR A COMPETÊNCIA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO, COM REMESSA DOS AUTOS À CÂMARA SUSCITADA (6ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO).

VOTO

1. Trata-se de conflito de competência suscitado pela 35ª Câmara de Direito Privado deste Tribunal de Justiça no julgamento da Apelação Cível nº 1006635-10.2014.8.26.0577, da Comarca de São José dos Campos, em que aquela Câmara declinara de sua competência, entendendo tratar-se de ação cuja matéria se inseria na competência da Seção de Direito Público (fls. 182/187), que também já declinara de sua competência para julgamento da questão (fls. 166/169).

Manifestou-se a Procuradoria-Geral de Justiça pela procedência do conflito, reconhecendo-se a 6ª Câmara de Direito Público como competente para conhecer, processar e julgar o recurso (fls. 195/199).

2. **O conflito de competência deve ser julgado procedente para estabelecer a competência da 6ª Câmara de Direito Público**. Com efeito, a definição de competência dos órgãos do Poder Judiciário, inclusive nas instâncias superiores, rege-se pela matéria, que é extraída dos elementos identificadores da ação (partes, causa de pedir e pedido), os quais são fixados pelo demandante na

inicial.

Tal o teor do artigo 100 do Regimento Interno deste Tribunal: ***"a competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do pedido inicial, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la"***.

A *causa petendi* verificada nestes autos remonta à **responsabilidade civil estatal por acidente de trabalho de um de seus servidores estatutários, ocorrido em seu deslocamento diário para o posto de trabalho**. A matéria em questão, portanto, atinente ao Direito Público, remonta à responsabilização civil do Estado por acidente de trabalho.

Conquanto o evento em questão tenha ocorrido no trânsito, no deslocamento do servidor ao trabalho, esse fato não se insere na hipótese prevista no inciso III.15 do artigo 5º da Resolução nº 623/2013, que restringe à Seção de Direito Privado a competência para julgar *"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."* O que se discute, em realidade, é a relação jurídica do servidor com o Estado e a responsabilidade civil deste último, decorrente do regime jurídico do servidor, uma vez que, segundo noticia a inicial da ação, a Lei Complementar nº 13/1993 do Município de Jacareí, municipalidade em que o guarda civil falecido desempenhava suas funções como servidor público, estabelece que também é acidente de serviço ***"o dano sofrido no percurso entre a residência e o trabalho e vice-versa"*** (art. 107, parágrafo 2º, inciso II).

Ou seja, a responsabilidade civil ora discutida decorre do regime jurídico do servidor, e não apenas do acidente de trânsito – mera circunstância do acidente de trabalho –, o que faz incidir no caso a regra geral contida no inciso I.7 do artigo 3º da Resolução nº 623/2013, que define a competência da Seção de Direito Público para 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"*.

Resta competente para julgamento da mencionada apelação, portanto, a Câmara Suscitada, 6ª Câmara de Direito Público.

3. Nesse sentido já decidiu este **Órgão Especial** em casos pretéritos: *"CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Leitura atenta da petição inicial revela tratar-se de* ***pedido de reparação de dano consistente em perda auditiva, decorrente de acidente de trabalho, formulado por servidor público estatutário – A competência para conhecer do recurso é da suscitada Colenda 8ª Câmara de Direito Público****, nos termos do artigo 2º inciso II alínea 'a' da Resolução TJSP nº 194/2004 – Competência fixada para a Seção de Direito Público,*

especificamente a suscitada Colenda 8ª Câmara de Direito Público."[1]

E, ainda: *"CONFLITO DE COMPETÊNCIA.* ***AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANO EM RAZÃO DE ACIDENTE DE TRABALHO INTERPOSTA POR SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL EM FACE DA PREFEITURA. MATÉRIA DE COMPETÊNCIA DE UMA DAS CÂMARAS DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO****. CONFLITO PROCEDENTE. COMPETÊNCIA DA 9ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO. A essência da pretensão aduzida está baseada nas normas especiais dirigidas aos servidores públicos, bem como de responsabilidade civil do Estado, competência, portanto, das Egrégias Câmaras de Direito Público, conforme redação atual do artigo 2º inciso II, alínea 'a' da Resolução nº 194/2004 (Provimento 63/2004, Seção de Direito Público, incisos I e VIII)."*[2]

4. Isto posto, julga-se procedente o conflito para estabelecer a competência da 6ª Câmara de Direito Público desta Corte, nos termos do artigo 3º, inciso I.7, da Resolução nº 623/2013, deste Órgão Especial, e artigo 100 do Regimento Interno desta Corte.

Remetam-se os autos à Câmara suscitada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0068225-53.2015.8.26.0000, da Comarca de Santo André, em que é suscitante 7ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 4ª 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 4ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. ACÓRDÃO COM O EXMO. SR. DES. LUIZ ANTONIO DE GODOY. FARÃO DECLARAÇÃO DE VOTO OS EXMOS. SRS. DES. TRISTÃO RIBEIRO E BORELLI THOMAZ.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34376)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente sem voto), ADEMIR BENEDITO, NEVES AMORIM, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, SILVEIRA PAULILO, FRANÇA

1 CC nº 0146486-71.2011.8.26.0000 – **Rel. Des. Gonzaga Franceschini**, j. 25.07.2012.

2 CC nº 0147123-22.2011.8.26.0000 – **Rel. Des. Armando Toledo**, j. 17.08.2011. **No mesmo sentido**: CC nº 0082170-49.2011.8.26.0000 – **Rel. Des. Campos Mello**, j. 15.06.2011.

Acesso ao Sumário

CARVALHO, ARTUR MARQUES, EROS PICELI, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, PÉRICLES PIZA, JOÃO CARLOS SALETTI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, PAULO DIMAS MASCARETTI e ARANTES THEODORO julgando o conflito procedente e competente a 4ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo; e TRISTÃO RIBEIRO (com declaração), ANTONIO CARLOS VILLEN, BORELLI THOMAZ (com declaração), JOÃO NEGRINI FILHO, MOACIR PERES e EVARISTO DOS SANTOS julgando o conflito procedente e competente a 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

São Paulo, 16 de dezembro de 2015.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator Designado

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Ação de indenização por dano moral, sob a alegação de que uma das enfermeiras vinculadas ao SAMU (Serviço de Atendimento Móvel de Urgência) teria agido de forma imperita, ao deixar a residência da requerente sem prestar os primeiros socorros de que necessitava o marido desta, o qual, após ser encaminhado para um hospital próximo para atendimento emergencial, veio a falecer – Pleito indenizatório que se funda não em erro médico, mas sim em omissão de agente público do setor da saúde, no caso, uma das enfermeiras integrantes da equipe do SAMU, cuja administração cabe ao Poder Público – Regime de responsabilidade civil a ser eventualmente aplicado ao caso que é aquele empregado aos entes estatais, de sorte que, nesta hipótese, compete a uma das Câmaras integrantes da Seção de Direito Público o julgamento do recurso – Inteligência do artigo 3º, I.7, da Resolução nº 623/2013, do Órgão Especial desta Corte – Conflito procedente, reconhecida a competência da 4ª Câmara de Direito Público.

Acesso ao Sumário

VOTO

Adota-se o relatório redigido pelo preclaro Relator sorteado, Des. Tristão Ribeiro:

"Trata-se de Conflito de Competência suscitado pela 7ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, no julgamento da Apelação nº 3003915-

42.2013.8.26.0554, em virtude de considerar-se a matéria tratada nos autos da competência da Seção de Direito Público (fls. 212/215).

O recurso fora, inicialmente, distribuído à 4ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO, que dele não conheceu, determinando sua remessa a uma das Câmaras da Seção de Direito Privado I (fls. 198/205).

A douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela improcedência do conflito, reconhecendo-se a competência da 7ª Câmara de Direito Privado, ora suscitante (fls. 222/227).

É o relatório".

Conforme se extrai dos autos, ajuizou a autora a presente ação indenizatória, sob a alegação de que teria efetuado *"uma ligação solicitando o Serviço de Atendimento Móvel de Urgência, tendo em vista que seu marido F.E.C. sentia fortes dores no peito"*. Alegou que a enfermeira vinculada ao SAMU (Serviço de Atendimento Móvel de Urgência) teria agido de forma imperita, ao deixar a residência da requerente sem prestar os primeiros socorros de que necessitava o marido desta, *"tendo em vista que o paciente estava bem, estava sentado e até conversava"*. Entretanto, após a partida da equipe do SAMU, o marido da autora, em razão de apresentar piora em seu quadro, teve de ser levado a um hospital próximo para atendimento emergencial, onde veio a falecer. Afirmou a requerente que, *"Segundo os médicos, tudo poderia ter sido evitado caso o socorro tivesse chegado antes, que de fato chegou. No entanto houve uma errada suposição de uma profissional da enfermagem, suposição esta que alterou de forma trágica a vida da autora"* (sic). Pretendeu, assim, indenização por supostos danos morais sofridos.

É inequívoco, pois, fundar-se o pleito indenizatório não em erro médico, mas sim em omissão de agente público do setor da saúde, no caso, uma das enfermeiras integrantes da equipe do SAMU, cuja administração cabe ao Poder Público. Assim sendo, o regime de responsabilidade civil a ser eventualmente aplicado ao caso é aquele empregado aos entes estatais, de sorte que, nesta hipótese, compete a uma das Câmaras integrantes da Seção de Direito Público o julgamento do recurso, nos termos do artigo 3º, I.7, da Resolução nº 623/2013, do Órgão Especial desta Corte.

Em hipótese análoga, assim já decidiu este Colendo Órgão Especial:

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Leitura atenta da petição inicial revela que a ação subjacente à apelação versa sobre indenização por afirmado vício na prestação de serviço hospitalar conveniado ao Sistema Único de Saúde – SUS – A competência para conhecer do recurso é da suscitada Colenda 13ª Câmara de Direito Público, nos termos do artigo 2º inciso II alínea 'a' da Resolução TJSP nº 194/2004 – Competência fixada para a Seção de Direito Público, especificamente a suscitada Colenda

Acesso ao Sumário

13ª Câmara de Direito Público" (Conflito de Competência nº 0260912-96.2011.8.26.0000, Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, v. un., Rel. Des. Gonzaga Franceschini, em 25/7/12).

É inegável que, assim como a Seção de Direito Privado, a Seção de Direito Público tem a denominada "competência residual", o que pode ser observado com absoluta clareza no art. 3º, I.11, da Resolução nº 623/2013, que inclui em sua esfera de competência *"Ações cuja matéria seja de Direito Público* ***e não esteja na competência recursal*** *de outras Seções do Tribunal de Justiça, das Câmaras Reservadas ao Meio Ambiente e das 14ª a 18ª Câmaras de Direito Público"*. Assim, ainda que não houvesse previsão expressa específica de tal hipótese na divisão de competências no âmbito desta Corte, o julgamento de ações desta sorte cabe à Seção de Direito Público, por inequívoca afinidade da matéria (responsabilidade civil extracontratual do Estado por falha na prestação de serviço público de saúde).

Ademais, não se pode deixar de observar que, em caso de condenação judicial do Estado e suas autarquias, a requisição para o pagamento de valor eventualmente devido pela Fazenda Pública dar-se-á por meio da expedição do respectivo precatório, sendo certo que o trâmite entre tal requisição e a quitação do título diz respeito a regras que em nada se relacionam às matérias de competência da Seção de Direito Privado. Da mesma forma, também são específicas de direito público as regras atinentes à prescrição em face da Fazenda Pública, bem como a possibilidade de recurso de ofício em hipótese de procedência da ação.

Frise-se, ainda, que a Resolução nº 623/2013 foi editada para fixar a competência das Seções do Tribunal de Justiça e não para modificá-la, certo que a matéria em questão, além de ser analisada há décadas pelas Colendas Câmaras da Seção de Direito Público, é, histórica e pacificamente, da competência das Varas da Fazenda Pública. Não se justifica, *data venia*, a alteração da competência por força da interpretação literal do art. 5º, I.24, da mencionada Resolução, envolvendo a questão características particulares, que não podem ser abstraídas. Outrossim, a alteração de competência, nos moldes aqui estabelecidos, não deveria ocorrer sem que, inclusive, se fizesse estudo do impacto quanto à própria distribuição célere e efetiva de Justiça, o que certamente ocorrerá de forma negativa se concretizada a transferência.

Nessas circunstâncias, julga-se procedente o conflito para reconhecer a competência da 4ª Câmara de Direito Público (suscitada).

Acesso ao Sumário

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 26.164 (O.E.))

Vistos.

Trata-se de conflito de competência suscitado nos autos de apelação interposta de sentença proferida em ação de reparação por dano moral decorrente de omissão no atendimento médico, prestado por enfermeira vinculada ao SAMU – Serviço de Atendimento Médico Móvel de Urgência, ajuizada por A.C.E. em face da Prefeitura Municipal de Santo André.

A ação está fundada na culpa da enfermeira, que teria se ausentado da residência da apelante sem prestar os primeiros socorros ao seu marido cardiopata. Após a partida da equipe do SAMU, o paciente teve que ser levado em veículo particular ao serviço de emergência hospitalar, aonde veio a falecer.

Conforme observado pelo d. Desembargador Paulo Barcellos Gatti (fls. 198/205), trata-se, no caso concreto, da hipótese prevista no artigo 951, do Código Civil, que assim dispõe:

> ***Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.***

O preceito em foco, como é sabido, não alcança apenas os médicos, como todos aqueles profissionais envolvidos no sistema de saúde, como é, no caso dos autos, a enfermeira.

Portanto, tratando-se de demanda que versa questão atinente a responsabilidade civil extracontratual, de acordo com o atual regramento é a Subseção de Direito Privado I (1ª a 10ª Câmaras) a competente para dirimir conflitos gerados pela matéria em questão, conforme teor do artigo 5º, I.24, da Resolução nº 623/2013:

> ***Art. 5º (...)***
>
> ***I – Primeira Subseção, composta pelas 1ª a 10ª Câmaras, com competência preferencial para o julgamento das seguintes matérias:***
>
> ***(...)***
>
> ***I.24 – Ações e execuções relativas a responsabilidade civil do artigo 951 do Código Civil;***

Ante o exposto, julga-se procedente o conflito, reconhecendo-se a competência da 7ª Câmara da Seção de Direito Privado (1ª Subseção) para o julgamento do recurso interposto.

TRISTÃO RIBEIRO, Desembargador, Relator sorteado vencido

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 23.259)

Acesso ao Sumário

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Responsabilidade civil. Ação de Indenização. Atribuição de culpa a servidor de ente público. Responsabilidade a ser considerada na forma do artigo 37, § 6º da Constituição Federal. Atribuição do resultado danoso a enfermeira, cujo não agir de forma diligente e operosa foi causa eficiente para o óbito do marido da autora. Competência a ser fixada sob força do art. 951 do Código Civil. Competência da Seção de Direito Privado, Subseção I. Dicção do art. 5º, I.24, da Resolução nº 623/2013. Conflito procedente, fixada a competência da Câmara suscitante.

Relatório nos autos.

A r. fundamentação do voto do D. Relator designado, de não se cuidar de disputa por erro médico, mas sim resultante de omissão de agente público do setor da saúde, enfermeira integrante da equipe do SAMU, cuja administração cabe ao Poder Público, com a máxima vênia, pontua exatamente a dicção do art. 951 do Código Civil, aqui transcrito com supressão que em nada atrapalha o raciocínio: *indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho*.

Volta-se a esse r. Voto e lá está, tirado da petição inicial, que, *segundo os médicos, tudo poderia ter sido evitado caso o socorro tivesse chegado antes, que de fato chegou. No entanto houve uma errada suposição de uma profissional da enfermagem, suposição esta que alterou de forma trágica a vida da autora*.

Como se conclui, a atribuição de responsabilidade recai sobre a referida enfermeira, e, sob vênia, volto ao teor do art. 951 e lá está que se lhe dá vigência quando *no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente*.

Esse é o teor da petição inicial e sobre esse tópico repousa a disputa entre as partes, mas é razoável ponderar que a atribuição de culpa é que há de ser considerada, na forma do art. 951 do Código Civil, e, em repetição, atribuiu-se responsabilidade à mencionada enfermeira, cujo não agir de forma diligente e operosa como se exigia foi causa eficiente para o óbito do marido da autora.

Cuida-se, por certo, de regime de responsabilidade civil de ente estatal, tanto que a ação é voltada contra ele, não contra a servidora.

Nesse diapasão, seria mesmo de todo descabido direcionar a ação em face da enfermeira, mesmo ante a referida atribuição de responsabilidade, como

Acesso ao Sumário

deflui do artigo 37, § 6º da Constituição Federal: *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*.

Esse dispositivo constitucional giza, deveras, a responsabilização por danos causados pelos agentes daquelas pessoas, seja com dolo, seja com culpa, apenas às pessoas jurídicas de direito público, afastados os agentes, num primeiro plano, para só depois, e se caso, serem acionados para garantir o direito de regresso daquelas pessoas em face destes.

Nesse sentido, entendimento sacramentado no E. Supremo Tribunal Federal:

> *ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO: ART. 37, § 6º, DA MAGNA CARTA. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. AGENTE PÚBLICO. PRÁTICA DE ATO PRÓPRIO DA FUNÇÃO. DECRETO DE INTERVENÇÃO. O parágrafo 6º do artigo 37 da Magna Carta autoriza a proposição de que somente as pessoas jurídicas de direito público, ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, é que poderão responder, objetivamente, pela reparação de danos a terceiros. Isto por ato ou omissão dos respectivos agentes, agindo estes na qualidade de agentes públicos, e não como pessoas comuns. Esse mesmo dispositivo constitucional consagra, ainda, dupla garantia: uma, em favor do particular, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público, ou de direito privado que preste serviço público, dado que bem maior, praticamente certa, a possibilidade de pagamento do dano objetivamente sofrido. Outra garantia, no entanto, em prol do servidor estatal, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular. Recurso extraordinário a que se nega provimento*[1].
>
> *RESPONSABILIDADE. SEARA PÚBLICA. ATO DE SERVIÇO. LEGITIMAÇÃO PASSIVA. Consoante dispõe o § 6º do artigo 37 da Carta Federal, respondem as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, descabendo concluir pela legitimação passiva concorrente do agente, inconfundível e incompatível com a previsão constitucional de ressarcimento – direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa*[2].

Veja-se, agora, decisão monocrática prolatada pela Ministra CÁRMEN

Acesso ao Sumário

1 **RE nº 327.904/SP, Relator Ministro CARLOS BRITTO, julgamento em 8.9.2006**

2 **RE nº 344.133/PE, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, DJ 14.11.2008**

LÚCIA, no Recurso Extraordinário nº 601.104/DF: (...) *4. O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que o agente público não tem legitimidade para figurar no polo passivo de ação de responsabilidade civil fundamentada no artigo 37, parágrafo sexto, da Constituição.* (...). *9. À luz do dispositivo transcrito, a conclusão a que chego é única: somente as pessoas jurídicas de direito público, ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, é que poderão responder, objetivamente, pela reparação de danos a terceiros. Isto por ato ou omissão dos respectivos agentes, agindo estes na qualidade de agentes públicos, e não como pessoas comuns.*

No mesmo diapasão o ministério de Hely Lopes Meirelles: *a reparação do dano causado pela Administração a terceiros obtém-se amigavelmente ou por meio da ação de indenização, e, uma vez indenizada a lesão da vítima, fica a entidade pública com o direito de voltar-se contra o servidor culpado para haver dele o despendido, através da ação regressiva autorizada pelo § 6º do art. 37 da CF. O legislador constituinte bem separou as responsabilidades: o Estado indeniza a vítima; o agente indeniza o Estado, regressivamente*[3].

José Afonso da Silva também é direto e objetivo sobre o tema: (...) *a obrigação de indenizar é da pessoa jurídica a que pertencer o agente. O prejudicado há que mover a ação de indenização contra a Fazenda Pública respectiva ou contra a pessoa jurídica privada prestadora de serviço público, não contra o agente causador do dano. O princípio da impessoalidade vale aqui também*[4].

Não se perca pela extensão das referências porque tudo isso vem à luz por conta do referido art. 951 do Código Civil e o artigo 5º, I.24 da Resolução nº 623/2013 é claro e direto, tal qual pontuara o D. Relator sorteado:

> ***Art. 5º A Seção de Direito Privado, formada por 19 (dezenove) Grupos, numerados ordinalmente, cada um deles integrado por 2 (duas) Câmaras, em ordem sucessiva, é constituída por 38 (trinta e oito) Câmaras, também numeradas ordinalmente, e subdividida em 3 (três) Subseções, assim distribuídas:***
>
> ***I – Primeira Subseção, composta pelas 1ª a 10ª Câmaras, com competência preferencial para o julgamento das seguintes matérias:***
>
> ***(...)***
>
> ***I.24 – Ações e execuções relativas a responsabilidade civil do artigo 951 do Código Civil;***

Ante o exposto, com escusas a quem pense de outra forma, acompanho o voto do D. Desembargador Relator e divirjo do voto agora majoritário, para, procedente o conflito, reconhecer a competência da C. Câmara suscitante (7ª Câmara de Direito Privado).

Acesso ao Sumário

3 **DIRETO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO, 33ª Edição, Malheiros, 2007, págs. 659/660**

4 **COMENTÁRIO CONTEXTUAL À CONSTITUIÇÃO, Editora Malheiros – 2005, pág. 349**

BORELLI THOMAZ, Desembargador

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0074792-03.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 11ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitado 8ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 11ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. SALLES ROSSI.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.529)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente sem voto), JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, LUIZ ANTONIO DE GODOY, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, VICO MAÑAS, SILVEIRA PAULILO, NUEVO CAMPOS, LUIS SOARES DE MELLO, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, PÉRICLES PIZA e EVARISTO DOS SANTOS.

São Paulo, 27 de janeiro de 2016.

MÁRCIO BARTOLI, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE C.C. PERDAS E DANOS. BEM PÚBLICO. TERMO DE AUTORIZAÇÃO DE USO. REGIME DE DIREITO PÚBLICO. COMPETÊNCIA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO, EM RAZÃO DA LEITURA CONJUNTA DOS ARTS. 3º, I.7.A, e 5º, II.7, DA RESOLUÇÃO 623/2013, COM ALTERAÇÃO PELA RESOLUÇÃO 648/2014. CONFLITO JULGADO PROCEDENTE PARA FIXAR A COMPETÊNCIA

Acesso ao Sumário

DA CÂMARA SUSCITANTE.

VOTO

1. Trata-se de conflito de competência suscitado pela 11ª Câmara de Direito Público deste Tribunal de Justiça no julgamento da Apelação Cível nº 0116236-10.2006.8.26.0007, da Comarca da Capital, que declinou de sua competência, entendendo tratar-se de ação cuja matéria se inseria na competência da Seção de Direito Privado (fls. 389/394), que também já declinara de sua competência para julgamento da questão (fls. 376/380).

Manifestou-se a Procuradoria-Geral de Justiça pela procedência do conflito, reconhecendo-se a 11ª Câmara de Direito Público como competente para conhecer, processar e julgar o recurso (fls. 402/409).

2. **O conflito de competência deve ser julgado procedente para estabelecer a competência da 11ª Câmara de Direito Público**. Com efeito, a definição de competência dos órgãos do Poder Judiciário, inclusive nas instâncias superiores, rege-se pela matéria, que é extraída dos elementos identificadores da ação (partes, causa de pedir e pedido), os quais são fixados pelo demandante na inicial.

Tal o teor do artigo 100 do Regimento Interno deste Tribunal: ***"a competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do pedido inicial, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la"***.

A *causa petendi* verificada nestes autos remonta ao uso de bem público, em razão do pedido de **reintegração de posse e reparação de danos decorrente de termo de permissão de uso de bem pertencente à Companhia de Habitação Popular de São Paulo**. A matéria em questão, portanto, é atinente ao Direito Público.

Conquanto exista competência da Seção de Direito Privado para julgamento de ações possessórias, existe exceção expressamente insculpida no inciso II.7 do artigo 5º da Resolução nº 623/2013, que restringe à Seção de Direito Privado a competência para julgar *"ações possessórias de imóveis, **excluídas as derivadas de** arrendamento rural, parceria agrícola, arrendamento mercantil e ocupação ou **uso de bem público**"*.

Ou seja, a questão possessória ora discutida decorre do regime público da permissão de uso, o que faz incidir no caso a regra contida no inciso I.7A do artigo 3º da Resolução nº 623/2013, que define a competência da Seção de Direito Público para ações *"de apossamento administrativo, de desistência de desapropriação **e de uso e ocupação de bem público**"*.

Resta competente para julgamento da mencionada apelação, portanto, a Câmara Suscitante, 11ª Câmara de Direito Público.

Acesso ao Sumário

3. Nesse sentido já decidiu este **Órgão Especial** em casos pretéritos: *"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – AÇÃO POSSESSÓRIA – BENS PÚBLICOS – A Resolução nº 623/2013 conferiu à Seção de Direito Público a competência para julgamento de ações relativas a uso e ocupação de bens públicos (art. 3º, inc. I.7.a, e 5º, inc. II.7) – Regime de direito público que prevalece sobre quaisquer relações acerca do bem, independentemente da natureza das partes em juízo – Conflito procedente. Competência da Colenda 2ª Câmara de Direito Público para o conhecimento e julgamento do recurso."*[1]

E, ainda: *"CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Ação ordinária buscando 'a manutenção da situação e da posse dos espaços até o final deslinde da questão e esclarecimento da relação jurídica verdadeiramente existente entre as partes' – 'Autorização de uso' expedida pela CPTM, sociedade de economia mista pertencente à administração indireta estadual, prestadora de serviço público de transporte, vinculada à Secretaria de Transportes Metropolitanos – Empresa sujeita ao regime de direito público – Demanda que tem por objeto espaços públicos, de sua vez objeto de autorização de uso (instalação de televisores em estações ferroviárias) – Desnecessidade de discussão sobre a qualidade ou a natureza da empresa parte na demanda – Competência da Seção de Direito Público (Resolução 623/2013, art. 3º, I.7.a, com redação dada pela Resolução nº 648/2014). Conflito julgado procedente, competente a Câmara suscitada (11ª Câmara de Direito Público)."*[2]

4. Isto posto, julga-se procedente o conflito para estabelecer a competência da 11ª Câmara de Direito Público desta Corte, em razão da leitura conjunta dos arts. 3º, I.7ª, e 5º, II.7, da Resolução nº 623/2013 – com alteração pela Resolução nº 648/2014 –, e artigo 100 do Regimento Interno desta Corte.

Remetam-se os autos à Câmara suscitante.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0073420-19.2015.8.26.0000, da Comarca de Santos, em que é suscitante 2ª CÂMARA RESERVADA AO MEIO AMBIENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 5ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo,

Acesso ao Sumário

1 CC nº 0055485-63.2015.8.26.0000 – **Rel. Des. Moacir Peres**, j. 21.10.2015.

2 CC nº 0026716-45.2015.8.26.0000 – **Rel. Des. João Carlos Saletti**, j. 27.05.2015. **No mesmo sentido:** CC nº 0186280-31.2013.8.26.0000 – **Rel. Des. Péricles Piza**, j. 27.11.2013 e CC nº 0118004-79.2012.8.26.0000 – **Rel. Des. Campos Mello**, j. 22.08.2012.

proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 5ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.070)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente sem voto), ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, LUIZ ANTONIO DE GODOY, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, VICO MAÑAS, SILVEIRA PAULILO, NUEVO CAMPOS, LUIS SOARES DE MELLO, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI e CARLOS BUENO.

São Paulo, 27 de janeiro de 2016.

FERRAZ DE ARRUDA, Relator

Ementa: COMPETÊNCIA – INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS DECORRENTES DE INCÊNDIO EM TERMINAL AÇUCAREIRO QUE PROVOCOU A MORTE DE PEIXES REDUZINDO OS MEIOS DE SUBSISTÊNCIA DE PESCADOR, AUTOR DA AÇÃO – PEDIDO É PARTICULAR DO AUTOR NÃO SE CUIDANDO, POIS, DE PEDIDO DE REPARAÇÃO DE DANOS AMBIENTAIS, O QUE DE PLANO EXCLUI A REPARAÇÃO DE INTERESSES DIFUSOS, AINDA QUE EM TESE POSSA EXISTIR – DÚVIDA PROCEDENTE A FIM DE DECLARAR COMPETENTE A CÂMARA SUSCITADA.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de Dúvida de Competência suscitada pela 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente em face do v. acórdão declinatório da 5ª Câmara de Direito Privado deste E. Tribunal, em ação de reparação de danos materiais e morais decorrentes de incêndio em terminal açucareiro.

A Câmara suscitada argumentou que a demanda reporta-se a danos ao meio ambiente decorrentes da contaminação das águas marinhas.

A Câmara suscitante assevera que a matéria envolve interesses privados sem conotação com o meio ambiente.

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou por sua procedência.

É o relatório.

Trata a matéria de ação de indenização pleiteando a condenação da ré em danos moral e material em virtude de incêndio ocorrido nos terminais arrendados pela empresa demandada, cujos resíduos desse evento lançados ao mar provocaram a morte de diversas espécies de peixes e com isso causou os prejuízos reclamados pelo autor considerando que, em sendo pescador artesanal que vive da pesca, perdeu o seu único meio de subsistência.

A douta 5ª Câmara Cível que integra a Seção de Direito Privado, ora suscitada, entende que a competente para julgar o recurso de apelação seria da Câmara Reservada ao Meio Ambiente, certo que a 2ª Câmara Reservada, por meio do Acórdão da lavra do relator Desembargador Paulo Ayrosa suscitou o presente conflito de competência por entender, em resumo, que não se trata de ação que cuide de danos ambientais, ou seja, que envolvam interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos diretamente ligados ao meio ambiente.

Este C. Órgão Especial já teve oportunidade de se pronunciar sobre o tema conforme se verifica dos julgados trazidos à colação pelo douto parecer do Procurador de Justiça oficiante que se põem em sentido oposto ao pretendido pela E. 5ª Câmara de Direito Privado suscitada (págs. 240/245).

Com efeito, trata a presente ação de responsabilidade civil da empresa demandada pelos danos causados ao autor tendo como causa de pedir os efeitos do incêndio que atingiu a empresa apelada, de sorte que o pedido é particular do autor não se cuidando, pois, de pedido de reparação de danos ambientais, o que de plano exclui a reparação de interesses difusos, ainda que em tese possa existir.

Como estabeleceu o v. Acórdão da Câmara de Direito Ambiental suscitante ***"conquanto tenha, em tese, ocorrido contaminação ambiental, este não é o cerne da questão, que se volta para eventual indenização pelos danos materiais e morais que supostamente foram experimentados pelo autor, não havendo discussão a respeito do meio ambiente em que se deram os fatos, mas sim acerca da responsabilidade civil pelos atos praticados pela empresa ré e que culminaram no incêndio em seu terminal açucareiro"*** (pág. 235).

Em tais condições, julgo procedente o presente conflito para julgar competente a E. 5ª Câmara de Direito Privado suscitada nos termos da Resolução 623/2013, deste E. Tribunal de Justiça, para a qual devem ser remetidos os autos.

Acesso ao Sumário

CÂMARA ESPECIAL

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2156890-11.2015.8.26.0000, da Comarca de Aparecida, em que é agravante ALEX TAVARES DE SOUZA, são agravados DENISE VIEIRA MOREIRA e NESTOR GABRIEL DA SILVA.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram do recurso e determinaram sua devolução à Colenda 22ª Câmara de Direito Privado da Corte, com respeito. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.377)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e RICARDO ANAFE (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 30 de novembro de 2015.

PINHEIRO FRANCO, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Decisão que rejeitou exceção de suspeição arguida contra serventuário da justiça – Recurso distribuído livremente à 22ª Câmara de Direito Privado, remetido a esta Câmara Especial em cumprimento de v. acórdão proferido por unanimidade pela Turma Julgadora – Competência da Colenda Câmara Especial que se restringe, no tema em questão, às exceções de suspeição de juiz de primeiro grau – Inteligência do artigo 33, parágrafo único, I, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – Não conhecimento, com devolução à 22ª Câmara de Direito Privado, por força da inicial distribuição.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento tirado por Alex Tavares de Souza

contra a decisão de folhas 60/61, que declarou prejudicada exceção de suspeição arguida em face de Nestor Gabriel Silva, Supervisor de Serviço da 2ª Vara de Aparecida, pelo fato do processo ter sido redistribuído à Vara do Trabalho de Aparecida, em 06/11/2014, declarando o excipiente, porém, litigante de má-fé, nos termos do artigo 18 do CPC, aplicando-lhe multa de 1% do valor da causa e arbitrando indenização, em favor do excepto, de 20% do valor da causa, determinando, ainda, extração de cópias para apuração de eventuais crimes.

O recurso foi inicialmente distribuído à Colenda 22ª Câmara de Direito Privado desta Corte (folhas 68), entendendo a Turma Julgadora, por votação unânime, não conhecer do recurso e determinar a remessa dos autos a esta Câmara Especial, invocando o artigo 33, parágrafo único, I, do Regimento Interno (folhas 125/129).

É o relatório.

Respeitado o sempre preciso entendimento deduzido no v. acórdão de folhas 125/129, da C. 22ª Câmara de Direito Privado, peço licença para dele divergir, entendendo não ser esta C. Câmara Especial competente para julgar o presente recurso.

Com efeito, trata-se de **exceção de suspeição oferecida contra serventuário da justiça**, como autoriza o artigo 138, II, do Código de Processo Civil, hipótese em que o julgamento cabe ao juiz do feito, na forma do parágrafo primeiro do mencionado dispositivo legal. E, contra tal decisão, cabe recurso que deve ser dirigido ao órgão competente para apreciação dos demais recursos relativos ao feito, o que, salvo equívoco, justifica a inicial distribuição à 22ª Câmara de Direito Privado, ainda que tenha sido noticiada a remessa dos autos à Vara do Trabalho de Aparecida, por decisão que não foi juntada a estes autos e contra a qual não se sabe se oferecido recurso próprio.

A Colenda Câmara Especial, na forma do artigo 33, parágrafo único, do Regimento Interno, **possui competência apenas para o julgamento de exceção de suspeição (e impedimento) de juiz de primeiro grau**, não de serventuário.

Neste sentido, aliás, o entendimento do Eminente Desembargador Eros Piceli ao apreciar situação idêntica que lhe foi submetida (Agravo de Instrumento nº 2157726-81.2015.8.26.0000).

Desta forma, a competência para apreciar o recurso ora interposto, com o devido respeito, é de uma das Câmaras da Seção de Direito Privado, na hipótese específica dos autos da 22ª Câmara de Direito Privado (por força de anterior distribuição livre).

Nesse contexto, também em situação semelhante, colaciona-se julgado da 27ª Câmara de Direito Privado desta Egrégia Corte:

> "**AGRAVO DE INSTRUMENTO – Legítima a decisão de rejeição da exceção de suspeição do servidor público supervisor da 2ª**

Acesso ao Sumário

Vara da Comarca de Aparecida – Ausência de prova da configuração de qualquer das hipóteses previstas no rol taxativo do art. 135 do CPC – Ademais, a amizade íntima ou inimizade capital deve ser entre o servidor com a parte, e não com o advogado desta – Decisão mantida – RECURSO DESPROVIDO" (Agravo de Instrumento nº 2157237-44.2015.8.26.0000, 27ª Câmara de Direito Público, Relatora Ana Catarina Strauch, j. 25.08.2015).

No mesmo sentido, decisão monocrática proferida no Agravo de Instrumento nº 2156899-70.2015.8.26.0000, trazida aos autos pelo agravante (folhas 135/143).

Nestes termos, a hipótese é de não conhecimento do recurso e de devolução do presente feito à Colenda 22ª Câmara de Direito Privado (atentando-se que a distribuição original recaiu sobre a relatoria do **Eminente Desembargador Hélio Nogueira** – folhas 68), para apreciar a questão ora colocada e, se entender o caso, suscitar conflito negativo de competência ao C. Órgão Especial, nos termos do artigo 13, inciso I, alínea "e", do RITJSP.

Nestes termos, pelo meu voto, **não conheço do recurso** e determino sua devolução à Colenda 22ª Câmara de Direito Privado da Corte, com meu respeito.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2132602-96.2015.8.26.0000, da Comarca de Mauá, em que é agravante M.G.S. (MENOR), é agravado MUNICÍPIO DE MAUÁ.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao agravo de instrumento. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.018)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 18 de janeiro de 2016.

PINHEIRO FRANCO, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Acesso ao Sumário

Ementa: Agravo de Instrumento. Ação de Obrigação de Fazer buscando matrícula em creche, em período integral. Tutela de urgência determinando o fornecimento de vaga em creche ao menor, próxima

a sua residência, em meio período. Presença dos requisitos legais. Demora no provimento jurisdicional que importa em dano irreparável ou de difícil reparação ao menor. Presença de verossimilhança. Dever do Poder Público de fornecer educação básica obrigatória e gratuita a criança próxima a sua residência, em período integral. Garantia fundamental à educação consagrada em norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata. Manutenção da obrigação alternativa de custeio da vaga em entidade privada, em caso de descumprimento. Necessidade. Garantia do direito da criança à educação. Recurso provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido liminar de efeito ativo, interposto pela Defensoria Pública em favor de M.G.S., menor impúbere, contra decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal de Mauá – Anexo da Infância e Juventude, que concedeu parcialmente tutela antecipada nos autos de ação de obrigação de fazer, determinando a matrícula da criança em creche ou escola municipal, localizada próxima a sua residência, em meio período, sob pena de multa diária de R$ 1.000,00 (folhas 25).

Aduz a agravante que a concessão de vaga em escola de ensino infantil em meio período, condiciona um direito fundamental da criança a uma conduta de sua genitora, além de atingir o direito social ao trabalho da representante legal do menor, vez que, caso esteja desempregada, ficará impedida de buscar o mercado de trabalho, realizar entrevistas e colocar-se a disposição para início imediato na atividade laborativa, por não ter com quem deixar a criança. Postula a concessão de efeito ativo ao recurso, a fim de se determinar a matrícula do menor em creche municipal mais próxima de sua residência, em período integral. No mérito, pugna pelo provimento do presente recurso e, subsidiariamente, na impossibilidade de matrícula em período integral em creche da rede pública municipal, seja determinada a matrícula em escola particular, à custa do Poder Público Municipal, sob pena de multa diária de R$ 1.000,00 (folhas 01/11).

A liminar foi deferida (folhas 27/28), com oferecimento de contraminuta (folhas 36/42), prestadas informações (folhas 47/48).

Parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça pelo provimento do agravo (folhas 80/89).

É o relatório.

O presente agravo comporta provimento.

O ingresso em unidade de ensino fundamental ou creche da rede municipal

Acesso ao Sumário

é pleito que encontra amparo no Texto Constitucional e na jurisprudência já firmada nesta Câmara Especial.

Daí, evidentemente, a plausibilidade do direito invocado pelo recorrente.

Diante da necessidade de imediato amparo à criança, a fim de que a mãe possa trabalhar, tem-se como imperiosa a pronta resposta judicial a respeito da pretensão da agravante, visto que a demora poderá acarretar-lhe perigo de dano irreparável e de difícil reparação.

Justificado, assim, o "periculum in mora".

Ademais, os direitos à pré-escola e ao ensino fundamental devem ser assegurados às crianças, com absoluta prioridade, nos termos do artigo 208, incisos I e IV, da Carta Magna.

A regra acima há que ser interpretada de acordo com a norma estabelecida no artigo 211 da Carta Magna:

"Art. 211. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino.

(...)

§ 2º Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil."

Ao reproduzir o texto constitucional, o Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe em seu artigo 54, inciso IV que:

"É dever do Estado assegurar à criança (...) atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade", reconhecendo tal acesso à categoria de direito público subjetivo (parágrafo 1º).

Também não dá margem a dúvidas o artigo 53, inciso V, da Lei nº 8.069/90, que assegura o direito da criança e do adolescente à educação, com acesso a escola pública e gratuita próxima de sua residência.

Ainda sobre esta matéria, a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que disciplina as diretrizes e bases da educação nacional, dispõe em seu artigo 11, inciso V, que incumbe ao Município o oferecimento de vagas em creches e pré-escolas às crianças que ali residem.

Acesso ao Sumário

Incontroverso assim, de acordo com os dispositivos citados, que a educação é obrigação do Município, com atendimento em creche e pré-escola, devendo o Estado criar condições que permitam o cumprimento desse direito na instituição mais próxima à residência da criança e em período integral. Daí o "fumus boni iuris".

A permanência de criança em período integral em unidade de ensino infantil (creche), observado o período de recesso, tem encontrado eco no entendimento da C. Câmara Especial deste Tribunal, conforme a ementa que segue:

"Apelação. Mandado de segurança. Decisão pela qual obrigada a Municipalidade a matricular petiz em unidade de ensino infantil em período integral. Admissibilidade. Direito líquido e certo desse apelado. Aplicação dos artigos 205, 208 e 211, § 2º, da Constituição da República, 53, V, e 54, IV, da Lei 8.069/1990, assim como do disposto na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei 9.394/1996). Direito fundamental que não pode ser condicionado à lista de espera e a outros critérios administrativos. Não ingerência do Poder Judiciário. Desacolhimento, portanto, ao todo alegado pela apelante. Apelação e reexame necessário improvidos" (Apelação nº 0098799-98.2011.8.26.0000; Câmara Especial; Des. Rel. Encinas Manfré; julgado em 25/07/2011).

E não haveria como se reconhecer a obrigação de a municipalidade promover a matrícula da criança em escola de educação infantil em período integral e afastar a determinação de custeio em estabelecimento de ensino privado, pelo descumprimento.

A obrigação de arcar com as despesas em escola particular decorre, pois, do descumprimento da obrigação reconhecida.

Acerca do tema:

"APELAÇÃO – Ensino Infantil. Sentença concessiva da ordem em mandado de segurança para determinar a disponibilização à infante de vaga em escola de educação infantil da rede pública e, em caso de falta material de vagas, o custeio de creche particular. Preliminar visando o recebimento do recurso no efeito suspensivo – Afastamento. Decisão de acordo com as normas constitucionais e infraconstitucionais que protegem o direito ao ensino infantil. Ausência de excepcionalidade a autorizar o recebimento da apelação em seu duplo efeito – Garantia de vaga à criança por decisão judicial – Possibilidade. Exercício regular da atividade jurisdicional. Direito assegurado pela CF e pela lei ordinária – Obrigação do Município reconhecida no artigo 211 da Constituição Federal. Prova suficiente a autorizar o acolhimento do pedido. Possibilidade da aplicação de obrigação alternativa (custeio de creche particular), em hipótese excepcional, para assegurar o resultado prático da demanda, nos termos do artigo 461, § 5º, do CPC – Recursos voluntário e oficial não providos" (TJSP, Câmara Especial, Apelação nº 0009296-05.2010.8.26.0161, Rel. Martins Pinto).

Os demais temas devem ser tratados em momento outro, porque o que se discute aqui é tão somente plausibilidade do direito e necessidade da tutela antecipada quanto ao pleito de vaga em creche no período integral.

Acesso ao Sumário

Nestes termos, pelo meu voto, **dou provimento ao agravo de instrumento.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2153333-16.2015.8.26.0000, da Comarca de Embu das Artes, em que é agravante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado G.O.S. (MENOR).

ACORDAM, em Câmara Especial 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 34694)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), RICARDO DIP (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO) e SALLES ABREU (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 1 de fevereiro de 2016.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: OBRIGAÇÃO DE FAZER – Determinação de realização de cirurgia em data certa, sob pena de multa diária – Cirurgia que não foi realizada em razão de motivos alheios à vontade da agravante – Criança que apresentava quadro de saúde que a impedia de submeter-se ao procedimento cirúrgico – Astreintes – Possibilidade de fixação de multa diária como meio coercitivo ao cumprimento da obrigação pela Fazenda Pública – Redução de que não se cogita – Montante que poderá ser revisto oportunamente – Inteligência do art. 461, § 6º, CPC – Recurso provido em parte.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento tirado contra a r. decisão digitalizada a fls. 22 que determinou que a criança fosse submetida à cirurgia de que necessitava, no dia 14 de julho de 2015, sob pena de multa diária de R$ 5.000,00.

Sustenta a Fazenda do Estado de São Paulo, em síntese, serem descabidas a fixação de data para a realização da cirurgia em questão e a aplicação de elevada

multa diária. Aduz que a realização de um procedimento cirúrgico depende de diversos fatores que poderiam ou não estar presentes na data agendada. Afirma, ainda, inocorrência de resistência ao cumprimento da medida liminar deferida, devendo, pois, ser afastada a multa imposta ou, subsidiariamente, ser reduzido o seu valor.

Foi concedido, em parte o efeito suspensivo, "para o fim de afastar a determinação de que a cirurgia se realize em data designada pelo Poder Judiciário, mantida, entretanto, a cominação de multa, a qual incidirá tão somente se se verificar desídia na realização do procedimento cirúrgico aventado" (fls. 33/34).

Colheram-se informações do juízo (fls. 37/39).

Não foi apresentada resposta pelo agravado.

A D. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo desprovimento do recurso.

Em petição de fls. 60, informou o agravado que a cirurgia foi realizada no dia 17 de novembro de 2015.

Em seguida, manifestaram-se a agravante (fls. 66) e a Procuradoria Geral de Justiça (fls. 67).

É o relatório.

O recurso merece provimento em parte.

Conforme documento de fls. 28, verifica-se que num primeiro momento não foi possível a realização da cirurgia em questão, uma vez que a família e a criança encontravam-se no Estado da Bahia.

Após, internada a criança no hospital, houve necessidade de se adiar a cirurgia em razão do estado de saúde apresentado por ela, sendo proposto seu retorno caso houvesse melhora do quadro respiratório (fls. 30).

A despeito de a decisão agravada ter determinado a realização da cirurgia em 14 de julho de 2015, conforme informações prestadas pela própria Juíza de Direito (fls. 37/39), a criança não retornou ao hospital por continuar gripada.

De acordo com as informações contidas no *site* do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em 16 de setembro seguinte foi proferido despacho determinando a realização da cirurgia, caso o estado de saúde da criança tivesse apresentado melhora, devendo o hospital, eventualmente, justificar sobre seu adiamento.

Diante disso, de fato, não havia como fixar uma data certa para que a criança fosse submetida à cirurgia em questão.

Não há como desconsiderar o fato de que há diversos fatores a envolver a realização de um procedimento cirúrgico, tais como o quadro de saúde apresentado pelo paciente e a disponibilidade de vaga em UTI para recuperação pós-operatória, conforme informado pelo relatório técnico de fls. 29/31.

Acesso ao Sumário

Nota-se, pois, que a cirurgia de que necessitava a criança somente foi realizada no dia 17 de novembro de 2015, como informado pelo agravado em petição de fls. 60, em razão de motivos alheios à vontade da agravante.

Entretanto, nada há a ser alterado no tocante à multa diária fixada.

Com efeito, já restou decidido pelo e. Superior Tribunal de Justiça ser possível a fixação de multa diária como meio coercitivo ao cumprimento da obrigação pela Fazenda Pública: *"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MEDICAMENTOS. FUNDAMENTO DA DECISÃO AGRAVADA NÃO IMPUGNADO. SÚMULA 182/STJ. MULTA DIÁRIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. ASTREINTES. POSSIBILIDADE. RECURSO REPETITIVO PENDENTE DE JULGAMENTO. SOBRESTAMENTO. DESNECESSIDADE. 1. Inviável a apreciação do agravo regimental no ponto em que deixa de atacar especificamente os fundamentos do decisum que deu provimento ao recurso especial, incidindo, na espécie, a Súmula 182/STJ. 2. A jurisprudência do STJ é farta quanto a possibilidade de imposição de multa diária contra a Fazenda Pública por eventual descumprimento de obrigação de fazer. 3. Quanto ao pedido de suspensão do presente feito, ante a submissão de recurso representativo da controvérsia a julgamento pelo rito do art. 543-C do CPC, a Corte Especial deste Tribunal firmou o entendimento de que somente os processos que tramitam nos Tribunais de segunda instância devem ficar sobrestados, em decorrência do comando contido naquele dispositivo legal. 4. Agravo regimental a que se nega provimento"* (AgRg no REsp 1299694/RS, 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. Sérgio Kukina, DJe 29/10/15).

Quanto ao valor das astreintes, não há motivo para sua redução.

Mutatis mutandis, aplica-se à espécie o que foi anotado por ocasião do julgamento do Agravo de Instrumento nº 470.230.4/8 (1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em 16/1/07), de que foi Relator o preclaro Des. Elliot Akel: *"O valor da multa diária em caso de descumprimento da obrigação reconhecida na sentença 'deve ser significativamente alto, justamente porque tem natureza inibitória' (CPC Comentado, Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery, 3ª ed., RT, p. 673). 'O Juiz não deve ficar com receio de fixar o valor em quantia alta, pensando no pagamento. O objetivo das astreintes não é obrigar o réu a pagar o valor da multa, mas obrigá-lo a cumprir obrigação na forma específica. A multa é apenas inibitória. Deve ser alta para que o devedor desista de seu intento de não cumprir a obrigação na forma específica. Vale dizer, o devedor deve sentir ser preferível cumprir a obrigação na forma específica a pagar o alto valor da multa fixada pelo juiz' (ob. cit.)"*.

Eventual excesso, se for o caso, poderá ser reduzido até mesmo de ofício, no momento oportuno, conforme disposto no art. 461, § 6º, do Código

de Processo Civil. Observe-se que *"A decisão que arbitra astreintes não faz coisa julgada material, visto que é apenas um meio de coerção indireta ao cumprimento do julgado, podendo ser modificada a requerimento da parte ou de ofício, seja para aumentar, diminuir ou suprimir o valor da multa"* (REsp 1492947/SP, 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 27/10/2015).

In casu, o montante arbitrado no valor de R$ 5.000,00 por dia revela-se adequado, atendidos os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, razão pela qual não merece reparo.

Isto posto, pelo meu voto, dá-se provimento em parte ao recurso.

Agravos Regimentais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2235516-44.2015.8.26.0000/50000, da Comarca de Araras, em que é agravante MUNICÍPIO DE ARARAS, é agravado P.M.B. (MENOR).

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33032)**

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, 14 de dezembro de 2015.

ARTUR MARQUES, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. IMPUGNAÇÃO CONTRA DECISÃO QUE DEU PROVIMENTO A AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORNECIMENTO DE TRATAMENTO MÉDICO. DIREITO FUNDAMENTAL RESGUARDADO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E

Acesso ao Sumário

LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. QUESTÃO SUMULADA POR ESTE EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DE ACORDO COM A JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE NOS COLENDOS TRIBUNAIS SUPERIORES. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

VOTO

1. Trata-se de Agravo Regimental interposto em face de **"decisum"** monocrático desta Relatoria que deu provimento a agravo de instrumento tirado de r. decisão que, em ação de obrigação de fazer em que se pedia fosse o agravante obrigado a fornecer tratamento específico fisioterápico prescrito pelo médico do agravado, indeferiu o pedido em razão de ausência de elementos nos autos que comprovassem a necessidade e eficiência do tratamento requerido.

É o relatório do essencial.

O **"decisum"** monocrático guerreado é de ser mantido **"in totum"**, dados os seus próprios fundamentos, **"id est"**:

"**2.** A garantia à saúde encontra resguardo na esfera constitucional e infraconstitucional, não havendo dúvida quanto ao cumprimento da obrigação atribuída ao agravado.

De fato, a União, os Estados membros e os Municípios são solidariamente responsáveis pela saúde pública como prevê o artigo 23, inciso II, da Constituição Federal, preceito reafirmado no artigo 219, parágrafo único, da Constituição do Estado de São Paulo, e repetido, em especial, no artigo 11, § 2º, da Lei nº 8.069/90.

Assim, sendo solidária aos entes federativos a garantia à saúde, não pode nenhum deles se eximir quando demandado.

Nesse sentido as súmulas 29, 37 e 66, deste Egrégio Tribunal de Justiça:

Súmula 29: *'É inadmissível denunciação da lide ou chamamento ao processo na ação que visa ao fornecimento de medicamentos ou insumos'*.

Súmula 37: *'A ação para o fornecimento de medicamentos e afins pode ser proposta em face de qualquer pessoa jurídica de Direito Público Interno'*.

Súmula 66: '*A responsabilidade para proporcionar meios visando garantir à saúde da criança é solidária entre Estado e Município'*.

Sendo o agravado responsável pela obrigação em fornecer os medicamentos e insumos pleiteados pelo agravado, é ele quem suporta o ônus da decisão, não havendo óbice à propositura da ação em face da Municipalidade, ente político que custeia o serviço público, sem necessidade de inclusão do Estado de São Paulo no polo passivo, sem necessidade de emenda da inicial.

Acesso ao Sumário

Por sua vez, o artigo 196, da Constituição Federal, contém norma que traduz direito fundamental e expressamente garante o direito de todos à saúde, estabelecendo, ainda, o dever do Poder Público em tomar medidas concretas que garantam sua promoção, proteção e recuperação.

O Sistema Único de Saúde, criado pela Lei nº 8.080/90, em obediência ao artigo 198, § 1º da Constituição Federal, é financiado especialmente com recursos da seguridade social da União, dos Estados-membros e dos Municípios, inclusive com vinculação constitucional de suas receitas, abrandando sobremaneira a discricionariedade quanto à distribuição de verbas dentre as áreas de sua atuação, consagrando a universalização dos serviços de saúde.

A questão amolda-se, quanto ao cumprimento do que se ora exige, a dois pilares constitucionais erigidos a direitos fundamentais: a garantia do acesso à saúde e a defesa absolutamente prioritária dos interesses de crianças e adolescentes.

Tratando-se de direito fundamental, a despesa é obrigatória, competindo à União, aos Estados-membros, e aos Municípios disciplinar suas receitas para o cabal cumprimento da obrigação, inexistindo violação ao princípio da tripartição de poderes pela ingerência na política estatal de saúde em relação à determinada patologia e o tratamento a ela correspondente.

A prerrogativa do Estado na avaliação da viabilidade material, conveniência e oportunidade para estabelecer suas prioridades administrativas e a forma de alcançá-las é matéria para a qual goza de certa discricionariedade, não havendo, neste ponto, a ingerência do Poder Judiciário.

Em verdade, o tema da saúde cuida de direito e garantia fundamental, em que a União, os Estados-membros e os Municípios não dispõem de discricionariedade. Ao contrário, estão vinculados às normas constitucionais e infraconstitucionais que lhes carreiam tais obrigações como serviços públicos essenciais e relevantes, na medida das necessidades da população.

Não se olvide que, com relação à criança, a prioridade é absoluta na proteção à saúde, em razão dos princípios consagrados no artigo 227 da Constituição da República e no artigo 11 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que dispõe:

> *"Art. 11. É assegurado atendimento médico à criança e ao adolescente, através do Sistema Único de Saúde, garantido o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde.*
>
> *§ 2º. Incumbe ao Poder Público fornecer gratuitamente àqueles que necessitarem os medicamentos, próteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação."*

Mostra-se, portanto, induvidosa e inarredável a obrigação legal da Administração Pública de fornecer os itens de que necessita o agravante para o tratamento de sua saúde, os quais, a par do quanto alegado, estão sim bem demonstradas nas peças juntadas nos autos.

Acesso ao Sumário

Como cediço, a atuação do Poder Judiciário, em cumprimento ao mencionado mandamento constitucional, implica o exame da matéria à luz das normas que concedem ou asseguram esses direitos garantindo-lhes, em consequência, o exercício ou a eficácia, e não tem a conotação que se pretende dar, de violar a tripartição dos poderes, sob pena de impedir o cumprimento da própria Constituição da República, que assegura o pleno acesso à Justiça.

Assim já decidiu o Colendo Supremo Tribunal Federal:

Mandado de Segurança – Adequação – Inciso LXIX, do artigo 5º, da Constituição Federal. Uma vez assentado no acórdão proferido o concurso da primeira condição da ação mandamental – direito líquido e certo – descabe concluir pela transgressão ao inciso LXIX do artigo 5º da Constituição Federal. SAÚDE – AQUISIÇÃO E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – DOENÇA RARA. Incumbe ao Estado (gênero) proporcionar meios visando a alcançar a saúde, especialmente quando envolvida criança e adolescente. O Sistema Único de Saúde torna a responsabilidade linear alcançando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. (RE 195192/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 22/02/00, Segunda Turma, DJ 31-03-2000).

E reiterado na jurisprudência deste Egrégio Tribunal de Justiça:

'O respeito à norma legal não está sujeito ao arbítrio do administrador público. Só há discricionariedade quando de duas ou mais providências possíveis, qualquer delas possa atender o escopo legal' (TJSP, Apelação Cível nº 94.168-0/9).

Nem se objete com o argumento da reserva do possível, do empecilho orçamentário, pois como gestor de recursos públicos, o administrador público está vinculado ao princípio da legalidade, não podendo omitir-se, quando tem o dever de agir, vez que a norma constitucional não é de natureza meramente programática.

Trata-se de entendimento sumulado por este Egrégio Tribunal de Justiça e já pacificado pelos Colendos Tribunais Superiores:

Súmula 65. 'Não violam os princípios constitucionais da separação e independência dos poderes, da isonomia, da discricionariedade administrativa e da anualidade orçamentária as decisões judiciais que determinam às pessoas jurídicas da administração direta a disponibilização de vagas em unidades educacionais ou o fornecimento de medicamentos, insumos, suplementos e transporte a crianças e adolescentes.'

'Direito constitucional à absoluta prioridade na efetivação do direito à saúde da criança e do adolescente. Norma constitucional reproduzida nos arts. 7º e 11 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Normas definidoras de direitos não programáticas. Exigibilidade em Juízo. Interesse transindividual atinente às crianças situadas nessa faixa etária. Ação civil pública. Cabimento e procedência.' (STJ – REsp nº 577.836/SC – Rel. Min. LUIZ FUX).

Acesso ao Sumário

'Constitucional. Administrativo. Medicamentos. Fornecimento a pacientes carentes. Obrigação do Estado. I – Paciente carente de recursos indispensáveis à aquisição dos medicamentos de que necessita. Obrigação do Estado em fornecê-los. Precedentes. II – Agravo não provido'. (STF – AgReg/RJ no AI 486.816-1, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, j. em 12.04.2005 e RE-AgReg nº 273.042/RS, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, j. em 28.08.2001).

'APELAÇÃO CÍVEL – Mandado de segurança – Sentença concessiva de medicamento – Criança portadora de transtorno de déficit de atenção e hiperatividade – Reexame necessário e recurso voluntário da Fazenda Pública do Estado de São Paulo – Preliminar rejeitada – A proteção integral à criança, de acordo com a inteligência dos artigos 1º e 11, § 2º, da Lei 8.069/90 (ECA), justifica o fornecimento gratuito do medicamento, de acordo com orientação médica, mesmo que este não esteja em lista padronizada – Decisão que visa garantir a saúde e a dignidade da pessoa humana – Recursos desprovidos'. (Ap. nº 0223975-58.2009.8.26.0000, Câmara Especial – TJSP, Rel. EDUARDO GOUVÊA, j. em 17.01.2011, v.u.).

APELAÇÃO – Obrigação de fazer – Saúde – 'Ictiose extensa' – Sentença a obrigar o Município e o Estado a fornecerem à criança medicamento especial, necessário ao tratamento da sua doença – Cabimento – Legitimidade de ambos entes públicos – Responsabilidade solidária dos entes federativos – Direito Fundamental amparado nos artigos 1º, III, § 6º, 203, II e IV, 227, § 1º, todos da Constituição Federal, combinados com os artigos 4º, parágrafo único, b, 11, § 2º e 208, VII, do Estatuto da Criança e do Adolescente – Normas de eficácia plena – Inocorrência de violação aos princípios da independência dos poderes, da autonomia municipal e da igualdade – Direito universal – Invalidade de critérios administrativos que neguem à criança seu direito fundamental à saúde e à própria vida – Necessidade comprovada – Multa cabível e proporcional – Rejeição da matéria preliminar – Não provimento do recurso. (Reexame Necessário nº 994.08.010515-2, Câmara Especial – TJSP, Rel. MARIA OLÍVIA ALVES, j. em 11.05.2009, v.u.).

O fornecimento do medicamento e acessórios na forma prescrita é obrigação do Poder Público, não havendo amparo legal a restrições quanto aos nomes dos remédios, tratamentos e tipo destes, pois houve comprovação da necessidade da utilização do tratamento fisioterápico.

Conforme jurisprudência dos nossos tribunais superiores:

SAÚDE. Fornecimento de medicamentos e fraldas descartáveis. Beneficiário menor de idade portador de paralisia cerebral do tipo diplégico. Necessidade do medicamento indicado na petição inicial para seu tratamento e das fraldas para sua higiene pessoal. Legitimidade do Ministério Público para propor ação civil pública, por se cuidar de direito indisponível e pessoa carente. Jurisprudência do Supremo Tribunal

Acesso ao Sumário

Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Legitimidade passiva do Estado de São Paulo. Pedido inicial fundado no artigo 196 da Constituição Federal, cujos destinatários são os entes dos três níveis da Federação. Necessidade do medicamento e das fraldas não impugnada de forma fundada pela ré. Inexistência de infração aos princípios da separação dos Poderes e da isonomia ou às normas e princípios que informam a Administração e, em especial, o SUS. Sentença de procedência. Recurso não provido, com observação. (Apelação nº 0008688-16.2011.8.26.0664, Décima Câmara de Direito Público – TJSP, Rel. ANTONIO CARLOS VILLEN, j. em 02/07/2012, v.u.).

AÇÃO CIVIL PÚBLICA Prestação de serviço público – FORNECIMENTO DE FRALDAS – Afastadas as preliminares de ilegitimidade ativa do Ministério Público e ilegitimidade passiva 'Ad Causam' argüidas pelas apelantes – Dever do Estado de prestar atendimento integral à saúde (art. 198, II, da CF) – Tutela constitucional do direito à vida (artigo 196 da CF) – Recurso voluntário e reexame necessário improvidos. (Apelação nº 9001524-64.2010.8.26.0506, Décima Segunda Câmara de Direito Público – TJSP, Rel. BURZA NETO, j. em 04/07/2012, v.u.)."

3. Ante o exposto, **nega-se provimento ao recurso**.

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002119-25.2014.8.26.0201, da Comarca de Garça, em que são apelantes R.C.M. (MENOR) e G.D. (MENOR), é apelado PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DE GARÇA.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento à apelação, mantida a sentença por seus fundamentos, com observação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.072)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE) (Presidente), JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN (DECANO) e ARTUR MARQUES (PRESIDENTE DA

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO).

São Paulo, 30 de novembro de 2015.

EROS PICELI, Relator

Ementa: Ato infracional – tentativa de roubo agravado pelo concurso de agentes – materialidade e autoria comprovadas – palavra da vítima – validade do depoimento policial – imposição de medida socioeducativa de internação por prazo indeterminado – infração cometida mediante grave ameaça contra a pessoa – antecedentes infracionais – condições pessoais dos adolescentes que recomendam a aplicação da medida extrema – apelação não provida, com observação.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelações interpostas por R.C.M. e G.D. contra a sentença proferida pelo M. Juiz Luiz Henrique Lorey, fls. 156/159, que julgou procedente representação oferecida em razão da prática de ato infracional equiparado ao delito previsto no artigo 157, § 2º, II, na forma do artigo 14, II, ambos do Código Penal, aplicando-lhes a medida socioeducativa de internação por prazo indeterminado.

A defesa de R. pleiteia sua absolvição por falta de provas, fls. 177/178.

Sobreveio nova sentença pela qual o M. Juiz extinguiu a execução da medida de internação aplicada a R., tendo em vista a vedação contida no artigo 45, § 2º, da Lei 12.594/12.

Já a defesa de G. requer a sua absolvição por ausência da materialidade delitiva e, subsidiariamente, a desclassificação do ato infracional praticado para tentativa de furto, fls. 230/232.

Apresentadas as contrarrazões, fls. 234/235, e mantida a decisão recorrida, fls. 236, a Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso, fls. 243/245.

É o relatório.

De início, cumpre esclarecer que a extinção da execução da medida socioeducativa aplicada a R. não impossibilita a análise da materialidade e da autoria do ato infracional a ele imputado.

Segundo consta, em (...), R. e G., então com (...) e (...) anos, respectivamente, em unidade de desígnios entre si e com o menor não apelante C.A.M., tentaram

Acesso ao Sumário

subtrair, mediante grave ameaça, bens e valores pertencentes a J.S.M. e N.F.S., não obtendo êxito por circunstâncias alheias à vontade deles, consistente na reação e fuga das vítimas assim que o assalto foi anunciado.

A materialidade e a autoria do ato infracional imputado ao apelante estão comprovadas pelo boletim de ocorrência, fls. 4/6, e prova oral produzida sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

Sempre que ouvidos, os representados apresentaram a mesma versão: haviam saído para comprar cigarros, em lugar longe do local dos fatos, quando foram abordados por policiais militares, que os acusaram do roubo e os levaram à delegacia. Assim o fizeram no distrito policial, fls. 18 e 20, em oitiva informal, fls. 40 e 41 e, finalmente, em juízo, fls. 82, 91, 92 e mídias digitais.

Trata-se, contudo, de narrativa inverossímil e isolada nos autos, diante das demais provas produzidas.

As vítimas, ouvidas em juízo, não só reconheceram os três adolescentes, como narraram a dinâmica dos fatos, fls. 117,118 e mídia digital.

Em versões coincidentes, J. e N. relataram que estavam caminhando de noite quando três indivíduos, portando o que acreditaram ser uma arma, se aproximaram gritando "perdeu, perdeu". Ao notar que suposta arma era um simulacro, resolveram correr e pedir por socorro, o que fez com que os agentes fugissem. Disseram, por fim, que foram apresentados quatro suspeitos no distrito policial, dos quais foram reconhecidos os três representados.

Em atos infracionais dessa natureza, praticados na clandestinidade, a palavra do ofendido é de fundamental importância na elucidação da autoria. Note-se que não há nenhuma razão para que se desconfie do relato das vítimas, que sequer conheciam o apelante.

Conforme assinalado na Apelação Cível 3023259-29.2013.8.26.0224, comarca da Guarulhos, relator Des. Pinheiro Franco, Presidente da Seção de Direito Criminal, julgada em 12.5.2014, v.u.:

> **"Nunca é demais lembrar que a palavra do ofendido, nos casos de roubo, assume papel de importância capital, porque, em regra, é ele quem visualiza o agente e sua conduta. E quando o relato, guardando sintonia com o remanescente da prova colhida, se reveste de coerência, robustez e segurança e não demonstra qualquer tendência para o exagero ou o prejuízo injusto, deve ser aceito como elemento hábil à procedência da representação (...). Aliás, 'a vítima é sempre pessoa categorizada a reconhecer o agente, pois sofreu o traumatismo da ameaça ou da violência, suportou o prejuízo e não se propõe acusar inocente, senão procura contribuir – como regra – para a realização do justo concreto' (RJTACRIM – vol. 39 – Relator o então Juiz Renato Nalini)".**

Pesam, contra os apelantes, finalmente, os depoimentos prestados em

juízo pelos policiais militares L.F.T.Z. e J.C.O., fls. 119, 120 e mídia digital.

As testemunhas informaram que estavam em patrulhamento na noite dos fatos quando receberam a notícia de um roubo, passando, então, a procurar os responsáveis nas redondezas. Localizaram quatro suspeitos, dos quais três foram reconhecidos por J. como os responsáveis no distrito policial.

E nada autoriza supor que os servidores mentiram ao depor em juízo. Os policiais foram ouvidos sob compromisso, produzindo relatos verossímeis e coerentes.

A propósito do valor dos depoimentos policiais, restou assinalado na Apelação Cível 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 estão delineadas nos autos circunstâncias que os levassem a cometer fraude, abuso de autoridade ou falso testemunho.

Dessa forma, ante o conjunto de provas coligido, acertada a sentença que julgou procedente a representação oferecida.

E, ainda que não tenha sido objeto de apelo, correta, também, a aplicação da medida socioeducativa de internação.

Em primeiro lugar, o ato infracional foi praticado com grave ameaça contra a pessoa, o que autoriza a imposição da medida extrema, de acordo com o artigo 122, I, da Lei 8.069/90.

Não se pode esquecer que o autor de roubo majorado 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 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 ousadia e periculosidade inequívoca. Exige, bem por isso, pronta e eficaz resposta estatal".**

Acesso ao Sumário

Depois, os apelantes ostentam diversas passagens pela Vara da Infância e Juventude, fls. 148/150 e 151/152, o que denota que o seu envolvimento com o meio infracional não é eventual e permite a aplicação da medida de custódia com base no inciso II do artigo 122 do ECA.

De acordo com o princípio da proteção integral, a medida de internação visa a proporcionar reabilitação aos infratores que, como os apelantes, não encontraram orientação e mecanismos de contenção suficientes em sua família e que, com a medida, poderão contar com suporte psicológico, pedagógico e profissionalizante.

Note-se que os apelantes serão periodicamente avaliados, podendo obter reversão da medida se vierem a demonstrar inequívoca aptidão para retornar ao meio aberto, respeitados os limites do artigo 121, §§ 3º e 5º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Como observação, registra-se que, apesar da manutenção da responsabilização de R.C.M. pelo ato infracional, a execução da medida socioeducativa aplicada a ele resta extinta.

Do exposto, nega-se provimento à apelação, mantida a sentença por seus fundamentos, com a observação supra.

Apelações/Reexames Necesários

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 0020277-20.2014.8.26.0625, da Comarca de Taubaté, em que são apelantes FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e JUÍZO *EX OFFICIO*, é apelado G.O.M. (MENOR).

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.884)**

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 dezembro de 2015.

Ementa: Apelação Cível e Reexame Necessário – Ordem concedida a menor, portador de "retardo mental leve" (CID – F70), em mandado de segurança, assegurando-lhe o fornecimento, pelo Município de Taubaté, de medicamento prescrito por psiquiatra da Rede Municipal de Saúde – Interesse de agir demonstrado – Via eleita adequada para aferição de violação a direito líquido e certo do menor – Princípios constitucionais da separação e independência dos poderes e discricionariedade administrativa preservados – Inteligência do artigo 196 da Constituição Federal – Precedente – Recurso e reexame improvidos.

VOTO

Trata-se de reexame necessário e apelação interposta pela Fazenda Pública do Estado contra a r. sentença que, confirmando a tutela antecipada, concedeu a ordem, nos autos do mandado de segurança impetrado por G.O.M., representado por sua guardiã provisória, para o fim de determinar à Municipalidade de Taubaté o fornecimento à criança do medicamento *'Respiridona 1mg por dia'*, na forma em que pleiteado (fls. 47/51).

Alega a recorrente, em apertada síntese: (a) ausência de interesse processual, uma vez que não há como justificar a exigência de medicamento sem que haja a análise preliminar a ser realizada mediante solicitação administrativa, nos termos da Resolução nº 54/2012; (b) inadequação da via eleita, uma vez que o mandado de segurança não permite a dilação probatória e, no caso, impõe-se a produção de prova técnica com o escopo de se aferir a real necessidade do medicamento pleiteado; (c) inexistência de direito líquido e certo do impetrante ao recebimento do remédio descrito na inicial; (d) a Administração Pública não pode previamente designar pessoas, quer físicas ou jurídicas, nos casos de compras de produtos, insumos ou medicamentos, favorecendo um fabricante ou laboratório ou ainda representante comercial, muito menos, fazer dotações orçamentárias e abrir créditos extraordinários para o favorecimento de uma determinada pessoa (fls. 67/84).

Bem processado e recebido o recurso no efeito devolutivo (fl. 85), foram oferecidas as contrarrazões (fls. 95/96), mantida a r. sentença por seus próprios fundamentos (fl. 98) e, nesta instância, opinou a douta Procuradoria Geral de Justiça pelo improvimento do recurso, solução extensiva ao reexame necessário

Acesso ao Sumário

(fls. 105/111).

É o relatório.

De início, refuta-se a matéria preliminar arguida.

Consigne-se, primeiramente, que para o ingresso na via judicial não se faz necessária a formulação prévia do pleito na esfera administrativa, eis que assegurado pela Carta Magna em vigor o livre acesso ao Judiciário (art. 5º, XXXV).

Seja como for, o próprio inconformismo do Município de Taubaté em cumprir medida judicial é bastante para sinalizar que o menor não teria mais sucesso em obter o medicamento através da via administrativa, sem a necessidade de bater às portas do Judiciário.

Como é sabido, o mandado de segurança é o meio constitucional para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

E resta evidenciado, *in casu*, direito líquido e certo.

E, um dos temas fundamentais do cabimento do *mandamus* está na proteção de direitos cuja certeza e liquidez sejam evidentes e resistam a uma contestação razoável.

Outrossim, não seria cabível ferir o ato de qualquer autoridade, se a ilegalidade não fosse flagrante, de prova simples, no processo sumário estabelecido para o mandado de segurança.

Dizia a Constituição de 1934 que *'dar-se-á mandado de segurança para a defesa de direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade'*.

Anota **Themístocles Brandão Cavalcanti** que *'Pedro Lessa foi quem introduziu a expressão 'certo, líquido e incontestável' nos julgados do Supremo Tribunal, e apesar das críticas feitas, exprimia, com precisão, salvo o rigor da técnica das expressões usadas, as exigências dos Juízes daquele Tribunal para que pudesse ampliar o conceito clássico do habeas corpus e outros direitos que não os concernentes à liberdade física'*.

Para o **Ministro Carlos Maximiliano**, anota **Castro Nunes**, *'é o direito translúcido, evidente, acima de toda dúvida razoável, apurável de plano, sem detido exame, nem laboriosas cogitações'*, o que levou o último a considerar que *'entendidas desse modo as palavras do texto constitucional, só as questões muito simples estariam ao alcance do Mandado de Segurança'*, concluindo que *'tais questões não são as que comumente dão entrada em juízo. Aliás, o critério seria por demais individual ou subjetivo: a questão que parecesse simples a um juiz, difícil e complicada poderia ser para outro, menos enfronhado no assunto'*.

Acesso ao Sumário

Inicialmente chegou-se a entender que direito líquido e certo fosse aquele que não demandasse maiores considerações, ou que não ensejasse dúvidas, sob o prisma jurídico.

Anota **Arnold Wald** que a partir, todavia, da Constituição de 1946, evoluiu a doutrina e a jurisprudência, fixando-se, então, critérios objetivos para a determinação do que fosse direito líquido e certo.

O artigo 141, parágrafo 24, dessa Constituição tinha a seguinte redação: *'Para proteger direito líquido e certo não amparado por habeas corpus, conceder-se-á mandado de segurança, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder'*.

Celso Agrícola Barbi lembra que a substituição da expressão direito *'certo e incontestável'* por direito *'líquido e certo'*, na citada Constituição de 1946, foi altamente benéfica, acabando com intermináveis controvérsias estabelecidas e simplificando grandemente a questão.

Acrescenta que o conceito de direito líquido e certo *'é pedra de toque, a chave de abóbada de todo edifício'*, motivo pelo qual se torna necessário caracterizá-lo com clareza.

O **Ministro Costa Manso**, em voto proferido no Mandado de Segurança nº 333, em 9 de dezembro de 1936, colocou lapidarmente o problema: *'Entendo que o artigo 113, nº 33, da Constituição, empregou o vocábulo 'direito' com sinônimo de 'poder ou faculdade', decorrente da 'lei' ou 'norma jurídica' (direito subjetivo). Não aludiu à própria 'lei ou norma' (direito objetivo). O remédio judiciário não foi criado para a defesa da lei em tese. Quem requer o mandado defende 'o seu direito', isto é, o direito subjetivo reconhecido ou protegido pela lei. O direito subjetivo, o direito da parte, é constituído por uma relação entre a lei e o fato. A lei, porém, é sempre certa e incontestável. A ninguém é lícito ignorá-la, e com o silêncio, a obscuridade, a indecisão dela não se exime o juiz de sentenciar ou despachar (Código Civil, art. 5º da Introdução). Só se exige prova do direito estrangeiro ou de outra localidade, e isso mesmo se não for notoriamente conhecido. O fato é que o peticionário deve tornar certo e incontestável, para obter Mandado de Segurança. O direito será declarado e aplicado pelo juiz, que lançará mão dos processos de interpretação estabelecidos pela ciência para esclarecer os textos obscuros ou harmonizar os contraditórios. Seria absurdo admitir se declare o juiz incapaz de resolver 'de plano' um litígio sob o pretexto de haver preceitos legais esparsos, complexos ou de inteligência difícil ou duvidosa. Desde, pois, que o fato seja certo, e incontestável, resolverá o juiz a questão de direito, por mais intrincada e difícil que se apresente, para conceder ou denegar o mandado de segurança'*.

Essa colocação conceitua o mandado de segurança sem influência dos remédios processuais que o antecederam nos tribunais, que *'nada mais é que*

Acesso ao Sumário

um processo de rito sumaríssimo, para o uso contra certos atos de autoridades, lesivos de direitos individuais, cabível sempre que não haja incerteza sobre os fatos'.

No voto proferido pelo **Ilustre Costa Manso**, afirmou-se que *'se é certo o fato, certo será o direito, porque certa é sempre a lei'*, com o que não concordou, em parte, Castro Nunes, ao dizer que mudava *'os termos da questão'*, pois lhe parecia correto que *'certo será o direito se for certo o fato e certo o fundamento legal'*, situando-se a crítica no segundo elemento, ou no fundamento legal, na apreciação do ato impugnado.

É dever legal da autoridade no prestar o fato ou dele abster-se. Esse dever há de estar na lei inequivocamente. Se a lei é obscura ou presta-se razoavelmente a mais de um entendimento, não vejo como se possa compelir a autoridade a praticar ou abster-se de praticar ato da sua função'.

Anota **Castro Nunes** que *'direito líquido e certo' ou que assim deva ser declarado situa-se, como já ficou explicado, no plano jurídico da obrigação certa quanto à sua existência, determinada quanto ao seu objeto e líquida na prestação exigida.*

Se é certa a obrigação da autoridade, se em termos suficientemente precisos na lei o dever de abster-se ou de praticar um dado ato, será esse ato ou essa abstenção devida o objeto do pedido. A obrigação será certa e determinada e por igual o direito reclamado.

Líquido está no texto como reforço de expressão, mais na acepção vulgar de escoimado de dúvidas, o que equivale a certo, do que no sentido correlato da obrigação correspondente'.

Dessa forma, direito líquido e certo é o que se apoia em fatos incontroversos, incontestáveis'.

Esclarece **Barbi** que *'o conceito de direito líquido e certo é tipicamente processual, pois atende ao modo de ser de um direito subjetivo no processo: a circunstância de um determinado direito subjetivo realmente existir não lhe dá a caracterização de liquidez e certeza; esta só lhe é atribuída se os fatos em que se fundar puderem ser provados de forma incontestável, certa, no processo. E isto normalmente só se dá quando a prova for documental, pois esta é adequada a uma demonstração imediata e segura dos fatos'.*

Acesso ao Sumário

Arnold Wald traz à colação o Mandado de Segurança nº 2.942, julgado em 20 de julho de 1953, pelo Tribunal Federal de Recursos, sendo Relator o Ministro Sampaio Costa.

'A liquidez e certeza do direito não decorrem de situações de fato ajustadas com habilidade, mas de sua apresentação, estreme de dúvidas, permitindo ao julgador não só apurá-lo, como verificar a violência praticada' (ob. cit. p. 55 a 58).

No caso em comento, ficou demonstrado que o menor G.O.M., nascido aos (...) (fl. 9), é portador de "retardo mental leve" (CID – F70) e necessita do uso contínuo do medicamento "respiridona", 1mg/dia, conforme atesta receituário médico prescrito por psiquiatra da Prefeitura Municipal de Taubaté (fls. 15/16).

Ora, a constatação da patologia da criança e a necessidade de obtenção de remédio por indicação médica expressa da rede pública são bastantes para justificar a concessão do pedido, comprovando de plano o direito líquido e certo invocado.

Ainda que se se tratasse de ação de obrigação de fazer, o juiz já teria elementos suficientes para julgar antecipadamente a lide, sem a necessidade de dilação probatória e nesse contexto também seria descabida eventual alegação de cerceamento de defesa.

Com relação ao mérito, a r. sentença mostra-se incensurável.

Com efeito, o artigo 196 da Constituição Federal é expresso ao estabelecer que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário a ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Nesse sentido, José Afonso da Silva, comentando o art. 196 da Constituição, ensina que a obrigação imposta na cláusula *"a saúde é dever do Estado"* compreende *"a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, que podem cumprir o dever diretamente ou por via de entidade da Administração indireta"* (in 'Comentário Contextual à Constituição', Malheiros Editores, São Paulo, 3ª edição, p. 768).

Portanto, em razão da responsabilidade solidária dos entes componentes da Federação, cabe tanto ao Distrito Federal, como aos Municípios, aos Estados e à União garantir a todos o direito à saúde. Destarte, pode o cidadão escolher e exigir assistência à saúde de qualquer dos entes públicos, ou de todos conjuntamente.

Anotem-se, a respeito, as Súmulas nºs 37 e 66 deste Tribunal, respectivamente: *'A ação para o fornecimento de medicamentos e afins pode ser proposta em face de qualquer pessoa jurídica de Direito Público Interno'*; *'A responsabilidade para proporcionar meios visando garantir o direito à saúde da criança ou do adolescente é solidária entre Estado e Município'*.

Considerando-se que o bem da vida tutelado é a saúde de uma criança, não deve a Municipalidade escusar-se em cumprir dever que lhe é inerente, por força do disposto no artigo citado.

Refuta-se, ademais, a alegação do caráter programático da garantia do direito à saúde, sobretudo se sopesado o postulado da dignidade da pessoa humana, sendo passível, portanto, da exigibilidade imediata junto ao Poder

Acesso ao Sumário

Público.

Aliás, à luz do artigo 11 do Estatuto da Criança e do Adolescente garante-se aos menores o direito à saúde, a ser efetivada através de políticas sociais públicas, suficientes a autorizar, dentre outros, o fornecimento gratuito de medicamento pelo Poder Público.

Nesse contexto, a omissão do Poder Público em disponibilizar medicamentos, insumos, suplementos ou tratamentos específicos, como no caso em tela, sob o argumento de falta de previsão orçamentária, não pode servir de escusa para o descumprimento de deveres a ele impostos pelo ordenamento jurídico. Na verdade, a satisfação do comando imposto pela tutela jurisdicional deve ser viabilizada com base nas receitas específicas já previstas no orçamento ou, se o caso, em créditos adicionais obtidos com a necessária autorização legislativa.

E em se tratando da concretização de direitos fundamentais, não cabe ao Administrador justificar sua omissão com a aplicação de cláusula como a da *"reserva do possível"*, pois sua conduta deve pautar-se pelo princípio da *"máxima efetividade da Constituição"* (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, REsp nº 811.608/RS, Relator Ministro LUIZ FUX. DJ 04/06/2007, p. 314, Decisão 15/05/2007).

Ressalte-se, ainda, que referida controvérsia já está pacificada nesta Corte de Justiça, consoante se infere da Súmula nº 65, que dispõe: *'Não violam os princípios constitucionais da separação e da independência dos poderes, da isonomia, da discricionariedade administrativa e da anualidade orçamentária as decisões judiciais que determinem às pessoas jurídicas da administração direta a disponibilização de vagas em unidades educacionais ou o fornecimento de medicamentos, insumos, suplementos e transporte a crianças ou adolescentes'*.

Nesse sentido já se manifestou esta Egrégia Câmara Especial:

"Direito à saúde – fornecimento de tratamento em regime de internação imposto ao Município de Sorocaba e ao Estado de São Paulo – admissibilidade – princípio da proteção integral que justifica a disponibilização gratuita do tratamento prescrito – prevalência das normas que tratam do direito à vida e à saúde – inteligência da súmula 65 deste Tribunal de Justiça – possibilidade de imposição de multa contra o Poder Público, de acordo com os artigos 461, § 5º, do Código de Processo Civil, 213, caput e § 2º, da lei nº 8.069/90 – reforma parcial da sentença que se impõe para reduzir o valor da multa diária para R$ 300,00 – apelação e reexame necessário parcialmente providos." (Apelação Cível nº 0021499-63.2012.8.26.0602, Rel. Des. Eros Piceli, Vice-Presidente do Tribunal de Justiça, j. 24.8.2015).

"Apelação e Recurso Oficial. Ação de Obrigação de Fazer. Direito à Saúde.

Determinação judicial de providências de tratamento médico-hospitalar para adolescente com deformidade facial e displasia fibrosa nos ossos da face. Procedência da ação. Garantia fundamental consagrada em norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata. Preliminar de ilegitimidade passiva. Inadmissibilidade. Responsabilidade solidária entre os entes públicos federados. Ausência de violação aos princípios da separação dos poderes e da discricionariedade administrativa. Sentença proferida em consonância com a jurisprudência já consolidada na Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo. Recurso improvido." (Apelação/Reexame Necessário nº 0015435-72.2013.8.26.0482, Rel. Des. Pinheiro Franco, Presidente da Seção de Direito Criminal, j. 1.9.2014).

"Ação Civil Pública. Saúde. Fornecimento de fraldas descartáveis pelas Administrações Públicas Estadual e Municipal. Preliminares afastadas. Direito individual indisponível que firma a legitimidade ativa do Ministério Público. Dever que abrange todas as esferas de governo e que, por isso, autoriza a propositura da ação em face de qualquer delas. Denunciação da lide requerida apenas na apelação que é indeferida de plano. Direito à saúde que é assegurado pela Constituição Federal, cujas normas são complementadas pelo ECA e pela Lei nº 8080/90. Respectivo dever que incumbe ao Estado mediante atendimento integral e fornecimento gratuito de recursos inerentes ao tratamento, habilitação e reabilitação dos necessitados. Responsabilidade que é solidária entre os entes da Administração. Correta a r. sentença de procedência. Recursos improvidos." (AC nº 990.10.015.416-8 – Rel. Des. Presidente da Seção de Direito Privado – j. 15.3.2010).

E por derradeiro, a disponibilização de medicamentos, insumos, tratamentos específicos pelo Estado em nada fere o princípio da igualdade, vez que o exercício do direito de ação estende-se a todos que se sentirem lesados pela omissão do aparelho estatal.

Isso posto, **nega-se provimento ao reexame necessário e ao recurso interposto**.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação/Reexame Necessário nº 0009285-04.2013.8.26.0053, da Comarca de Campinas, em que são apelantes FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e JUÍZO *EX OFFICIO*, é apelado B.E.S.O. (MENOR).

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São

Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento à apelação e deram parcial provimento ao reexame necessário para reduzir o valor dos honorários advocatícios para R$ 500,00 (quinhentos reais), com determinações. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.485)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), XAVIER DE AQUINO (DECANO) e LUIZ ANTONIO DE GODOY(PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO).

São Paulo, 1 de fevereiro de 2016.

EROS PICELI, Relator e Vice-Presidente

Ementa: Direito à saúde – fornecimento de insulina e insumos impostos ao Estado – admissibilidade – princípio da proteção integral que justifica a disponibilização gratuita do tratamento prescrito – prevalência das normas que tratam do direito à vida e à saúde – inteligência da súmula 65 deste Tribunal de Justiça – verba honorária que decorre da regra de sucumbência – aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade – reforma parcial da sentença que se impõe para reduzir o valor dos honorários advocatícios para R$ 500,00 – apelação não provida e reexame necessário parcialmente provido, com determinações.

VOTO

Vistos.

Trata-se de reexame necessário e apelação interposta pelo Estado de São Paulo contra a sentença proferida pelo M. Juiz Eduardo Bigolin, fls. 236/240, que, em ação civil pública, julgou procedente o pedido, tornando definitiva a tutela antecipada concedida, para compelir o ente público a fornecer ao menor B.E.S.O., portador de diabetes mellitus tipo 1, os insumos: um conjunto integrado Accu-Chek Combo composto por Smart Accu-Chek Performa Combo e sistema de infusão contínua de insulina Accu-Chek Spirit Combo, 10 sets de infusão Accu-Chek Flexlink 10 x 60 (cânula e cateter), 10 cânulas Accu-Chek Flexlink 10 mm (cânula), aplicador obrigatório para colocação do Accu-Chek Flexlink, 8 sets de cartucho plástico com 3,15 ml, um pacote de serviços (duração quatro meses), 250 tiras reagente Acchu-Chek Performa, 250 lancetas Accu-Chek Multiclix, um Accu-Chek Spirit capa de silicone (masculino), um Accu-Chek Spirit clip case, e, os medicamentos insulina ultra rápida (Glargina

Acesso ao Sumário

e Lispro) para uso com a bomba de insulina, 2 frascos de 10 ml, 1800 unidades/mês, dividida em 50% de insulina Basal e 50% de insulina Bôlus. O Estado foi condenado, ainda, ao pagamento de honorários advocatícios fixados em R$ 1.000,00 (mil reais).

Alega o apelante que o fornecimento da bomba de infusão para aplicação de insulina não pode ser exigido do poder público porque, além de ser um equipamento de alto custo e não ser indispensável ao tratamento de diabetes, não faz parte da relação oficial padronizada pelo Sistema Único de Saúde. Em continuidade, aduz que o relatório médico foi firmado por médico particular e que o direito à saúde, previsto constitucionalmente, é efetivado mediante políticas sociais e econômicas, visando garantir acesso universal e igualitário. Sustenta, ainda, que o acolhimento da pretensão coloca o direito individual acima do direito da coletividade, violando o princípio da impessoalidade. Requer, assim, o provimento do recurso, julgando-se improcedente o pedido, fls. 248/256.

Não apresentadas as contrarrazões, fls. 259, o Ministério Público ofertou parecer, fls. 261/265, e a sentença foi mantida, fls. 266.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pela manutenção da sentença, fls. 271/276.

É o relatório.

Firmou-se o entendimento no sentido de a obrigatoriedade de atendimento visar ao bem-estar presente e futuro do menor, o qual, exatamente por sua condição pessoal, dispõe de proteção integral e preferencial, artigos 1º e 11 da Lei nº 8.069/90.

A saúde é direito de todos e dever do Estado. A sua prioridade é estampada nos preceitos fundamentais da Constituição Federal, especificamente, nos seus artigos 1º, III, 3º, IV, e 5º, *caput*.

Dessa forma, comprovado que o menor é portador de diabetes mellitus tipo 1, fls. 19/20, 95 e 205/206, o ente público deve assegurar a disponibilização dos itens requeridos, proporcionando circunstâncias apropriadas de amparo à saúde.

Note-se que as insulinas e os equipamentos foram indicados por profissional habilitada, cuja idoneidade não foi questionada, justificando a necessidade do pedido, fls. 21/22 e 96/97.

Depois, o laudo técnico elaborado pelo Instituto de Medicina Social e de Criminologia de São Paulo – IMESC reforça a doença do autor, demonstrando a indispensabilidade dos materiais solicitados, fls. 197/203.

Nesse sentido, já decidiu esta Câmara Especial nos autos da Apelação nº 0041593-13.2012.8.26.0576, relator Desembargador Pinheiro Franco, Presidente da Seção de Direito Criminal, julgado em 12.5.2014:

"Apelação e Recurso Oficial. Ação de obrigação de fazer.

Acesso ao Sumário

Determinação judicial de fornecimento de insumos prescritos por médico para criança portadora de doença grave. Ação julgada procedente. Garantia fundamental consagrada em norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata. Ausência de violação aos princípios da separação dos poderes e da discricionariedade administrativa. Sentença proferida em consonância com a jurisprudência já consolidada na Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo. Multa diária fixada com a finalidade de garantir o cumprimento da decisão judicial. Recursos improvidos".

O assunto, há tempo debatido, hoje está pacificado.

Inclusive, a matéria já foi objeto da súmula 65 da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo:

"Não violam os princípios constitucionais da separação e independência dos poderes, da isonomia, da discricionariedade administrativa e da anualidade orçamentária as decisões judiciais que determinam às pessoas jurídicas da administração direta a disponibilização de vagas em unidades educacionais ou o fornecimento de medicamentos, insumos, suplementos e transporte a crianças ou adolescentes".

Inegável, portanto, a obrigação da Administração Pública de fornecer ao menor o tratamento de que necessita.

No entanto, duas determinações devem ser feitas, para impedir abusos.

Em primeiro lugar, a cada 6 (seis) meses, o beneficiário deverá exibir relatório médico atualizado, no local da retirada do remédio, provando a necessidade de continuidade do atendimento, sob pena de autorizar o ente público a interromper o fornecimento.

Em segundo, fica o Estado legitimado a ofertar medicamento genérico, desvinculado de marca específica, desde que contenha o mesmo princípio ativo e as mesmas propriedades que o apontado na inicial.

Por fim, os honorários advocatícios são devidos e decorrem da regra da sucumbência. Contudo, seu valor deve ser reduzido para R$ 500,00 (quinhentos reais), montante que remunera de maneira justa o trabalho desempenhado pela advogada, sem causar ônus severo ao ente estatal.

Do exposto, nega-se provimento à apelação e dá-se parcial provimento ao reexame necessário para reduzir o valor dos honorários advocatícios para R$ 500,00 (quinhentos reais), com determinações.

Acesso ao Sumário

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0046128-59.2015.8.26.0000, da Comarca de São José dos Campos, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 8ª VARA CÍVEL DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 4ª VARA CÍVEL DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o conflito. Competente o juízo suscitante. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.820)**

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, 23 de novembro de 2015.

JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN, Decano e Relator

Ementa: Conflito de Competência – Ação ordinária de rescisão contratual e restituição de bem imóvel – Registre-se, desde logo, que fora ajuizada anteriormente, perante o Juízo suscitante, ação de produção antecipada de provas, envolvendo as mesmas partes e contrato – Inteligência dos artigos 108 e 800, 'caput', ambos do Código de Processo Civil – Prevenção do Juízo no qual tramitara a cautelar – Conflito julgado procedente – Precedentes da Câmara Especial – Competência do Juízo da 8ª Vara Cível de São José dos Campos.

Acesso ao Sumário

VOTO

Divergem os Juízos da 8ª Vara Cível, como suscitante, e da 4ª Vara Cível, ambos da Comarca de São José dos Campos, a respeito da competência para julgar ação ordinária de rescisão contratual e restituição de bem imóvel, ajuizada por MRV Serviços de Engenharia Ltda. contra Gisele Lemes Garcia.

Alega o Juízo suscitante, em apertada síntese, não ser o caso de conexão

porque a ação de rescisão contratual não tem como fundamento o laudo produzido na prova pericial, no qual se buscava a confirmação de defeitos no imóvel em questão (fls. 2/3). O Juízo suscitado, por sua vez, entende não ser competente para a lide, vez que a medida cautelar de produção antecipada de provas envolve as mesmas partes e a mesma relação contratual (fls. 29/31).

Restou designado o MM. Juiz suscitante para conhecer e apreciar medidas urgentes (fls. 33), tendo a D. Procuradoria Geral de Justiça se manifestado pela competência deste (fls. 36/37).

É o breve relatório.

O presente conflito é procedente, visto que ambos os Magistrados declinaram da competência para o processamento do feito.

Em que pesem as razões alegadas pelo nobre Juízo suscitante, é ele o competente para conhecer e julgar a ação ordinária, vez que proposta posteriormente à cautelar mencionada.

De fato, os feitos cautelares determinam prevenção em relação às respectivas ações principais, conforme previsão legal dos artigos 108 e 800, *caput*, ambos do Código de Processo Civil: *'Art. 108. A ação acessória será proposta perante o juiz competente para a ação principal'* e, ainda *'Art. 800. As medidas cautelares serão requeridas ao juiz da causa; e, quando preparatórias, ao juiz competente para conhecer da ação principal'*.

Consoante magistério de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, *'como a ação cautelar é sempre dependente do processo principal (CPC 796), mesmo que extinta a cautelar antecedente por sentença transitada em julgado, não desaparece a prevenção do juízo que dela conheceu, para processar e julgar a ação principal (RJTJSP 109/353 e 78/283)'* ("Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante", São Paulo, ed. Revista dos Tribunais, 2007, 10ª ed., p. 1120).

Não é por outra razão que o Colendo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL definiu que *"a natureza acessória do processo cautelar justifica a regra inscrita no CPC 800, que manda submeter as medidas cautelares ao 'juiz da causa'. Existe, por isso mesmo, uma situação de conexão por acessoriedade, que decorre do vínculo existente entre a ação cautelar, de um lado, e a ação principal, de outro – CPC 108 e 800"* (RT 685/215).

A esse respeito, no mesmo norte, seguem também precedentes desta Colenda Câmara Especial:

> *"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – Medida cautelar preparatória de exibição de documentos – Competência para julgamento da principal que coincide com o processo cautelar – Prevenção do Juízo da ação cautelar que encontra fundamento no artigo 800 do CPC – Impossibilidade de deslocamento da competência – Conflito procedente*

– Competência do juízo suscitado" (Conflito de Competência nº 166.162-0/0-00, Rel. Des. Martins Pinto, j. 24/11/08).

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Ação de ressarcimento por danos c.c. indenização por danos morais – Ação proposta posteriormente à cautelar de produção antecipada de provas – Prevenção do Juízo em que tramitara a ação cautelar consoante a exegese dos arts. 108 e 800 do CPC e em conformidade com os princípios da economia processual e da instrumentalidade do processo – Precedentes do STF e desta Câmara Especial. Conflito procedente e competente o Juízo suscitante" (Conflito de Competência nº 171.471.0/2-00, Rel. Des. Eduardo Gouvêa, j. 02/03/09).

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Ação cautelar de exibição de documento, preparatória de ação de conhecimento – Posterior ajuizamento de ação declaratória com pedido de revisão parcial de contrato e antecipação de tutela – Conexão reconhecida, nos termos dos artigos 108 e 800 do Código de Processo Civil – Conflito procedente – Competência do juízo suscitado (3ª Vara Cível de Guarulhos)" (Conflito de Competência nº 0279174-94.2011.8.26.0000, Câm. Especial, rel. Des. Gonzaga Franceschini, j. 5.3.2012).

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação com escopo de cobrança de expurgos inflacionários. Anterior ajuizamento de medida cautelar para exibição de documentos envolvendo as mesmas partes, a qual motivo de sentença. Prevenção do Juízo no qual se decidira essa demanda cautelar para processo e julgamento relativos ao feito principal. Admissibilidade. Inteligência dos artigos 108 e 800, 'caput', do Código de Processo Civil. Conflito julgado procedente. Competência da MM. Juíza suscitada" (Conflito de Competência nº 0092720-06.2011.8.26.0000, Rel. Des. Encinas Manfré, j. 24/10/2011).

Outro não foi o entendimento adotado pela D. Procuradoria Geral de Justiça: *'as ações envolvem as mesmas partes e a mesma relação processual. A medida cautelar, à evidência, tem caráter acessório em relação à ação principal de onde foi tirado o presente conflito. Logo, há conexão que justifica a tramitação no mesmo Juízo.'*.

Por isso, **julga-se procedente o conflito, para declarar competente o Juízo da 8ª Vara Cível de São José dos Campos, ora suscitante.**

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº

0030025-74.2015.8.26.0000, da Comarca de Tremembé, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA JUDICIAL DE TREMEMBÉ, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA CÍVEL DE TAUBATÉ.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o conflito e declararam competente o Juízo suscitado, qual seja, a 1ª Vara Cível de Taubaté. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.165)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e DAMIÃO COGAN (Decano).

São Paulo, 7 de dezembro de 2015.

RICARDO ANAFE, Relator

Ementa: Conflito Negativo de Competência.

Ação declaratória de nulidade de ato jurídico cumulada com adjudicação de bens – Alegação de conexão com anterior demanda de reconhecimento e dissolução de união estável – Demandas e pedidos distintos – Inexistência de prevenção – Não aplicação do artigo 253, incisos I e III, do Código de Processo Civil.

Conflito procedente – Competência do Juízo Suscitado.

VOTO

1. Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo de Direito da 1ª Vara Judicial de Tremembé em face do Juízo de Direito da 1ª Vara Cível de Taubaté, nos autos da ação declaratória de nulidade de ato jurídico cumulada com adjudicação de bens ajuizada por E.C.Z.K. e outros em face de M.F.J.M., proposta no Juízo suscitado e redistribuída ao Juízo suscitante, sob o fundamento de conexão com anterior demanda de reconhecimento e dissolução de união estável movida por M.F.J.M. em face do Espólio de A.A.K.

Foi designado o Juízo Suscitado para apreciação de eventuais medidas urgentes (fl. 17).

Ministério Público (fl. 24/26).

É o relatório.

2. O conflito negativo de competência está configurado, uma vez que ambos os Magistrados se consideram incompetentes para conhecer da lide (artigo 115, inciso II, do Código de Processo Civil), sendo, pois, procedente o conflito.

Acesso ao Sumário

Assiste razão ao MM. Juiz Suscitante.

In casu, discute-se a existência de conexão entre a ação declaratória de nulidade de ato jurídico, na qual os autores pleiteiam a adjudicação de bem imóvel e automóvel que estão em nome de M.F.J.M., alegando tratar-se de bem comum ao espólio de A.A.K. (fl. 02/05), do qual são herdeiros e que foi distribuída livremente no Juízo Suscitado, e anterior ação de reconhecimento e dissolução de união estável movida por M.F.J.M. em face do Espólio de A.A.K. distribuída perante o juízo Suscitante (fl. 07).

Em que pese à identidade de partes, as causas de pedir e o pedido diferem, o que afasta a incidência das regras do artigo 253, incisos I e III do Código de Processo Civil.

Diante desse quadro, não se pode reconhecer a prevenção do artigo 253, incisos I e III, do Código de Processo Civil, prevalecendo a livre distribuição determinada pelo Juízo Suscitado.

3. Ante o exposto, julga-se procedente o conflito e declara-se competente o Juízo suscitado, qual seja, a 1ª Vara Cível de Taubaté.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0044647-61.2015.8.26.0000, da Comarca de Barueri, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA CÍVEL DE BARUERI, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA CÍVEL DO FORO REGIONAL DO JABAQUARA.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Acolheram o conflito e declararam competente o Juízo da 3ª Vara Cível de Barueri, suscitante. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.315)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE) (Presidente), JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN (DECANO) e ARTUR MARQUES (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO).

São Paulo, 14 de dezembro de 2015.

EROS PICELI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Conflito de Competência – ação de busca e apreensão – ajuizamento em juízo diverso do endereço da sede do autor ou da ré – escolha aleatória do

Juízo – afronta ao princípio do juiz natural – conflito procedente – competência do juízo suscitante.

VOTO

Vistos.

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo M. Juiz Raul de Aguiar Ribeiro Filho, da 3ª Vara Cível da comarca de Barueri, em face do M. Juiz José Wagner de Oliveira Melatto Peixoto, da 2ª Vara Cível do Foro Regional do Jabaquara, nos autos da ação de busca e apreensão proposta por Aymoré Crédito, Financiamento e Investimento S/A contra DMG Locadora de Veículos LTDA.

O Juízo suscitante afirma, em síntese, que a competência territorial, de natureza relativa, não poderia ter sido declinada de ofício.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência do conflito, declarando-se a competência do Juízo suscitado, fls. 22/24.

É o relatório.

O conflito negativo de competência está configurado, pois ambos os juízes se declararam incompetentes para processar e julgar o processo (art. 115, II, do Código de Processo Civil).

Segundo consta, Aymoré Crédito, Financiamentos e Investimentos S/A, sediada em área de competência do Foro Central da Capital, fls. 5, ajuizou ação de busca e apreensão contra DMG Locadora de Veículos LTDA., localizada no Município de Santana do Parnaíba.

A ação foi originalmente distribuída ao Juízo da 2ª Vara Cível do Foro Regional do Jabaquara, que se declarou incompetente, nos termos da Resolução 2/76 do Tribunal de Justiça de São Paulo, e determinou a remessa dos autos ao Foro do domicílio da ré, fls. 17.

Alegando que a incompetência relativa não pode ser declinada de ofício, o magistrado da 3ª Vara Cível de Barueri suscitou o presente, fls. 2/4.

Respeitado o entendimento contrário, a competência é do Juízo suscitante.

Não se ignora que, como dispõe o artigo 112 do Código de Processo Civil e as súmulas 33 do Superior Tribunal de Justiça e 77 deste Tribunal, é vedado ao magistrado, de ofício, declinar da competência fixada por critério territorial, face sua natureza relativa.

No entanto, diante da peculiaridade do presente incidente, em que houve escolha aleatória do Juízo para a propositura da ação, era realmente de rigor a recusa de competência para o julgamento da lide, independentemente da provocação da parte.

Isso porque o feito foi ajuizado no Foro Regional do Jabaquara sem

qualquer liame lógico, por ser juízo diverso do endereço da sede da autora ou da ré.

Embora a empresa autora esteja sediada na capital, pelas normas de organização judiciária, o endereço da requerente está vinculado ao Foro Central, que teria competência para processar e julgar a ação.

Sobre a divisão da competência dentro da comarca da Capital, cita-se precedente recente desta Câmara Especial:

> **"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação de execução de título extrajudicial. Natureza pessoal da demanda. Aplicação do artigo 94 do Código de Processo Civil. Demanda proposta perante Juízo estranho ao domicílio das partes e aos objetivos da demanda. Declinação de ofício pelo Magistrado. Possibilidade. Domicílio do executado abarcado pela jurisdição do MM. Juízo suscitante. Repartição de competências entre os Foros Regionais da Comarca da Capital que se define pelo critério funcional, de natureza absoluta. Conflito procedente, para declarar competente o MM. Juízo suscitante" (TJSP, CC nº 0022146-16.2015.8.26.0000, relator Juiz Carlos Dias Motta, j. 21.9.2015).**

Pode-se afirmar que a autora, deliberadamente, escolheu determinado juízo para processamento e julgamento da demanda, o que lhe é vedado.

Nesse sentido:

> **"Ainda que a competência territorial seja relativa, ela guarda aspectos de ordem pública, vedada a má-fé e a irrestrita discricionariedade, devendo ser respeitado o princípio constitucional do juiz natural (artigo 5º, incisos XXXVII e LIII, da Constituição Federal)" (TJSP, AI nº 0063553-70.2013.8.26.0000, relator Desembargador Antonio Nascimento, j. 22.5.2013).**

Esta Câmara Especial tem seguido a mesma linha de raciocínio em casos de conflito de competência, reconhecendo que a escolha de foro não pode ficar ao arbítrio da parte:

> **"Conflito Negativo de Competência – Ação ajuizada em foro diverso do domicílio das partes – Redistribuição determinada de ofício ao Foro do domicílio do Autor – Possibilidade – Circunstâncias do feito que afastam a aplicação da Súmula 33, sob pena de ofensa ao princípio do juiz natural – Impossibilidade de escolha de Juízo – Opção do Autor em demandar em seu domicílio ou do réu, não caracterizada (Súmula 77 do TJSP) – Ausência de demonstração de se tratar do local onde praticados os atos questionados (Súmula 363 do STF) – Benefício exclusivo ao causídico configurado – Conflito julgado procedente, para declarar a competência do MM. Juízo suscitante" (Conflito de Competência nº 0226422-14.2012.8.26.0000, relatora Claudia Grieco Tabosa Pessoa, julgado em 4.3.2013, v.u.).**

Acesso ao Sumário

Dessa forma, tendo ocorrido verdadeiro direcionamento da causa ou "escolha de juízo", correta a decisão que declinou de ofício da competência para o processamento do feito, determinado a redistribuição do feito para o foro do domicílio da empresa ré, fls. 5.

Do exposto, acolhe-se o conflito e declara-se competente o Juízo da 3ª Vara Cível de Barueri, suscitante.

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de "Habeas Corpus" nº 2239543-70.2015.8.26.0000, da Comarca de Limeira, em que é impetrante L.B.L. e paciente A.S.L. (MENOR).

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a ordem. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32999)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), PINHEIRO FRANCO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL) e RICARDO ANAFE (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 30 de novembro de 2015.

ARTUR MARQUES, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Acesso ao Sumário

Ementa: "HABEAS CORPUS". INFÂNCIA E JUVENTUDE. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES COM INTERNAÇÃO PROVISÓRIA. 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 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, em caráter provisório, 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 da Justiça pela conversão do julgamento em diligência e, no mérito, pela denegação da ordem.

Este é o relatório.

2. Tendo em vista que, em contato telefônico com a Comarca de origem e via Serventia, a informação é de que ainda não há sentença prolatada até esta data (25/11/2015 às 18h30min), é caso de julgamento do feito.

A internação, mesmo que provisória, 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*.

Acesso ao Sumário

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.

Desta forma, também pode estar justificada a excepcionalidade prevista em Lei.

Quanto às **circunstâncias e gravidade** do ato infracional, há que se destacar que o tráfico ilícito de substâncias entorpecentes é considerado pela Constituição Federal como inafiançável e insuscetível de graça ou anistia (artigo 5º, inciso XLIII).

Como bem comparou o Desembargador Antonio Carlos Tristão Ribeiro, *"o legislador, ao equiparar o crime de tráfico de drogas a hediondo, igualando-o ao homicídio qualificado, latrocínio, extorsão qualificada e mediante sequestro, estupro, atentado violento ao pudor etc., todos praticados com violência ou grave ameaça à pessoa, deixou claro o caráter gravíssimo da conduta, a justificar medidas extremas"* (HC n. 0007965-53.2011, Rel. Presidente da Seção de Direito Criminal, data de julgamento: 12/03/2012).

O reconhecimento da gravidade da conduta atinge esfera global. O aliciamento dos jovens para este submundo é preocupação dos organismos internacionais de proteção à infância e juventude. Tanto é assim que a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança adotada pela Resolução n. 44/25 da

Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989 e ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990, prevê a proteção contra o recrutamento para o tráfico ilícito de substâncias entorpecentes (artigo 33).

Em síntese, é legalmente possível a aplicação de medida de internação, mesmo que provisória, quando praticado tráfico ilícito de substância entorpecente, por se tratar de crime grave que poderá impor a segregação, em atenção à condição peculiar do adolescente como pessoa em desenvolvimento, observada sua capacidade em cumprir a medida.

Entretanto, a avaliação das condições pessoais do adolescente e a correspondente apreciação da adequação da medida de internação implicam em análise de provas e dados que não se coadunam com o *habeas corpus*. Este é remédio constitucional previsto para se coibir a ilegalidade ou o abuso de poder (artigo 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal).

A realidade social e as hipóteses excepcionais têm compelido à aplicação casuística do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, como se confere a partir da seguinte ementa:

"ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. APLICAÇÃO. POSSIBILIDADE. ATOS INFRACIONAIS ANÁLOGOS AOS CRIMES DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E PORTE ILEGAL DE ARMA. MENOR 'OLHEIRO' DE BOCA-DE-FUMO. HIPÓTESES TAXATIVAS DO ART. 122 DO ECA. MITIGAÇÃO. 1. Em razão do princípio da excepcionalidade, a medida de internação somente é possível nas hipóteses taxativamente previstas no art. 122 da Lei nº 8.069/90. 2. A medida socioeducativa de internação será determinada ao adolescente apenas quando não houver outra mais adequada ou na hipótese de incidência do rol elencado pelo art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente ao caso. 3. Muito embora a prática de ato infracional análogo ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes não conduza, necessariamente, à aplicação da medida mais gravosa, tendo em vista que tal conduta não pressupõe violência ou grave ameaça à pessoa, o adolescente trabalhava como 'olheiro' de boca-de-fumo e segurança, e foi apreendido na posse de arma de fogo. 4. Ordem denegada" (HC n. 173.636-PE, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 16 de setembro de 2010).

No corpo do v. acórdão se apontou que: "*É cediço que se impõe a aplicação da medida de internação nas hipóteses em que o caráter excepcional dos atos infracionais cometidos e o comportamento social do adolescente exigem a medida extrema*".

De rigor, pois, a manutenção da internação do paciente.

3. Ante o exposto, **denego a ordem**.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de "Habeas Corpus" nº 2167469-18.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e paciente G.A.G.M.

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 28.845)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), ARTUR MARQUES (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO) e PINHEIRO FRANCO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 30 de novembro de 2015.

JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN, Decano e Relator

Ementa: *Habeas Corpus* – Insurgência contra decisão do MM. Juízo do Departamento das Execuções da Infância e da Juventude que, a despeito da existência de laudo da Fundação Casa favorável à progressão da medida socioeducativa, manteve o jovem internado, vez que ainda não atingida a sua finalidade, assim como diagnosticado pelos técnicos do Juízo – Processo socioeducativo compreendido de várias etapas, razão pela qual sua progressão exige análise cuidadosa e ponderada do magistrado que, diga-se, não está adstrito aos laudos técnicos – Súmula nº 84 desta Egrégia Corte de Justiça – Precedente – Inexistência de ilegalidade ou de abuso de poder – Ordem denegada.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de *habeas corpus*, com liminar, impetrado pela Defensora Pública, Doutora Cláudia Abramo Ariano, em favor do adolescente G.A.G.M., sustentando, em suma, a ilegalidade da decisão proferida pelo MM. Juízo de Direito do Departamento de Execuções da Vara Especial da Infância e da Juventude que, ao invés de determinar a substituição da medida socioeducativa de internação para a liberdade assistida, conforme sugerido pelo relatório conclusivo da Fundação Casa, manteve o jovem internado. Aduz a douta

defesa, em suma, que a finalidade socioeducativa da medida de internação foi integralmente alcançada, ressaltando que o relatório da Fundação CASA sugere a inserção do paciente em meio aberto. Requer a concessão da liminar e, ao final, a cassação da decisão que manteve a medida de internação (fls. 1/8).

Denegado o pedido liminar (fls. 52/53), advieram as informações da autoridade apontada como coatora (fls. 60/61), manifestando-se a Douta Procuradoria Geral de Justiça pela denegação da ordem (fls. 72/73).

É o relatório.

Ab initio, de acordo com o informado pela Douta Magistrada, tem-se que, apesar de a manifestação da avaliação técnica da Fundação Casa ter sido favorável à progressão da medida socioeducativa de internação para outra em meio aberto, cabe ao juízo decidir sobre a necessidade de intensificação das intervenções técnicas até a realização pelo educando de atividades essenciais à sua ressocialização.

Segundo consta dos autos, tanto o estudo social (fls. 31/33) quando o psicológico (fls. 34/36), elaborados pelos técnicos do Juízo, apontaram categoricamente pela necessidade de o paciente ser mantido na medida de internação em face de ainda não apresentar a evolução que se esperava, não se podendo falar, portanto, em ilegalidade na manutenção da medida de internação.

A propósito, com base na doutrina da proteção integral, constata-se que o legislador do Estatuto da Criança e do Adolescente elencou diversas espécies de medidas socioeducativas, desde as mais severas até as mais brandas, todas calcadas no parágrafo 1º do artigo 112 do referido diploma legal e, para que o processo educativo não perca sua razão de existir, é indispensável que o acompanhamento, auxílio e orientação sejam realizados de forma progressiva e não aleatória, ou seja, é necessário que a progressão de uma medida para outra, ou mesmo sua extinção, passe por análise cuidadosa e ponderada do magistrado que, diga-se, não está adstrito a qualquer laudo ou parecer técnico, em conformidade com o princípio do livre convencimento motivado.

É de se ressaltar, a respeito, a Súmula nº 84 desta Egrégia Corte de Justiça: *'O juiz, ao proferir decisão na execução da medida socioeducativa, não está vinculado aos laudos da equipe técnica.'*.

Observa-se, ademais, que a decisão atacada não se mostra ilegal ou abusiva, ao contrário, revela-se bem fundamentada e em consonância com os princípios norteadores do Estatuto da Criança e do Adolescente (fls. 44/45).

Nesse sentido já se manifestou esta Egrégia Câmara Especial:

"Habeas corpus – medida socioeducativa de internação – relatório técnico favorável à progressão para liberdade assistida – indeferimento do pedido de extinção da medida – cautela que atende ao princípio da proteção integral – processo de ressocialização ainda em curso –

Acesso ao Sumário

constrangimento ilegal inocorrente – ordem denegada" (*Habeas Corpus* nº 2212153-62.2014.8.26.0000, Rel. Des. Eros Piceli, Vice-Presidente do Tribunal de Justiça, j. 9.3.2015).

Isso posto, denega-se a ordem de *habeas corpus*.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2252346-85.2015.8.26.0000, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que é impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e paciente E.O. (MENOR).

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a ordem. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34868)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), RICARDO DIP (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO) e SALLES ABREU (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 18 de janeiro de 2016.

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 PROVISÓRIA. 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 QUE EXPÕE O ADOLESCENTE À VIOLÊNCIA FÍSICA E PSICOLÓGICA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. PRECEDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – ORDEM DENEGADA.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado com fundamento em constrangimento ilegal suportado pelo adolescente diante da r. decisão que decretou sua internação, 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 da Justiça pela denegação da ordem.

Este é o relatório.

2. A internação, mesmo que provisória, 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)."*

Acesso ao Sumário

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.

Desta forma, também pode estar justificada a excepcionalidade prevista em Lei. Pondera-se, também, que a Quinta Turma do E.S.T.J., na esteira da jurisprudência da Suprema Corte, firmou o entendimento de que o Estatuto da Criança e do Adolescente não estipulou número mínimo de atos infracionais graves para justificar a internação do menor infrator com fulcro no art. 122, inciso II, do ECA (reiteração no cometimento de outras infrações graves). Consoante à nova orientação, cabe ao Magistrado analisar as peculiaridades de cada caso e as condições específicas do adolescente a fim de melhor aplicar o direito (HC nº 277.068/SP, Relator Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, DJe de 02.05.2014; HC nº 277.601/MG, Relatora Ministra LAURITA VAZ, DJe de 07.03.2014; HC nº 288.015/SP, Relatora Ministra REGINA HELENA COSTA, DJe de 08.08.2014; HC nº 282.853/PE, Relator Ministro JORGE MUSSI, DJe de 07.08.2014; HC nº 287.351/SP, Relatora Ministra LAURITA VAZ, DJe de 26.05.2014, HC nº 94.447/SP, Relator Ministro LUIZ FUX, DJe 06.05.2011; HC nº 84.218/SP, Relator Ministro JOAQUIM BARBOSA, DJe de 18.04.2008).

Quanto às **circunstâncias e gravidade** do ato infracional, há que se destacar que o tráfico ilícito de substâncias entorpecentes é considerado pela Constituição Federal como inafiançável e insuscetível de graça ou anistia (artigo 5º, inciso XLIII).

Como bem comparou o Desembargador Antonio Carlos Tristão Ribeiro, *"o legislador, ao equiparar o crime de tráfico de drogas a hediondo, igualando-o ao homicídio qualificado, latrocínio, extorsão qualificada e mediante sequestro, estupro, atentado violento ao pudor etc., todos praticados com violência ou grave ameaça à pessoa, deixou claro o caráter gravíssimo da conduta, a justificar medidas extremas"* (HC n. 0007965-53.2011, Rel. Presidente da Seção

de Direito Criminal, data de julgamento: 12/03/2012).

O reconhecimento da gravidade da conduta atinge esfera global. O aliciamento dos jovens para este submundo é preocupação dos organismos internacionais de proteção à infância e juventude. Tanto é assim que a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança adotada pela Resolução nº 44/25 da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989 e ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990, prevê a proteção contra o recrutamento para o tráfico ilícito de substâncias entorpecentes (artigo 33).

Em síntese, é legalmente possível a aplicação de medida de internação, quando praticado tráfico ilícito de substância entorpecente, por se tratar de crime grave que poderá impor a segregação, em atenção à condição peculiar do adolescente como pessoa em desenvolvimento, observada sua capacidade em cumprir a medida, anotado no caso que o menor foi apreendido na posse de grande quantidade de drogas, demonstrando as circunstâncias do caso que participava de esquema organizado de tráfico de drogas, ante a grande variedade de drogas e sua diversidade.

A realidade social e as hipóteses excepcionais têm compelido à aplicação casuística do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, como se confere a partir da seguinte ementa:

"ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. APLICAÇÃO. POSSIBILIDADE. ATOS INFRACIONAIS ANÁLOGOS AOS CRIMES DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E PORTE ILEGAL DE ARMA. MENOR 'OLHEIRO' DE BOCA-DE-FUMO. HIPÓTESES TAXATIVAS DO ART. 122 DO ECA. MITIGAÇÃO. 1. Em razão do princípio da excepcionalidade, a medida de internação somente é possível nas hipóteses taxativamente previstas no art. 122 da Lei nº 8.069/90. 2. A medida socioeducativa de internação será determinada ao adolescente apenas quando não houver outra mais adequada ou na hipótese de incidência do rol elencado pelo art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente ao caso. 3. Muito embora a prática de ato infracional análogo ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes não conduza, necessariamente, à aplicação da medida mais gravosa, tendo em vista que tal conduta não pressupõe violência ou grave ameaça à pessoa, o adolescente trabalhava como 'olheiro' de boca-de-fumo e segurança, e foi apreendido na posse de arma de fogo. 4. Ordem denegada" (HC nº 173.636-PE, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 16 de setembro de 2010).

No corpo do v. acórdão se apontou que: *"É cediço que se impõe a aplicação da medida de internação nas hipóteses em que o caráter excepcional dos atos infracionais cometidos e o comportamento social do adolescente exigem a medida extrema"*.

Acesso ao Sumário

De rigor, pois, a manutenção do r. decisum.

3. Ante o exposto, **denego a ordem**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2267641-65.2015.8.26.0000, da Comarca de Itanhaém, em que é impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e paciente J.P.S.R. (MENOR).

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a ordem. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34690)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), RICARDO DIP (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO) e SALLES ABREU (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 1 de fevereiro de 2016.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: *HABEAS CORPUS* – Infância e Juventude –Ato infracional equiparado ao tráfico ilícito de entorpecentes – Conversão da medida de internação para meio aberto – Impossibilidade – Progressão prematura que pode causar prejuízos ao processo de reeducação do adolescente – Falta de unidade de internação na comarca de residência do infrator que não importa constrangimento ilegal – Inteligência do artigo 49, II, da Lei nº 12.594/12 – Portaria normativa nº 162/09 da Fundação Casa, ademais, que minimiza a questão – Internação mantida – Ordem denegada.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de pedido de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo em favor do menor J.P.S.R., que está sofrendo constrangimento ilegal por parte da Juíza de Direito da Vara da Infância e Juventude da Comarca de Itanhaém. Sustenta a impetrante que a internação do adolescente não pode ser mantida em unidade situada em comarca diversa da

residência de seus pais. Requer, assim, a inclusão do menor em programa de meio aberto, nos termos do art. 49, II, da Lei nº 12.594/12. Observa que o ato infracional, equiparado ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes, foi cometido sem violência ou grave ameaça.

Foi indeferido o pedido de liminar concessão da ordem de *habeas corpus* e dispensadas as informações (fls. 88/89).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pela denegação da ordem (fls. 93/95).

É o relatório.

Respeitados os argumentos expostos pela impetrante, o ato infracional praticado, por si só, demonstra a absoluta necessidade de manutenção da medida de internação imposta por sentença, pois o tráfico de drogas transformou-se num dos verdadeiros cancros da atualidade, conduzindo jovens à marginalidade e desagregando famílias, de forma que deve ser combatido com rigor, especialmente nos casos de adolescentes, diante de sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento.

Demais disso, é consabido que o processo socioeducativo envolve várias etapas, de sorte que a progressão prematura é um dos grandes motivos da reincidência, por força do completo despreparo dos egressos para o convívio social honesto e saudável. Em suma, o retorno do reeducando à sociedade depende da constatação efetiva e segura de que está ele plenamente readaptado, com a demonstração de que assimilou a medida a que foi submetido, e que incorporou valores éticos e morais.

Não se duvida, assim, que a internação encontra pleno amparo no artigo 122, inciso I, do ECA, certo que a substituição em sede de execução da medida socioeducativa imposta em sentença, em face da gravidade do ato infracional e para além de qualquer ponderação razoável, coloca em risco efetivo a sociedade.

Firmada tal premissa, no tocante à apontada ausência familiar para o adolescente que cumpre internação fora da sua Comarca, estabelece o inciso II do artigo 49 da Lei nº 12.594/12: *"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, 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".*

Assim sendo, não se vislumbra constrangimento ilegal pelo simples fato de o jovem não se encontrar custodiado no Município em que residem seus familiares, mesmo porque, 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*

Acesso ao Sumário

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).

A respeito do assunto já decidiu o C. Superior Tribunal de Justiça:

"HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ORDINÁRIO. VIA INADEQUADA. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. APLICADA. ART. 122, II, DO ECA. PACIENTE INTERNADA EM COMARCA DIVERSA DAQUELA DE SUA MORADIA. POSSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. 1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de recurso ordinário, inviável o seu conhecimento. 2. É relativo o direito da adolescente de ser internada em instituição situada na mesma localidade do domicílio de seus pais ou responsável, eis que o teor do inciso VI do artigo 124 do aludido Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe sobre a possibilidade da internação ocorrer em local próximo ao referido domicílio. In casu, não há unidade apropriada para medida de internação na Comarca de moradia dos pais da paciente, sendo, portanto, possível o cumprimento da providência na localidade mais próxima. Esclareça-se que, embora o ato infracional não tenha sido cometido com violência ou grave ameaça, não se pode desmerecer o fato da medida de internação ter sido imposta em razão do art. 122, II, do aludido Estatuto. 3. Habeas corpus não conhecido" (HC nº 337.830/SP, 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, em 17/11/15, DJe 30/11/15).

Nessas circunstâncias, impõe-se a continuidade da medida de internação, de modo a propiciar efetivo acompanhamento e orientação do adolescente e de sua família, para que se alcance a desejada ressocialização com segurança.

Ante o exposto, pelo meu voto, denega-se a ordem.

Acesso ao Sumário

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000300-41.2015.8.26.0614, da Comarca de Tambaú, em que é apelante BANCO DO BRASIL S.A, é apelado OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS E ANEXOS DA COMARCA DE TAMBAÚ.

ACORDAM, em Conselho Superior de Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.055)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente), EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE), JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN (DECANO, em exercício), ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO e RICARDO ANAFE.

São Paulo, 3 de dezembro de 2015.

XAVIER DE AQUINO, Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – DÚVIDA – CÉDULA RURAL PIGNORATÍCIA – PRAZO DE GARANTIA QUE EXCEDE O PRAZO DO VENCIMENTO DA OBRIGAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença do MM. Juiz Corregedor Permanente do Oficial de Registro de Imóveis da Comarca de Tambaú, que afastou a preliminar de ilegitimidade do requerente para solicitar a suscitação da dúvida, e julgou procedente a dúvida suscitada em relação ao registro da cédula rural pignoratícia nº 40/01135-6, emitida em 15/01/2015 por Maurilio Rodrigues Pinto Neto, sob o fundamento de que há impossibilidade jurídica de a cédula ter data de vencimento posterior à data do vencimento da própria dívida, nos termos do artigo 1.439 do Código Civil e do artigo 61 do Decreto nº 167/67 que regulam a matéria.

O apelante invoca a atual redação do artigo 61 do Decreto-lei nº 167/67, alterada pela Lei nº 12.873/13. Afirma que a decisão traduz interpretação literal deste dispositivo legal, e que não há vedação expressa em relação à prorrogação

Acesso ao Sumário

pré-ajustada do penhor, de maneira que, enquanto forem observados esses limites, podem as partes convencionar aquilo que lhes aprouver. Acrescenta que um dos princípios básicos dos títulos de crédito é o da autonomia e seu consectário da abstração, o que não fulmina a obrigação original que deu causa ao título, a qual continua viva e válida e pode inclusive ser objeto de modificações. Diz que apesar de o instrumento não registrado ensejar a interpretação de existência de quatro datas de vencimento, tal situação é incorreta, quando se constata que a cédula contém vencimento final único e a cláusula "Forma de Pagamento" contempla vencimento das obrigações decorrentes do saldo devedor existente, mas, caso atendidas as condições da cláusula de "Renovação Simplificada", de acordo com a forma autorizada pelo Manual do Crédito Rural 3.1.6, esse vencimento será postergado para outro ciclo produtivo, por meio de anotação na cédula, respeitando-se o prazo de vencimento final do instrumento. Prossegue discorrendo sobre o tema e sobre as disposições do Manual de Crédito Rural, e afirma que a própria lei prevê o descasamento do prazo da operação com o prazo da garantia.

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

É o relatório.

O recurso não comporta acolhida.

A questão já foi enfrentada por esse Conselho, quando do julgamento da Apelação nº 9000002-51.2011.8.26.0252. Lá, ficou assentado:

"De início, cumpre apontar que o prazo da garantia não pode ser tratado de forma autônoma ao prazo da cédula em si. Nessa espécie de título, a garantia e a obrigação estão vinculadas de tal forma que não cabe a separação pretendida quanto aos prazos. Assim, o prazo do penhor é o da cédula.

A jurisprudência deste Colendo Conselho Superior é firme nesse sentido. Vale trazer à colação trecho de voto do Desembargador Gilberto Passos de Freitas, na apelação cível 598-6/0, da Comarca de Pacaembu:

"(...) não se diga que o prazo do penhor seja distinto do prazo da obrigação (ou de vencimento da cédula), por ser aquele legal (cinco anos) e este contratual (oito anos): a) a uma, porque o título em foco não autoriza essa leitura dicotômica de prazos, mas, ao contrário, indica a unidade do prazo de oito anos também referido no campo clausulado denominado 'obrigação especial – garantia', com subsequente previsão de prorrogação para a hipótese de 'vencimento do penhor' (fls. 69); b) a duas, porque vinculada a cédula de crédito rural à garantia pignoratícia, o prazo de referência expresso na cédula é também o do penhor".

Acesso ao Sumário

Não obstante a alteração da redação do art. 1.439 do Código Civil e do art. 61, do Decreto-Lei nº 167/67 pela Lei nº 12.873/13, com a supressão dos prazos antes previstos, o raciocínio quanto à impossibilidade da dicotomia entre

prazo de garantia e vencimento permanece.

Nenhuma das razões expostas no apelo tem o condão de alterar o que esse Conselho já decidiu. Trata-se, aqui, de um título de crédito. Uma vez expirado o prazo final para pagamento e adimplida a dívida, não pode estender-se a garantia. A chamada "renovação simplificada" nada mais representa senão uma nova contratação, o que não pode ser feito com a utilização de título de crédito cuja exigibilidade já não subsiste. Por outro lado, na hipótese de inadimplência, a renovação significaria novação, ou seja, criação de nova obrigação em substituição à primeira, não podendo, da mesma maneira, subsistir a garantia.

O art. 1.439 do Código Civil é claro ao apontar que o penhor agrícola e o penhor pecuário não podem ser convencionados por prazos superiores ao das obrigações garantidas.

O art. 61 do Decreto-Lei nº 167/67 também diz que o prazo do penhor rural, agrícola ou pecuário, não excederá o prazo da obrigação garantida. A segunda parte do artigo e seu parágrafo único não permitem a interpretação desejada pela recorrente. Lá se diz que, embora vencido o prazo, permanece a garantia, enquanto subsistirem os bens que a constituem. O parágrafo único trata da prorrogação do penhor e da garantia. Ora, parece claro que em ambos os casos se trata de hipóteses de prorrogação da mesma obrigação. Porém, o que pretende o recorrente é a renovação da obrigação, que, aliás, conforme o título, tem como pressuposto a sua quitação.

Portanto, agiu corretamente o Registrador ao negar ingresso ao título, não obstante norma administrativa, do Conselho Monetário Nacional, permitir a operação.

A atividade registral é pautada pelo princípio da legalidade, o qual se sobressai em importância no momento da qualificação do título, impondo ao Registrador o controle dos requisitos do documento que dará entrada no fólio real. Assim, cabe a ele fazer o exame da legalidade do título e não se pode na qualificação desconsiderar critério expresso em lei.

Oportuno colacionar trecho de voto do Des. Ruy Camilo, na Apelação Cível nº 1.126-6/4 do Conselho Superior da Magistratura: *"Considerando, então, que o juízo de qualificação registrária não se pode apartar da lei – o que impõe o exame da legalidade, pelo registrador, dos aspectos formais do título –, forçoso negar registro ao título cuja apresentação extrínseca esteja em desajuste com os seus requisitos legais."*

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000345-45.2015.8.26.0614, da Comarca de Tambaú, em que é apelante BANCO DO BRASIL S.A., é apelado OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS E ANEXOS DA COMARCA DE TAMBAÚ.

ACORDAM, em Conselho Superior de Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.048)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente), EROS PICELI, JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO e RICARDO ANAFE.

São Paulo, 25 de novembro de 2015.

XAVIER DE AQUINO, Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – CÉDULA RURAL PIGNORATÍCIA – PRAZO DE GARANTIA DISSOCIADO DO PRAZO DE VENCIMENTO DA OBRIGAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – PRECEDENTES DESSE CONSELHO – APELAÇÃO DESPROVIDA.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto em face de sentença que manteve a recusa do registro de cédula rural pignoratícia sob o fundamento da impossibilidade de dissociação entre o prazo da garantia e o prazo do vencimento da obrigação garantida.

O recorrente alega, em resumo, que a interpretação do Oficial deixa de levar em conta razões de ordem sistemática, o princípio da boa-fé e da função social do contrato e que o Conselho Monetário Nacional permite a renovação simplificada, prevista no título levado a registro. Para afastar o risco de extinção da relação jurídica – relacionada à lavoura de cana de açúcar –, as cédulas emitidas contém prazo de vencimento compatível com o previsto para as renovações simplificadas. Por intermédio delas, renova-se o financiamento, periodicamente, até o prazo final de vencimento do título. Em suas palavras, "a necessidade de se pactuar desde logo a renovação simplificada do crédito ocorre porque o prazo inicial é inferior ao prazo em que normalmente são ajustados os financiamentos rurais e é de interesse do tomador de recursos que o pagamento

Acesso ao Sumário

seja efetuado em novo prazo, se houver nova liberação de recursos a critério das partes."

A douta Procuradoria de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

O recurso não merece provimento.

A questão já foi enfrentada por esse Conselho, quando do julgamento da Apelação nº 9000002-51.2011.8.26.0252, de minha relatoria. Lá, ficou assentado:

"De início, cumpre apontar que o prazo da garantia não pode ser tratado de forma autônoma ao prazo da cédula em si. Nessa espécie de título, a garantia e a obrigação estão vinculadas de tal forma que não cabe a separação pretendida quanto aos prazos. Assim, o prazo do penhor é o da cédula.

A jurisprudência deste Colendo Conselho Superior é firme nesse sentido. Vale trazer à colação trecho de voto do Desembargador Gilberto Passos de Freitas, na apelação cível 598-6/0, da Comarca de Pacaembu:

'(...) não se diga que o prazo do penhor seja distinto do prazo da obrigação (ou de vencimento da cédula), por ser aquele legal (cinco anos) e este contratual (oito anos): a) a uma, porque o título em foco não autoriza essa leitura dicotômica de prazos, mas, ao contrário, indica a unidade do prazo de oito anos também referido no campo clausulado denominado 'obrigação especial – garantia', com subsequente previsão de prorrogação para a hipótese de 'vencimento do penhor' (fls. 69); b) a duas, porque vinculada a cédula de crédito rural à garantia pignoratícia, o prazo de referência expresso na cédula é também o do penhor'".

Não obstante a alteração da redação do art. 1.493 do Código Civil e do art. 61, do Decreto-Lei 167/67 pela Lei n. 12.873/13, com a supressão dos prazos antes previstos, o raciocínio quanto à impossibilidade da dicotomia entre prazo de garantia e vencimento permanece.

Nenhuma das razões expostas no apelo tem o condão de alterar o que esse Conselho já decidiu. Trata-se, aqui, de um título de crédito. Uma vez expirado o prazo final para pagamento e adimplida a dívida, não pode estender-se a garantia. A chamada "renovação simplificada" nada mais representa senão uma nova contratação, o que não pode ser feito com a utilização de título de crédito cuja exigibilidade já não subsiste. Por outro lado, na hipótese de inadimplência, a renovação significaria novação, ou seja, criação de nova obrigação em substituição à primeira, não podendo, da mesma maneira, subsistir a garantia.

O art. 1439 do Código Civil é claro ao apontar que o penhor agrícola e o penhor pecuário não podem ser convencionados por prazos superiores ao das obrigações garantidas.

Acesso ao Sumário

O art. 61 do Decreto-Lei 167/67 também diz que o prazo do penhor rural, agrícola ou pecuário, não excederá o prazo da obrigação garantida. A segunda parte do artigo e seu parágrafo único não permitem a interpretação desejada pela recorrente. Lá se diz que, embora vencido o prazo, permanece a garantia, enquanto subsistirem os bens que a constituem. O paragrafo único trata da prorrogação do penhor e da garantia. Ora, parece claro que em ambos os casos se trata de hipóteses de prorrogação da mesma obrigação. Porém, o que pretende a recorrente é a renovação da obrigação, que, aliás, conforme o título, tem como pressuposto a sua quitação.

Portanto, agiu corretamente o Registrador ao negar ingresso ao título, não obstante norma administrativa, do Conselho Monetário Nacional, permita a operação.

A atividade registral é pautada pelo princípio da legalidade, o qual se sobressai em importância no momento da qualificação do título, impondo ao Registrador o controle dos requisitos do documento que dará entrada no fólio real. Assim, cabe a ele fazer o exame da legalidade do título e não se pode na qualificação desconsiderar critério expresso em lei.

Oportuno colacionar trecho de voto do Des. Ruy Camilo, na Apelação Cível n° 1.126-6/4 do Conselho Superior da Magistratura: *"Considerando, então, que o juízo de qualificação registraria não se pode apartar da lei – o que impõe o exame da legalidade, pelo registrador, dos aspectos formais do título –, forçoso negar registro ao título cuja apresentação extrínseca esteja em desajuste com os seus requisitos legais."*

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002444-63.2014.8.26.0083, da Comarca de Aguaí, em que é apelante BANCO DO BRASIL S.A., é apelado OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS E ANEXOS DA COMARCA DE AGUAÍ.

ACORDAM, em Conselho Superior de Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PROVIMENTO AO RECURSO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.012)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (PRESIDENTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA), EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE), JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN

(DECANO, EM EXERCÍCIO), ARTUR MARQUES (PRES. DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO), PINHEIRO FRANCO (PRES. SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL) e RICARDO ANAFE (PRES. DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 15 de dezembro de 2015.

XAVIER DE AQUINO, Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – DÚVIDA – INSTRUMENTO PARTICULAR COM EFEITO DE ESCRITURA PÚBLICA, DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL URBANO E DE PRODUÇÃO DE EMPREENDIMENTO HABITACIONAL, COM RECURSO DO FUNDO DE ARRENDAMENTO RESIDENCIAL – FAR E OUTRAS AVENÇAS – PERSONALIDADE JURÍDICA DO FAR – INTELIGÊNCIA DA LEI Nº 10.188/01 – INEXISTÊNCIA DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA CONTINUIDADE E DISPONIBILIDADE – RECURSO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença de procedência de dúvida, suscitada pelo Oficial do Registro de Imóveis de Aguaí, que se negou a registrar "Instrumento particular com efeito de escritura pública, de compra e venda de imóvel urbano e de produção de empreendimento habitacional, com recurso do Fundo de Arrendamento Residencial – FAR e outras avenças", em que figura como comprador o FAR. A recusa deveu-se ao fato de que tal ente não possui personalidade jurídica, e de que o Decreto nº 7.499/2011, que regulamentou a Lei nº 11.977/2009, em seu artigo 9º, parágrafo único, estabelece que compete às instituições financeiras oficiais federais a alienação dos imóveis "produzidos" no âmbito do Programa Minha Casa Minha Vida, e que para que sejam respeitados os princípios da continuidade e da disponibilidade somente o proprietário poderá alienar seus bens, de maneira que se a alienação será feita pelo Banco do Brasil, este deverá figurar previamente como proprietário do imóvel.

O recorrente alega, resumidamente, que: há diversos precedentes registrais favoráveis; se trata de programa habitacional, com forte cunho social, devendo o formalismo registral ceder passo aos fins sociais da lei; o FAR pode ser sujeito de direitos e obrigações; há outros fundos similares aos quais se reconhece personalidade jurídica.

Acesso ao Sumário

A Procuradoria de Justiça disse que é inexigível a intervenção ministerial e não se manifestou.

É o relatório.

O recurso comporta provimento.

A Lei nº 10.188/01 criou o programa de arrendamento residencial e instituiu o arrendamento residencial com opção de compra. Por seu intermédio, criou-se o PAR – Programa de Arrendamento Residencial, cuja gestão cabe ao Ministério das Cidades, e a operacionalização, à Caixa Econômica Federal. Já para a operacionalização do Programa, a CEF foi autorizada a criar um fundo, que se denomina FAR – Fundo de Arrendamento Residencial.

Tal Fundo, a teor do art. 2º, § 3º, é constituído de bens e direitos, que não se comunicam com o patrimônio da CEF; não integram seu ativo; não respondem direta ou indiretamente por qualquer obrigação da CEF; não compõem a lista de bens e direitos da CEF para efeitos de liquidação judicial ou extrajudicial; não podem ser dados em garantia de débito de operação da CEF; não são passíveis de execução por credores da CEF; quantos aos imóveis, não são passíveis de constituição de ônus reais (incisos I a VI).

Vale dizer, trata-se de um Fundo exterior à CEF, passível, conforme o art. 2º-A, § 2º, de direitos e obrigações próprias, pelas quais responde com seu patrimônio.

É esse Fundo, o FAR, que figura, no instrumento levado a registro, como comprador (fls. 03/17). Porém, o Oficial do Registro de Imóveis de Aguaí entendeu que o título não poderia ser registrado, em face da ausência de personalidade jurídica do Fundo, e pela ofensa ao princípio da continuidade e disponibilidade registraria.

O raciocínio peca por algumas razões. Vamos a elas.

De início, o Oficial deixou de se atentar para a função social do programa de arrendamento residencial e para a regra de que o apego ao rigorismo do direito registral não deve ser um fim em si mesmo.

Acesso ao Sumário

Em seguida, utilizou um argumento que, do ponto de vista técnico, está equivocado. O FAR, tal como diversos outros entes previstos no nosso ordenamento, possui, sim, personalidade jurídica e, embora não tenha capacidade plena, tem-na limitada aos propósitos a que se destina. Também o Espólio, o Condomínio, a Massa Falida, conquanto não possuam capacidade jurídica plena, possuem personalidade jurídica, ou seja, podem ser sujeitos de direitos e obrigações.

A Lei nº 10.188/01 atribui ao FAR, expressamente, a capacidade de ser titular de direitos e sujeito passivo de obrigações, deixando bastante clara sua distinção em relação à CEF e ao seu patrimônio. Aliás, o art. 4º, inciso VII, reza que compete à CEF "promover, em nome do arrendador, o registro dos

imóveis adquiridos". Logo, arrendador (FAR) e CEF não se confundem. E é o arrendador que figura, no contrato, como comprador, dado que o patrimônio imóvel será por ele integralizado.

Assim sendo, e ainda que o parágrafo único do artigo 9º do Decreto nº 7.499/2011, que regulamentou a Lei nº 11.977/2009, estabeleça que compete às instituições financeiras federais a alienação dos imóveis produzidos no âmbito do Programa Minha Casa Minha Vida, é preciso considerar que a própria Lei, no § 9º do artigo 6º-A, incluído por força da Lei nº 13.043/2014, dispõe que "*Uma vez consolidada a propriedade em seu nome, em virtude do não pagamento da dívida pelo beneficiário, o FAR e o FDS, na qualidade de credores fiduciários, deverão promover sua reinclusão no respectivo programa habitacional, destinando-o à aquisição por beneficiário a ser indicado conforme políticas habitacionais e regras que estiverem vigentes*", o que indubitavelmente atribui ao FAR a condição de comprador e afasta a alegada inobservância ao princípio da continuidade e disponibilidade registrarias.

Cuida-se, dessa forma, de um arcabouço legislativo próprio que regulamenta a criação, gestão e operacionalização do FAR. Daí porque, como corretamente consta do instrumento levado a registro, o comprador é o FAR, representado pelo Banco do Brasil.

Portanto, por todos os ângulos que se analise a questão, a hipótese era de registro do título, valendo ressaltar, por fim, que neste sentido foi decidido pelo Conselho Superior da Magistratura, em caso análogo, no julgamento da Apelação Cível nº 0026929-03.2014.8.26.0577, de relatoria do então Corregedor Geral da Justiça, Desembargador Hamilton Elliot Akel, por votação unânime, na qual o mesmo recorrente comprovou que 22 empreendimentos ligados ao Programa Minha Casa, Minha Vida já tiveram seus instrumentos – iguais ao presente – registrados sem qualquer óbice, em São Paulo e em outros Estados da Federação.

Nesses termos, pelo meu voto, dou provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1002630-12.2014.8.26.0587, da Comarca de São Sebastião, em que é apelante PAÚBA IMÓVEIS DE LAZER LTDA., é apelado OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS E ANEXOS DA COMARCA DE SÃO SEBASTIÃO.

ACORDAM, em Conselho Superior de Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, PARA JULGAR IMPROCEDENTE A DÚVIDA E DETERMINAR

O REGISTRO DO TÍTULO, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.083)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (PRESIDENTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA), EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE), JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN (DECANO, EM EXERCÍCIO), ARTUR MARQUES (PRES. DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO), PINHEIRO FRANCO (PRES. SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL) e RICARDO ANAFE (PRES. DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 15 de dezembro de 2015.

XAVIER DE AQUINO, Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – CESSÃO DE DIREITOS DE AQUISIÇÃO DE BEM IMÓVEL - RECUSA FUNDADA NA FALTA DE RECOLHIMENTO DE ITBI - JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA NO STF E NO STJ NO SENTIDO DE QUE NÃO INCIDE ITBI SOBRE O COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA, PORQUE NÃO TRANSFERE O DOMÍNIO DO IMÓVEL - RACIOCÍNIO QUE TAMBÉM SE APLICA À CESSÃO DOS DIREITOS DO PROMITENTE COMPRADOR - RECURSO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de apelação interposta por Paúba Imóveis de Lazer Ltda. contra a r. decisão de fls. 59/59v, que manteve a recusa do Registro de Imóveis e Anexos da Comarca de São Sebastião relativa ao instrumento particular de cessão de direitos de aquisição de bem imóvel porque não recolhido o ITBI.

Aduz, em síntese, que os Tribunais Superiores são unânimes no sentido de que o ITBI não incide sobre o compromisso de compra e venda, de modo que ele também não deve incidir sobre a cessão de direitos deste contrato.

É o relatório.

Por meio do instrumento particular de fls. 24/27, a recorrente adquire de Luiz Alberto Chemin, casado com Brigite Caradec Chemin, os direitos de compromissário comprador dos apartamentos descritos nas matrículas nºs 28.165, 28.166, 28.171, 28.172, 28.177, 28.183, 28.186, 28.189, 28.195, 28.196, 28.201, 28.202, 28.208, 28.209, 28.214, 28.217, todas do Oficial de Registro de

Acesso ao Sumário

Imóveis e Anexos da Comarca de São Sebastião.

Embora o título se refira a diversos imóveis, nestes autos discute-se apenas o seu registro na matrícula nº 28.165.

O registro foi recusado porque não apresentada a guia comprobatória do recolhimento ITBI que, nos termos da legislação local, incide sobre a cessão de direitos do compromisso de compra e venda mencionado na Av. 01, da matrícula.

O recurso, respeitados os entendimentos do MM. Juízo Corregedor Permanente e da D. Procuradoria Geral de Justiça, comporta provimento.

A premissa do recorrente é a seguinte: se os Tribunais Superiores reputam inconstitucional a incidência de ITBI quando do registro do compromisso de compra e venda, porque ausente, neste estágio, a transferência da propriedade - que é o fato gerador do imposto -, com a mesma razão deve-se entender indevida a exigência do registrador de comprovação do recolhimento do tributo para o registro do contrato de cessão de direitos desse compromisso de compra e venda.

Segundo o recorrente, se não incide o imposto para o mais (compromisso de compra e venda), também não pode recair sobre o menos (cessão dos direitos desse compromisso).

O entendimento reiterado do Colendo Conselho Superior da Magistratura e desta Corregedoria Geral da Justiça é no sentido da impossibilidade de recusar vigência a norma legal no âmbito administrativo, por suposta inconstitucionalidade, salvo quando esta for absolutamente manifesta, sendo o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, em princípio, atribuição afeta com exclusividade ao Poder Judiciário, no exercício da jurisdição (CSM: Apelações Cíveis nºs 3.346-0, 4.936-0, 20.932-0/00; CGJ: Processos nºs 274/93; 2.038/94; 1.522/99).

No caso em exame, contudo, a hipótese autorizadora do afastamento da vigência da norma legal encontra-se presente porque a inconstitucionalidade é manifesta, conforme se passa a demonstrar.

Em recente julgado em que se examinou a incidência de ITBI sobre a promessa de compra e venda, o C. Supremo Tribunal Federal reafirmou seu entendimento **sedimentado** no sentido de que a transmissão do imóvel, para fins de caracterização do fato gerador do imposto, somente se realiza com a transferência da propriedade no cartório de registro de imóveis que:

"*2. Tal como constatou a decisão agravada, é firme o entendimento desta Corte no sentido de que a transmissão do imóvel, para fins de caracterização do fato gerador do Imposto sobre a Transmissão de Bens Móveis, somente se realiza com a transferência da propriedade no cartório de registro de imóveis. 3. De início, cumpre registrar que fato gerador é a situação definida em lei como necessária e suficiente à ocorrência da obrigação tributária. Assim, no que tange ao ITBI, tem-se como fato gerador a transferência, inter vivos, a*

qualquer título, por ato oneroso, da titularidade de bens imóveis, nos termos do art. 156, II, da Constituição:

(...)

5. Desse modo, pode-se concluir que a obrigação tributária surge a partir da ocorrência da situação fática prevista na legislação tributária, a qual, no caso dos autos, deriva da transmissão da propriedade imóvel. Ocorre que, nos termos da legislação civil, apenas a partir do registro em cartório pode tornar-se eficaz a transferência do domínio real do bem. Assim dispõe o Código Civil acerca da matéria:

(...)

6. Considerando que a norma tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, não se faz possível que a lei municipal estabeleça momento diverso para que reste configurada a hipótese fática capaz de atrair a incidência da exação. 7. Conclui-se, portanto, que pretender a cobrança do ITBI sobre a mera celebração de contrato de promessa de compra e venda desvirtua completamente o momento a partir do qual deveria ser vislumbrada a ocorrência do fato gerador do tributo. 8. De fato, a existência de contrato preliminar à transferência definitiva do domínio real não pode ensejar a cobrança do imposto. Isso porque o compromisso de compra e venda implica deveres de ordem unicamente obrigacional, sem, no entanto, adentrar na esfera de direitos reais. 9. No caso dos autos, verifica-se a tentativa municipal de estabelecer como fato gerador do tributo a quitação do valor estabelecido em promessa compra e venda, independentemente de posterior registro em cartório do negócio jurídico. Trata-se, no entanto, de hipótese que não se enquadra naquela originalmente prevista para a incidência do ITBI, a qual depende, na realidade, da transmissão do domínio real da propriedade imóvel e, portanto, do registro do título translativo no Registro de Imóveis."[1]

No mesmo sentido:

"TRIBUTÁRIO. ITBI. CONTRATOS DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA. COBRANÇA INDEVIDA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO" (STF, ARE 798004 AgR/RJ RIO DE JANEIRO)[2] .

Este entendimento é compartilhado, também, de forma pacificada, pelo STJ:

A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que o fato gerador do

Acesso ao Sumário

1 ARE 805859 AgR/RJ - RIO DE JANEIRO - AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO - Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO - Julgamento: 10/02/2015 - Órgão Julgador: Primeira Turma.

2 Ainda: RE 666096 AgR/DF - DISTRITO FEDERAL, AI 646.443-AgR, e AI 603.309-AgR.

Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis - ITBI é a transmissão do domínio do bem imóvel, nos termos do art. 35, II, do CTN. Dessa forma, não incide o ITBI em promessa de compra e venda, na medida que trata-se de contrato preliminar que poderá ou não se concretizar em contrato definitivo, este sim ensejador da cobrança do aludido tributo. Precedentes. Incidência do óbice da Súmula 83/STJ.[3]

Há precedente também deste Conselho Superior da Magistratura:

REGISTRO DE IMÓVEIS - Instrumento particular de contrato de promessa de venda e compra de unidade condominial a ser construída e outras avenças - Reconhecimento de firmas e informação sobre o estado civil do promitente comprador - Exigências pertinentes não questionadas nem cumpridas - Irresignação parcial - Dúvida prejudicada - Comprovação do recolhimento do ITBI e anuência da credora hipotecária - Exigências descabidas - Tributo não incidente - Precedentes do STF e do STJ - Inaplicabilidade do parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 8.004/1990 ao caso dos autos - Súmula n° 308 do STJ - Recurso não conhecido. (Apelação Cível nº 9000007-68.2011.8.26.0577, Rel. José Renato Nalini)

Ora, *ubi eadem legis ratio ibi eadem*. Se não incide ITBI na promessa de compra e venda, porque, segundo os Tribunais Superiores, a mera promessa não transfere o domínio do imóvel, não há como exigi-lo na cessão dos direitos dessa promessa, pois, da mesma forma, não há transferência do domínio do imóvel, mas apenas dos direitos à aquisição. Há, em verdade, mera alteração de um dos sujeitos do contrato e não de seu objeto.

Aplicando-se este raciocínio aos registros públicos, se a comprovação do recolhimento do ITBI não é necessária para o registro da promessa de compra e venda, também não será para o da cessão dos direitos desta promessa porque, da mesma forma, inexiste transferência de domínio do imóvel.

O cessionário dos direitos, da mesma forma que o cedente (promitente comprador), caso não os tivesse alienado, precisará, uma vez pago o preço integral da aquisição, de escritura pública definitiva que lhe transfira o domínio do imóvel. E, somente nesta etapa é que se poderá falar em recolhimento de ITBI.

Em última análise, é como se um novo compromisso de compra venda estivesse sendo apresentado a registro, de modo que idêntica deve ser a solução.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para julgar improcedente a dúvida e determinar o registro do título.

3 No mesmo sentido: AgRg no REsp 982.625⁄RJ, AgRg no AgRg no REsp 764.808⁄MG, REsp 264.064⁄DF, REsp 57.641⁄PE, REsp 1.066⁄RJ.

Acesso ao Sumário

NOTICIÁRIO

JOSÉ RENATO NALINI (Desembargador)

Carta de despedida, por ocasião de sua aposentadoria, entregue ao Presidente do Tribunal de Justiça, Desembargador Paulo Dimas de Bellis Mascaretti. (Publicação da aposentadoria em 26.01.2016).

São Paulo, 26 de janeiro de 2016.

Excelentíssimo Senhor Desembargador Presidente:

No momento em que me despeço do Egrégio TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, permito-me externar a Vossa Excelência o sentimento ambíguo de nostalgia e de indeclinável aceitação de nova missão.

Neste ano de 2016 completaria exatamente 40 anos de Magistratura, pois ingressei em 19.8.1976. Fui muito feliz no Poder Judiciário de meu Estado, ao qual tudo devo. Procurei exercer a jurisdição com zelo e profundo amor. Nunca deixei de me interessar pelo contínuo aprimoramento do sistema Justiça.

Por mercê da Providência e generosidade de meus pares, percorri todos os passos na carreira, sempre tentando me relacionar com os jurisdicionados, morando nas comarcas onde isso foi possível. Na verdade, apenas em Itu não consegui encontrar residência para alugar e logo fui promovido a Jundiaí, onde já residira e onde voltei a morar com minha família.

Estive à disposição do Tribunal para todos os encargos adicionais ao exato cumprimento do dever de julgar. Assessorei Comissão de Concurso de outorga de delegações, auxiliei a criação da Escola Paulista da Magistratura, assessorei o Corregedor Geral Desembargador Sylvio do Amaral e dois Presidentes da Corte: Desembargadores Nereu César de Moraes e Aniceto Lopes Aliende. Sou devedor insolvente desses magistrados e de tantos outros, dentre os quais, por dever moral, me permito citar os Desembargadores Young da Costa Manso, Marcos Nogueira Garcez e Antonio Carlos Alves Braga.

Meus queridos colegas e amigos me honraram elegendo-me Vice-Presidente e depois Presidente do saudoso extinto Tribunal de Alçada Criminal. Já nesta Corte, presidi o 6° Concurso de Outorga de Delegações extrajudiciais, integrei a Banca do 180º Concurso para Ingresso à Magistratura, fui eleito Presidente do 183º Concurso de Ingresso à Magistratura e, em seguida, Corregedor Geral da Justiça e Presidente do TRIBUNAL DE JUSTIÇA no biênio 2014/ 2015.

Estava animado para continuar a fruir deste maravilhoso ambiente, no

Acesso ao Sumário

qual fui muito feliz e me realizei como pessoa, mas tive de ceder aos argumentos do Governador GERALDO ALCKMIN, que me convenceu a aceitar o árduo desafio de assumir a Secretaria de Estado da Educação de São Paulo.

O apelo atingiu a vulnerabilidade de quem sempre exerceu o Magistério, mesmo antes de ingressar no Ministério Público. Desde 1969 leciono, sem interrupção. Na Magistratura, repeti e reiterei muitas vezes que a educação é a chave para a resolução de todos os problemas brasileiros. Nunca deixei também de acreditar que todo juiz exerce uma função docente, lecione ou não. É que as decisões, os despachos e a própria conduta do magistrado sinalizam à comunidade o que é certo, o que é correto, qual o melhor sentido do direito ao qual todos devemos observância num Estado sob a Constituição e de índole democrática.

Foi dolorida a opção, como está sendo dolorosa a despedida. Mas não me afeiçoei a cargos e funções. Sempre as recebi como verdadeira missão. A Providência me cumulou de benefícios. Sinto-me obrigado, até com prejuízo de ordem material, a devolver um pouco à comunidade.

Partilho com Vossa Excelência esta sensação que me emociona, entregando à discricionariedade da Egrégia Presidência transmiti-la aos meus amigos, que estão em sua imensa maioria no âmbito do glorioso, inigualável e respeitabilíssimo Poder Judiciário do Estado de São Paulo. Deixo aqui as quatro décadas mais felizes de minha existência e a minha gratidão imorredoura, a quantos contribuíram para isso. Escuso-me se não correspondi às expectativas ou se feri a suscetibilidade de alguém. Trago na consciência a convicção de que nunca, premeditada ou voluntariamente, quis prejudicar qualquer semelhante.

Auguro a Vossa Excelência o êxito que todos temos a certeza alcançará, nessa gestão que ora se inicia cumulada de esperanças as mais legítimas, diante do passado de Vossa Excelência e de todos os demais responsáveis pela condução do Tribunal.

Rogo, àqueles que confessam alguma crença, acompanhemme com suas preces para a jornada que ora se inicia e para a qual me entrego com idêntica vontade de bem servir.

Renovo a Vossa Excelência as minhas expressões pessoais da mais perfeita estima e elevada consideração.

Atenciosamente,

Renato Nalini

Acesso ao Sumário

RICARDO LEWANDOWSKI (Presidente do Supremo Tribunal Federal)

(Discurso proferido por ocasião da Abertura do Ano Judiciário do Supremo Tribunal Federal – Cerimônia ocorrida em 01.02.2016).

ABERTURA DO ANO JUDICIÁRIO DE 2016

Senhoras e Senhores,

INTRODUÇÃO

Esta singela cerimônia marca, do ponto de vista protocolar, o início dos trabalhos do Supremo Tribunal Federal em 2016 e, simbolicamente, formaliza a abertura do Ano Judiciário em todo o País.

Digo simbolicamente porque, em verdade, o Poder Judiciário jamais suspende as suas atividades: ele se encontra permanentemente alerta, ativo e acessível aos jurisdicionados, dia após dia, mesmo nos finais de semana, sempre pronto para assegurar aos que batem às suas portas a plena fruição dos direitos e das garantias fundamentais abrigados na Constituição e nas leis em vigor.

Ao longo de 2015, essa permanente prontidão revelou toda a sua essencialidade. Em meio a uma severa crise política e econômica, que atingiu não apenas o Brasil como outras nações do mundo, os juízes brasileiros, de todos os ramos da judicatura, espalhados pelos mais diversos rincões deste País continental, foram em grande parte responsáveis pela manutenção da paz social ainda desfrutada por todos nós.

Esta Suprema Corte, por seu turno, acionada em diversas oportunidades para dirimir questões das mais destacadas relevâncias, sempre atuou de modo tempestivo, firme, sereno e responsável, no sentido de garantir a estabilidade das instituições republicanas.

Ao Supremo Tribunal Federal, ademais, na condição de mais alta Corte do País, coube – como ainda cabe – desincumbir-se da delicada e sublime missão de liderar o Poder Judiciário, ao fixar diretrizes para a correta interpretação de nossa Lei Maior.

Acesso ao Sumário

Essa liderança é exercida não apenas por meio da uniformização da jurisprudência em matéria constitucional, mas também mediante a fixação de paradigmas de gestão processual.

BALANÇO DOS PROCESSOS NO STF EM 2015

De fato, administrar de modo eficiente e célere a colossal quantidade de processos que ingressa no STF a cada ano configura tarefa hercúlea, que exige a utilização de técnicas avançadas de administração.

Como já mencionamos em outras oportunidades, atualmente prevalece em nossa sociedade uma cultura de extremada litigiosidade, que se revela pelo aumento exponencial do número de processos trazidos à apreciação do Poder Judiciário ano após ano.

Em 2015, esse fenômeno relevou-se com toda intensidade: apenas nesta Suprema Corte ingressaram mais de 90.000 novos casos, incluindo processos originários e recursos diversos, o que representou um incremento de mais de 10% em relação ao ano anterior.

Nas demais instâncias, foram ajuizados cerca de 30 milhões de novos feitos, totalizando aproximadamente 100 milhões de processos em tramitação sob a responsabilidade de mais ou menos 16.000 juízes federais, estaduais, trabalhistas, militares e eleitorais.

No ano passado, para fazer frente a essa crescente massa de feitos, demos ênfase, no STF, ao julgamento de temas com repercussão geral reconhecida, sem, contudo, descuidarmos dos denominados "hard cases", cuja solução reverberou intensamente na sociedade brasileira.

ATUAÇÃO DO PLENÁRIO DO STF

Nessa linha, relembramos que, em 2015, foram realizadas 81 sessões plenárias, sendo 38 ordinárias e 43 extraordinárias. Esse esforço por parte da Corte permitiu o julgamento de 2.724 processos pelo Colegiado Maior. Não obstante essa intensa mobilização, o Plenário ainda conta com 649 processos pendentes de julgamento, isso sem considerarmos as inúmeras "listas" liberadas semanalmente por cada Ministro.

Com o objetivo de diminuir esse acervo, estamos cogitando – com a ativa colaboração de alguns de nossos pares – colocar em prática algumas saídas alternativas, como a representada pelo julgamento de novas categorias de processos pelo Plenário Virtual.

Iniciaríamos com feitos que usualmente são julgados em listas, tais como embargos de declaração e agravos regimentais, e ainda outros que, como regra, não comportam sustentação oral, ressalvados os pedidos de destaque formulados pelas partes. Pretendemos submeter à análise dos colegas, dentro em breve, uma proposta nesse sentido.

VISTAS DEVOLVIDAS JULGADAS NO PLENÁRIO

Outra ação que reputamos de enorme valia – e que pretendemos retomar neste ano – foi a de priorizar a devolução e o julgamento de processos com pedidos de vista. De fevereiro a julho de 2015, 77 deles foram decididos. E, de agosto a dezembro do mesmo ano, 24 foram julgados, totalizando 101 processos do gênero, colocando, dessa maneira, um fim a questões que, de longa data, aguardavam uma solução definitiva.

Acesso ao Sumário

Tratou-se de um aumento expressivo com relação ao número de vistas julgadas no ano de 2014, quando apenas 63 processos, com essa característica, foram decididos em Plenário.

Hoje, já contamos com mais 45 vistas devolvidas, prontas para julgamento. O atingimento desses números só foi possível – não é demais ressaltar – porque pudemos contar com a compreensão e o apoio dos Ministros desta Corte, a quem dirijo, nesta oportunidade, os meus agradecimentos.

Pretendemos persistir nessa senda, que se revelou assaz profícua, mas, para tanto, é preciso que contemos com o apoio e a cooperação dos membros da Casa para que liberem os processos com vista, sob sua responsabilidade, desde que – por óbvio – entendam que estejam eles maduros para apreciação do Plenário.

SÚMULAS VINCULANTES E REPERCUSSÃO GERAL

No campo da uniformização da jurisprudência, gostaríamos de destacar que logramos aprovar 16 novas Súmulas Vinculantes no ano passado, número que representou mais do que o triplo de verbetes dessa natureza aprovados em 2014, os quais se resumiram a apenas 5.

O benefício trazido pelas Súmulas Vinculantes, a toda evidência, afigura-se inestimável, pois permite que os magistrados brasileiros, de todos os ramos e graus de jurisdição, enfrentem com mais eficiência e racionalidade o enorme acervo processual sob sua apreciação.

Merecem igual destaque os julgamentos de processos com Repercussão Geral, instrumento da mais alta eficácia e utilidade para a pacificação do entendimento jurisprudencial concernente a temas repetitivos, os quais, não por acaso, são os de maior abrangência em termos quantitativos.

No ano de 2015, o Plenário Virtual do STF analisou um total de 82 casos novos. Em 40 deles foi reconhecida a Repercussão Geral para posterior julgamento de mérito. Desses, 32 foram objeto de julgamento de mérito pelo Plenário Físico. Como resultado das decisões, um total de 28.411 processos, que estavam sobrestados nas instâncias inferiores aguardando o julgamento do STF, foram liberados.

Acesso ao Sumário

O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Quanto ao tão aguardado novo Código de Processo Civil, que entrará em vigor em março vindouro, esta Presidência pretende apresentar à Comissão de Regimento da Casa, dentro em breve, algumas propostas para adequação de nosso centenário Regimento Interno ao texto do novo diploma instrumental. Ao mesmo tempo, buscaremos atualizar os demais atos normativos domésticos que tenham eventualmente sido afetados pela nova disciplina processual.

ESTATUTO DA MAGISTRATURA

De outra parte, mas não menos importante, daremos prosseguimento aos esforços de aprovação do Estatuto da Magistratura, previsto no art. 93, caput, da Constituição, os quais se encontram bastante adiantados, retomando as sessões administrativas, às quartas-feiras, para sua discussão, como vínhamos fazendo rotineiramente. Estimamos que, mantido o ritmo dos trabalhos, no final de março, teremos uma minuta pronta para revisão final.

AÇÕES NO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Esta é também, segundo pensamos, a ocasião de destacarmos a atuação do Conselho Nacional de Justiça em 2015. Ao completar 10 anos de funcionamento, o CNJ pôde avançar e amadurecer enquanto instituição, sobretudo ao investir, com o necessário vigor, no planejamento estratégico e no aperfeiçoamento da gestão do Poder Judiciário, sem prejuízo de sua já consolidada atuação no campo correcional.

PLENÁRIO VIRTUAL

Entre os avanços alcançados pelo Conselho, ressaltamos o lançamento, em meados de novembro último, do Plenário Virtual, instrumento que potencializou sobremaneira a capacidade decisória do seu órgão colegiado. A realização de sessões plenárias virtuais, todas as semanas, em acréscimo às tradicionais sessões presenciais que ocorrem quinzenalmente, contribuiu decisivamente para uma maior celeridade e eficiência na tomada de decisões do CNJ.

USO DA TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO

Nessa linha, vale ressaltar que o ano de 2015 foi marcado por passos importantíssimos no tocante a políticas na área de tecnologia da informação. E o presente ano de 2016 promete ser um período em que colheremos os frutos dos esforços despendidos no passado recente.

Em primeiro lugar, destacamos a consolidação do sistema Processo Judicial Eletrônico (PJe), que foi objeto de uma revisão em sua arquitetura, de maneira a torná-la mais acessível e funcional, ou, no jargão técnico, mais "amigável" para os seus distintos usuários, permitindo que o seu aprimoramento se faça a partir de distintas mãos, segundo uma teia de colaboração interinstitucional.

Lembro, nesta oportunidade, que também o STF passará integrar a comunidade do PJe, estimando-se que a sua implantação nesta Corte se dará já no primeiro trimestre deste ano.

Outro ponto relevante a destacar diz respeito ao "Escritório Digital" – construído em parceria com o Conselho Federal da OAB –, que caminha para se tornar a principal porta de acesso a todos os tribunais, independentemente do estágio tecnológico em que se encontrem ou o tipo de sistema que tenham

Acesso ao Sumário

desenvolvido até o momento.

O CNJ, além disso, desenvolveu um sistema próprio de videoconferência via internet, simples e prático, cujo objetivo é auxiliar os magistrados na prática de atos processuais e atividades correlatas, em conformidade com o que prevê o novo CPC quanto ao tema.

AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA

Por outro lado, a consolidação das Audiências de Custódia – procedimento que determina a apresentação de qualquer cidadão preso a um juiz no prazo de 24 horas – exigiu o desenvolvimento de uma ferramenta tecnológica, prevista na Resolução nº 213/2015, para registro de dados estatísticos acerca desse projeto (SISTAC), em tempo real, destinado a aprimorar as políticas do CNJ nessa área e subsidiar os magistrados com informações necessárias para aprimorar o seu desempenho.

Cumpre recordar que, lançadas em fevereiro do ano passado, as Audiências de Custódia, disciplinadas pela Resolução CNJ nº 213/2015, estão hoje implantadas em todas as capitais do Brasil e funcionando nos 27 Tribunais de Justiça e 5 TRFs do País, encontrando-se em fase de interiorização por todo o território nacional.

Desde o seu lançamento foram realizadas 38.746 sessões presenciais, nas quais os juízes libertaram 18.790 detidos, mediante condições, ou seja, 48,49%, ao passo que decretaram 19.956 prisões preventivas, correspondendo a 51,51% dos presos em flagrante. Nesse período, detectaram-se 2.351 casos de tortura, a saber, 6,07%, e 4.542 pessoas, configurando 11,72%, foram encaminhadas para atendimento social ou assistencial.

A expectativa que temos, caso as Audiências de Custódia sejam efetivamente colocadas em prática em todo o Poder Judiciário, é podermos reduzir pela metade o número de presos provisórios, que hoje alcança, mais ou menos, 40% de um total de 600.000 pessoas que integram a nossa população carcerária, beneficiando por volta de 240.000 detidos sem culpa formada.

Acesso ao Sumário

Permanecendo ainda na questão prisional, registramos que, ainda no primeiro trimestre deste ano, colocaremos em funcionamento a ferramenta eletrônica denominada Sistema Eletrônico de Execução Unificada (SEEU), cujo objetivo é permitir o pleno controle da execução das penas em todos os tribunais brasileiros.

Sua adoção imprimirá maior agilidade na tomada de decisões por parte dos juízes da execução, mediante, por exemplo, a emissão de avisos quanto às datas para a progressão de regime ou a concessão de outros benefícios prisionais.

SISTEMA DE MEDIAÇÃO DIGITAL

Ainda no campo das inovações tecnológicas, vale destacar a criação do "Sistema de Mediação Digital", plataforma online para resolução consensual de conflitos, concebida para auxiliar na solução de litígios de massa, com destaque para as relações de consumo e os processos de execução fiscais.

O potencial desta plataforma é bastante significativo, porquanto cerca de 25% das novas demandas propostas no Poder Judiciário podem perfeitamente ser resolvidas na fase pré-processual, quer dizer, sem a necessidade da propositura de ações judiciais.

CADASTRO NACIONAL DE MEDIADORES E CONCILIADORES

Ao par dessa iniciativa, o CNJ lançará, no corrente ano, o Cadastro Nacional de Mediadores Judiciais e Conciliadores – em atenção às disposições da Lei de Mediação e do novo Código de Processo Civil –, o qual permitirá aos interessados a escolha, pela rede mundial de computadores, dos auxiliares da justiça que atuam em processos consensuais, tendo em conta as avaliações de duas últimas atuações, o seu nível de especialização e os parâmetros dos respectivos honorários, entre outros critérios.

CONCILIAÇÃO EM EXECUÇÕES FISCAIS

Diante do elevado número de execuções fiscais em tramitação, correspondente a cerca de um terço de todos os processos que tramitam no Poder Judiciário nacional, bem como o elevado custo operacional inerente a esse tipo de demanda, o CNJ adotará mecanismos para acelerar esse tipo de ações, por meio de mutirões para acelerar as demandas envolvendo os grandes devedores, especialmente naqueles casos em que a dívida para com o Fisco já esteja garantida.

Quanto às execuções fiscais de menor impacto financeiro, serão adotados outros instrumentos, igualmente eficazes e de baixo custo operacional, tal como o Sistema de Mediação Digital antes referido.

COOPERAÇÃO INTERNACIONAL

No âmbito da cooperação internacional, com o objetivo de fomentar a educação no campo dos direitos fundamentais e de consolidar os mecanismos de proteção desses direitos, o CNJ celebrou um "Memorando de Entendimento" com a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos, que promoverá cursos de capacitação para magistrados e servidores do Poder Judiciário, presenciais e à distância.

CONVENÇÃO DA APOSTILA

Gostaríamos, por fim, de registrar uma importante iniciativa a ser colocada em prática pelo CNJ, em conjunto com o Ministério das Relações Exteriores, neste ano. Trata-se da aplicação, no Brasil, do regime da Convenção sobre a

Acesso ao Sumário

Eliminação da Exigência de Legalização de Documentos Públicos Estrangeiros ("Convenção da Apostila").

A partir de agosto de 2016, com o início da vigência da Convenção no plano doméstico, não haverá mais a necessidade de efetuar-se a legalização consular de documentos (também conhecida por "consularização" ou "chancela consular"), procedimento sabidamente longo e custoso, que chega a envolver quatro instâncias burocráticas.

Em seu lugar, ocorrerá a simples emissão da denominada "Apostila da Haia", que, uma vez anexada ao documento público pelas autoridades competentes do país no qual foi emitido, torna-o imediata e automaticamente válido em todos os demais 107 países que são parte da Convenção, reduzindo significativamente a burocracia e os custos de procedimentos em que incorrem, sobretudo aqueles que têm negócios com o exterior.

No Brasil, a emissão da Apostila da Haia será realizada com base em resolução a ser editada pelo CNJ, que exercerá, igualmente, o papel de órgão central do sistema junto a entidades nacionais e estrangeiras, incumbindo-lhe especialmente disciplinar a atuação e cartórios e juízes na autenticação desses documentos.

CONCLUSÃO

Senhoras e Senhores,

Como demonstram os projetos e as ações que acabamos de destacar, não obstante o severíssimo e inusitado corte orçamentário que foi imposto ao Poder Judiciário, pela implacável tesoura fiscal brandida em conjunto pelo Executivo e pelo Legislativo, os juízes brasileiros continuam atuantes, coesos e determinados no cumprimento de sua missão constitucional, que tem por fim, em última análise, oferecer aos cidadãos brasileiros uma prestação jurisdicional de qualidade crescente.

Em que pese vivermos hoje em um cenário nacional e internacional de incertezas e dificuldades, o Judiciário não tem medido esforços para mitigar os problemas sofridos pela sociedade brasileira, ao desempenhar as tarefas que lhe competem com altivez e senso de responsabilidade, em harmonia com os outros Poderes do Estado e em sintonia com os demais operadores do Direito.

Imbuídos desse espírito, e com redobrada disposição para o trabalho, iniciamos as atividades judiciárias deste ano com a esperança de que, em breve, a nação iniciará um novo ciclo de desenvolvimento e prosperidade.

Com essas palavras, declaro aberto o Ano Judiciário, desejando a todos que 2016 seja repleto de boas realizações. Declaro encerrada a sessão.

RICARDO DIP (Orador em nome do Tribunal de Justiça)

(Discurso proferido por ocasião da Abertura do Ano Judiciário do Tribunal de Justiça de São Paulo - Solenidade realizada em 15.02.2016).

1. 150 anos! Quase isto, quase 150 anos tem o nosso Tribunal de Justiça de São Paulo, é dizer, um século e meio de uma história de tantos magistrados e servidores a quem devemos gratíssima reverência e de cujas boas realizações sempre somos e havemos de ser fiéis depositários.

Emprestando-se aqui uma célebre imagem pascaliana, tem sido este Tribunal qual um homem que aprende sempre e não morre nunca: nossa experiência centenária e meia, experiência de exemplares lições vividas e ainda vívidas de nossos Maiores, alicerça a reafirmação perseverante dos objetivos de justiça e da devoção aos esforços de que nos temos munido para saber enfrentar, com eficácia e eficiência, a muito difícil missão de ser juiz e que, ainda agora, talvez mais do que nunca, é árdua e extensa e complexa e premida por graves circunstâncias externas.

2. Os juízes, somos uma função da comunidade, somos o último penhor humano das liberdades concretas de todo o povo: os interesses confiados à Magistratura, exatamente por isso que, na vida política, entregues em derradeiro às suas mãos, são a causa por que se impõe observar um grave respeito à independência judicial. Respondemos diretamente à lei e ao direito, porque somos a custódia final dos interesses comunitários, e é por sermos função da comunidade que não nos configuramos ao modo de uma função de governo. Disso nos advém o desconforto de que muitos não compreendam inteiramente o quase sagrado de nossa missão e o fundamental relevo político de uma independência, concreta e histórica, concorrente com o engrandecimento, muita vez apenas retórico, da mera proclamação de uma independência institucional, abstrata e idealista, que tem levado, em muitos países, a tomar-se o Judiciário por organismos da Administração pública e à consequente burocratização de seus juízes.

Quer, entretanto, a independência profissional dos magistrados − correspondendo aos direitos pessoais resultantes da função judiciária −, quer, mais além, a independência institucional da Magistratura − é dizer, a do Poder judiciário, enquanto instituição −, são elas, ambas, derivadas de uma independência maior, são secundárias, as duas, da independência judicial por antonomásia, que diz respeito à liberdade jurídica de cada juiz, in suo ordine et secundum ius, determinar o direito do caso conforme sua ciência e consciência reta, sempre nisto suposto sejam os juízes observantes da lei natural

Acesso ao Sumário

e da lei positiva, sem ceder à tentação de ideologias de turno que convertem a consciência em suposta norma objetiva de agir. Lembremo-nos neste capítulo da secular advertência ciceroriana, de que a autoridade que se aparta da lei, nisto não tem valor de autoridade. É esta independência funcional a que se afeiçoa à potestade judiciária, qual seja, à de exercer a jurisdição livremente, segundo as leis, de modo que se configure por ser uma liberdade de todos e de cada um dos juízes para satisfazerem o bem comum.

3. Num quadro de crise de identidade quase universal das funções da Magistratura, calha dizer, quanto a nós, Senhor Presidente, que o gigantismo do Tribunal de Justiça de São Paulo, fruto, em larga medida, da menos prudente unificação, em fins de 2004, de nossas Cortes de Alçada, tornou-nos, quantitativamente, o maior Tribunal de Justiça do mundo, num desmedido de proporções a que se atraiu, para mais, o demandismo de algum modo estimulado pela normativa em vigor e que corresponde a uma situação de dramático déficit da virtude da concórdia política.

Nada obstante as origens exteriores da maior parte de nossas dificuldades atuais, estamos vencendo o embate contra a quantidade excessiva de processos, e vencendo-o sem prejuízo de preservar, como não poderia deixar de ser, a substância de nossa missão jurisdicional e o inteiro respeito à independência da potestade de cada u m de nossos juízes.

A despeito da contemporânea tendência obsedante pela quantidade e pelo tempo que passa − quantidade e tempo que são categorias acidentais −, nosso Tribunal de Justiça tem primado por manter sua vocação substantiva, qual seja a de declarar o direito: dar a cada um o que é seu. Temos vitoriado sobre o vultoso volume de processos, sem que nos convertamos, porém e indevidamente, numa fábrica de decisões estereotípicas, e temos também procurado vencer com empenho a premência do tempo que corre, sem ceder a obsessões cronométricas, nem estimular a temeridade de sentenças céleres que antes não prefiram ser justas. Porque nossa finalidade é o suum cuique tribuere, é dar a cada o que é seu, o mais que o pudermos em quantidade, o mais que o pudermos em rapidez, mas sempre com a condição essencial, com o suposto indeclinável, de que queiramos sempre ser justos, porque é para repartir justiça que existimos há quase 150 anos; é para repartir justiça e não só para vencer dados estatísticos; é para repartir justiça e não apenas para superar metas de brevidade; é para repartir justiça, e não para estimular não importa quais gêneros de conciliações, porque a paz é efeito indireto da justiça, e não há verdadeira paz social possível numa conciliação avessa da intenção moral de concórdia... É para repartir justiça, é para isto que existimos faz quase 150 anos, é para isto que exercitamos e custodiamos fielmente a independência de nossa potestade jurisdicional, garantia indeclinável das liberdades concretas e históricas de nosso povo.

Acesso ao Sumário

4. Senhor Presidente, nossa pátria interior, moldada por um século e meio quase de uma história de fulgurante valor intelectual e moral, esta nossa pátria interior de magistrados nutre-se e vivifica-se pelo amor ao direito.

Admirável e misteriosa graça parece perpassar as gerações de tantos juízes deste Tribunal, de modo que lhes tem incutido na alma, com invariável força, a permanência do amor pela justiça, a perseverança em buscar a verdade, a constância em distribuir o bem jurídico.

O grandioso desafio de agora é que, em meio a muitos e conhecidos obstáculos, possa nosso Tribunal de Justiça de São Paulo, sob a prudente liderança de Vossa Excelência, progredir na continuidade, desenvolver-se na linha de sua permanência histórica já consagrada, porque é solidando na fidelidade ao melhor de seu passado, é ancorando-se nos pilares de sua provada e bem sucedida experiência histórica, que nossa nau da justiça − em vez de aventurar-se, sem rumo, vagueando ao sabor de ventos e tempestades − poderá aportar segura na consecução do bem comum. Esta é a grande novidade de agora: olhar o que aprendemos do passado para poder verdadeiramente progredir e, assim, cuidar prudentemente do futuro.

Que grandes perspectivas! Que grandiosa missão!

A seu comando, Senhor Presidente, e sob a vontade de Deus!

Muito obrigado.

MARCOS DA COSTA (Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção São Paulo)

(Discurso proferido por ocasião da Abertura do Ano Judiciário do Tribunal de Justiça de São Paulo - Solenidade realizada em 15.02.2016).

Excelentíssimo Senhor Dr. Geraldo Alckmin DD. Governador do Estado de São Paulo,

Excelentíssimo Senhor Deputado Fernando Capez DD. Presidente da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo,

Excelentíssimo Senhor Desembargador Dr. José Renato Nalini DD. Ex-Presidente do TJSP,

Excelentíssimo Senhor Desembargador Dr. Paulo Dimas de Bellis Mascaretti DD. Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo,

Senhoras e Senhores Desembargadores,

Senhoras e Senhores Juízes e Membros do Ministério Público,

Meus Colegas Advogados e Advogadas,

Minhas Senhoras, Meus Senhores,

Com muita honra e em nome dos 350 mil advogados paulistas, participo deste Ato de Abertura do Ano Judiciário e Posse Solene do Conselho Superior da Magistratura, em um ano notadamente especial, pelos desafios que serão colocados à frente de todos os brasileiros, mas notadamente dos operadores da Justiça.

A chegada de um novo ano Judiciário sempre representa a renovação de forças e de esperança que alcançaremos nós, integrantes do sistema de Justiça, êxito na tarefa que nos propusemos a realizar quando decidimos destinar as novas vidas à administração da Justiça.

Autoridades presentes,

Senhoras e Senhores,

Quero destacar a cordialidade, o respeito e a confiança que, ao longo dos últimos dois anos, balizaram as relações entre esta Corte e a nossa OAB de São Paulo.

Ressalto a figura humanista, que é o Desembargador José Renato Nalini. Mantivemos canais abertos que contribuíram para reforçar a relação entre a OAB de São Paulo e este Egrégio Tribunal, sempre em prol da Justiça e do Jurisdicionado.

Quero agradecer a V. Exa., e aos integrantes do anterior Conselho Superior da Magistratura pela forma sempre serena e respeitosa com que dirigiram esta Corte, e que permitiram, dentre outros avanços, que a advocacia paulista tivesse pela primeira vez, reconhecido o seu direito a férias.

Permitam-me também abrir um agradecimento especial ao Chefe do Ministério Público do Estado de São Paulo, o Procurador-Geral de Justiça, Dr. Marcio Elias Rosa, que tem próximo o encerramento de sua gestão, pela sua sempre grande disposição para construir estreita articulação com o corpo da Advocacia Paulista, pautado apenas no interesse público de servir à sociedade para superar os desafios que enfrentaremos nessa quadra tão especial na vida brasileira.

E já destaco o desafio que teremos nestes próximos dias, com o início da vigência do novo Código de Processo Civil, que esperemos, seja um instrumento potente para a promoção da Justiça com qualidade e velocidade adequadas aos anseios da sociedade.

Senhoras e Senhores,

Temos clara a responsabilidade do sistema de Justiça nos tempos atuais.

Sabemos da necessidade de atender a essa demanda gigantesca de cidadania, que busca, nas lides forenses, a afirmação e o respeito a seus direitos em um movimento que compreendemos como demonstração de maturidade social representada pelo maior período democrático da história republicana de nosso País.

Mas temos certo também que a nação inteira volta suas esperanças à nossa Justiça para enfrentamento e eliminação desse mal odioso que tanto prejuízo econômico e social traz ao Brasil, que é a corrupção.

Tenho constantemente afirmado e reafirmado que será aqui, neste ambiente, a partir de investigações isentas, de denúncias promovidas com qualidade técnica, com o respeito aos princípios constitucionais, notadamente do devido processo legal, da presunção de inocência, da ampla defesa e atendendo ao tempo razoável de duração do processo que é fixado também como direito do cidadão pela Constituição, que se fará à Justiça que a sociedade espera, não aquela Justiça extremamente morosa, nem a Justiça que, para dar rápida resposta à sociedade, atropela preceitos constitucionais e legais, muito menos a Justiça mediática, que busca nos holofotes saciar vaidades pessoais, mas a Justiça verdadeira, que absolve inocentes e condena, nos exatos termos da lei, esses criminosos que nada respeitam, que se apropriam dos espaços e dos recursos públicos para satisfação de interesses inconfessáveis.

Excelentíssimo Presidente,

Senhoras e Senhores Desembargadores,

Estamos chegando ao fim de um ciclo.

Por toda a parte, ouve-se o clamor social exigindo mudanças, avanços, assepsia na vida política. Não há como continuar a assistir a parceria entre corruptos e corruptores e as despudoradas negociações que procuram fatiar a res publica.

Tenho fé de que o país encontrará o seu caminho.

O Brasil está sendo passado a limpo. Este fato há de ser reconhecido por todos aqueles que aspiram ver uma nação amparada no império das leis, da Justiça e nos valores fundamentais da Democracia. Urge consolidar o Estado Democrático de Direito.

O momento se apresenta propício para resgatarmos valores e virtudes próprios de nosso povo: a dignidade, o civismo, orgulho pátrio, a decência, a honestidade, a excelência do caráter.

Acesso ao Sumário

A minha palavra é de confiança no amanhã.

Sou um crente na força de nossa nação.

FERNANDO CAPEZ (Presidente da Assembleia Legislativa de São Paulo)

(Discurso proferido por ocasião da Abertura do Ano Judiciário do Tribunal de Justiça de São Paulo - Solenidade realizada em 15.02.2016).

Saudação (...)

Na data de hoje celebramos a abertura de mais um ano judiciário, a partir desta honrosa tribuna, que foi inaugurada há mais de 140 anos pelo Desembargador Tristão de Alencar Araripe, ainda sem imaginar que pertenceria ao maior tribunal do mundo.

Tal grandeza constitui a marca não apenas da estrutura desse Tribunal, mas também do caráter de seus quadros, magistrados e servidores, que ora confiam à nova cúpula eleita a tarefa de aprimorar ainda mais o serviço judiciário de milhões jurisdicionados...

Se é certo que a perspectiva de aprimoramento da prestação jurisdicional deve ser sempre nossa prioridade, também não se pode negar que o ano de 2016 nasce com o anúncio do agravamento da crise econômica que envolve toda a sociedade e torna a tarefa dos agentes públicos que integram os três poderes da República, dentro do Estado mais próspero da federação, ainda mais desafiadora...

As dificuldades revelam restrições orçamentárias evidentes, impulsionando a adoção de medidas necessárias à eficiência nos gastos dos recursos públicos...

Todos devem dar exemplo de austeridade e comportamento republicano.

No dia de hoje, 15 de fevereiro de 2016, completo exatos onze meses na condução do mandato de Presidente da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, período em que pude experimentar importantes desafios na gestão do segundo maior Parlamento do Brasil.

Legitimado pelo voto de mais de trezentos mil paulistas e da ampla maioria do Parlamento paulista, bem como amparado pelo apoio sempre presente dos demais membros que compõem a Mesa Diretora da Alesp, iniciamos nossa gestão com o anúncio de dois pilares fundamentais: ...austeridade e eficiência.

Hoje, sem me furtar ao exame diário de minha consciência, conforto-me

Acesso ao Sumário

com resultados que demonstram coerência e completa fidelidade a esses dois pilares fundantes...

Na condução dos trabalhos legislativos, vale destacar a realização de 340 sessões plenárias, 381 reuniões e audiências públicas, bem como a apresentação de 1.623 projetos de lei, 2.610 indicações e 271 requerimentos de informação.

Foram ao todo 92 projetos de lei aprovados, 22 projetos de lei complementar aprovados, 3 propostas de emenda à Constituição aprovadas, 746 vetos mantidos e 17 rejeitados...

Desse total de proposições deliberadas pelo Plenário, 40 projetos foram do Executivo, 3 do Ministério Público, 2 do Tribunal de Contas e, com o merecido destaque à Justiça paulista, foram aprovados em apenas 11 meses de gestão um total de 6 projetos do Tribunal de Justiça...

Na gestão administrativa da Alesp, adotamos uma rígida posição na negociação de contratos. De um total de 39 milhões reservados no orçamento para aquisição de bens e serviços, conseguimos uma economia equivalente a 18 milhões de reais, ou seja, 45% do total,... tudo isso sem detrimento da qualidade dos serviços destinados aos Deputados, servidores e demais cidadãos que participam da vida cotidiana da Assembleia.

Somente neste período em que ocupo a Presidência da Alesp, foram auferidas receitas na ordem de 23 milhões e meio de reais, por meio da concessão de espaços a título oneroso, venda de veículos e gestão da folha de pagamento. Todo esse montante foi revertido ao Fundo Especial de Despesas da Alesp.

Se somada a economia obtida com a negociação de contratos para aquisição de bens e serviços e aquela proveniente das receitas, somente nesses 11 meses de gestão na Alesp, temos um saldo positivo de 41 milhões e 250 mil reais em prol do erário paulista...

Disso resultou o fechamento do orçamento da Assembleia sem que fosse necessária a suplementação de 70 milhões inicialmente prevista e com devolução de recursos orçamentários ao tesouro na ordem de 20 milhões de reais.

Não tenho dúvidas de que esses dados, para além do conforto da minha consciência quanto à observância dos pilares de austeridade e eficiência na gestão da coisa pública, servem para demonstrar as possibilidades de superação das adversidades em um cenário tão sedento por melhores práticas de governança e confiabilidade das instituições.

E é então inspirado no ideário e na prática de uma gestão participativa, austera e eficiente, ...com o imenso apreço que carrego pela Justiça paulista ao longo dos meus mais de 30 anos de vida pública nos campos jurídico, acadêmico e político, e... ainda ... com a certeza de que o maior tribunal do mundo hoje representa uma referência ímpar em eficiência e qualidade de prestação

Acesso ao Sumário

jurisdicional, que gostaria de desejar a todos os aqui presentes – e o faço na pessoa do Excelentíssimo Senhor Presidente do TJSP, Desembargador Dimas Mascaretti – os melhores votos para este novo ano judiciário que se anuncia.

Tenham a certeza de que o Poder Legislativo paulista traduzirá seu mister de convivência harmônica, tal como determina a Constituição, em ações concretas que visem ao aprimoramento de leis e práticas voltadas à prestação jurisdicional no âmbito do Estado de São Paulo. ...

Contem conosco! ...Muito obrigado a todos pela atenção...

PAULO DIMAS DE BELLIS MASCARETTI (Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo)

(Discurso proferido por ocasião da Abertura do Ano Judiciário do Tribunal de Justiça de São Paulo - Solenidade realizada em 15.02.2016).

DISCURSO DE POSSE NA PRESIDÊNCIA DO TJSP

BIÊNIO 2016/2017

Excelentíssimo Ministro Ricardo Lewandowski, Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, Excelentíssimo Governador do Estado de São Paulo, Dr. Geraldo Alckmin, Excelentíssimo Deputado Fernando Capez, Presidente da Assembleia Legislativa de São Paulo, que neste ato representam os 03 Poderes da República.

Em nome de Vossas Excelências, peço vênia para saudar todas as autoridades civis, militares e personalidades presentes.

Senhores Magistrados, membros do Ministério Público, advogados, defensores públicos, integrantes das polícias civil e militar, servidores do Poder Judiciário, senhoras e senhores.

Há uma forte tendência na atualidade de difundir a ideia de que nada funciona bem neste país, que a corrupção está arraigada em todas as nossas instituições e que há má intenção em todas as iniciativas de nossos agentes públicos quando buscam vencer o imobilismo.

Isso nos leva simplesmente a fulminar a esperança da nossa sociedade e principalmente dos nossos jovens, induzindo-os muitas vezes a abandonar ideias e objetivos transformadores e inovadores; o mundo marginal ganha dimensão justamente quando sentimo-nos cinzentos.

Como bem pondera Paulo Bomfim na obra "Colecionador de Minutos", "Quantos erros são praticados em nome de uma verdade que ninguém conhece e de que muitos se julgam donos e senhores absolutos".

Pois bem.

Não podemos evidentemente perder o espírito crítico e povoar as nuvens; mas vale a pena botar dois pés entusiasmados no chão e acreditar que somos capazes de reunir forças para opor óbices aos que pregam a ânsia da vida sem uma finalidade ética.

Na verdade, temos instituições confiáveis, integradas por pessoas comprometidas com o bem comum.

Posso atestar aqui que no Judiciário Bandeirante nunca faltaram homens e mulheres de fé, idealistas, que doam seu tempo integral, talento e competência à causa da justiça, a permitir que se mantenha acesa a chama sagrada da esperança.

Com essa fé e esse fervor, nossos magistrados e servidores se alinham na grande causa comum de revitalização constante do serviço que prestamos.

Temos hoje em São Paulo 1.953 juízes distribuídos em 353 comarcas na 1ª instância, e mais 439 magistrados na 2ª instância, numa atuação intensa voltada à repressão da criminalidade e da improbidade administrativa, à proteção da infância e da juventude, da família e do consumidor, à defesa da livre iniciativa, do direito autoral, da liberdade de expressão e de outros tantos valores tão caros à nossa sociedade.

E se há morosidade na prestação jurisdicional, ela não pode ser debitada à falta de empenho e produtividade do nosso quadro.

Importante realçar que em 2015 foram proferidas quase 3.800.000 sentenças pelos juízes em 1º grau; mais de 924.000 audiências foram realizadas; na 2ª instância, foram prolatadas cerca de 965.000 decisões, número superior ao de feitos que deram entrada para julgamento; e mais: em muitos casos, os julgamentos ocorrem em 1º e 2º graus pouco tempo após a distribuição do processo.

É evidente que precisamos avançar, sendo necessários mais investimentos em qualificação e valorização do nosso quadro, em tecnologia da informação e infraestrutura física.

Mas os avanços passam necessariamente por uma conjugação de esforços dos agentes políticos dos três poderes constituídos, aprofundando-se o diálogo já existente. A política é a arte de conversar.

Cabe referir aqui que nos últimos anos sempre encontramos abertas as portas do Palácio dos Bandeirantes e das Secretarias de Estado para um diálogo franco e aberto acerca das necessidades do nosso Judiciário. O Governador

Acesso ao Sumário

Geraldo Alckmim em vários momentos vem demonstrando esse espírito de integração.

De igual modo, a Assembleia Legislativa sempre nos recebe com toda a atenção, abrindo espaços no Colégio de Líderes para apresentação de nossas proposições.

No âmbito federal, também temos encontrado muitos interlocutores no Senado e na Câmara.

De outro lado, o diálogo deve envolver, ainda, os demais operadores do direito e a sociedade civil; temos encontrado no Ministério Público, na OAB e na Defensoria Pública grandes parceiros para buscarmos o aprimoramento do serviço judiciário; podemos citar a colaboração da FIESP, que de há muito contribui para a realização da semana da Conciliação em São Paulo.

E a interlocução com os Tribunais Superiores e o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) também é fundamental.

A conjugação de esforços, portanto, é que se apresenta como um instrumento de transformação.

É sabido que a vitória não se aproxima dos homens de bem quanto estes se desunem.

Estamos todos comprometidos, nesse passo, em edificar um Judiciário que corresponda aos anseios de nosso povo.

A ideia é sempre fomentar a reflexão, a discussão e a implementação de soluções para os problemas que comprometem a maior eficiência da nossa justiça.

Entendo que o reforço orçamentário, caminhando para a concretização da autonomia financeira do Poder Judiciário, não pode sair da pauta; ao mesmo tempo, não podemos nos descurar do planejamento estratégico agora implementado no âmbito do Tribunal de Justiça, que contempla a otimização de recursos humanos e monetários.

Devemos trabalhar ainda prioritariamente por reformas legislativas, sem a preocupação de criar mecanismos para dificultar o acesso à Justiça: restringir o direito de petição é acordar o direito de insurreição como pontuou Eça de Queirós.

É de se ressaltar aqui que quando há crise política, crise econômica, crise moral e crise social, a justiça estadual representa um grande vertedouro para os grandes problemas que entretecem esse quadro; é certo que ela representa um dos pilares do federalismo na CF vigente e deve ser valorizada pela sua influência na vida cotidiana das pessoas.

Tenho dito reiteradas vezes que o Judiciário Brasileiro não pode ser conhecido e avaliado apenas pelos processos do Mensalão ou da Operação Lava Jato, pois se ocupa de tantas outras causas de grande impacto político e social, que não ganham maior divulgação.

Diariamente, nos diversos recantos de nosso Estado, nossos magistrados combatem de forma destemida a criminalidade violenta, assim como os diversos delitos contra a administração pública; na esfera cível, inúmeras ações civis públicas estão tramitando, visando reprimir os desvios de recursos do erário e a degradação do meio ambiente; essa atuação firme, por sinal, já produziu mártires; cabe aqui mencionar os assassinatos dos magistrados Machado Dias e Patrícia Acioli, vitimados no cumprimento do seu dever.

Necessário perseguir, então, uma maior integração dos Tribunais de Justiça, através do intercâmbio de experiências funcionais e administrativas, procedendo-se a permanente defesa da sua missão institucional.

E quando se fala na institucionalização de um colegiado permanente para o aprimoramento e integração do Judiciário Estadual, não se está a instigar o esvaziamento da ação fiscalizadora do Conselho Nacional de Justiça, como insinuado em editoriais jornalísticos; é importante afastar desde logo a ideia de que, com a edição da EC nº 45/04, as atribuições dos conselhos da Justiça Federal e Trabalhista foram absorvidas pelo CNJ; estes conselhos continuam atuando legitimamente, não se sobrepondo, evidentemente, às pautas do CNJ que digam respeito ao planejamento global do Judiciário e ao exercício, em única ou última instância administrativa, do seu poder correcional.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, por sinal, sempre se alinhou ao Conselho Nacional de Justiça no cumprimento de metas e na formulação de políticas administrativas; muitos magistrados paulistas, inclusive aposentados, prestaram e prestam relevantes serviços de assessoria à Presidência e à Corregedoria Nacional da instituição.

Não há, portanto, qualquer resistência corporativista ao CNJ no Judiciário Bandeirante, cabendo realçar que o nepotismo jamais contaminou nossa instituição; há absoluta transparência na administração, com a publicidade de todos os atos, não tolerando nossos órgãos correcionais qualquer desvio de comportamento.

De toda sorte, há muito por realizar; e tenho a certeza de que o novo Conselho Superior da Magistratura estará sempre disposto a alinhavar um laço de união, que certamente nos desvendará o futuro a construir em prol da cidadania.

Posso dizer aqui que a vida é essencialmente vontade e movimento. Os eminentes desembargadores Ademir Benedito, Manoel Pereira Calças, Luiz Antonio de Godoy, Renato de Salles de Abreu Filho, Ricardo Dip, ao

longo do tempo, demonstraram imensa disposição de servir e idealismo; daí o reconhecimento nas eleições realizadas em dezembro; e nessa senda, temos a integração do ilustre desembargador Xavier de Aquino, decano da nossa Corte; tenho a certeza de que cada qual se desincumbirá da sua missão com coragem e altivez, fazendo com que o nosso Judiciário seja reconhecido como instrumento efetivo de justiça, equidade e paz social.

De se destacar, neste momento, o notável desempenho de meu antecessor na Presidência do Tribunal, o desembargador José Renato Nalini; teve a coragem de assumir a responsabilidade da liderança e de modo incansável pavimentou um caminho que integrou pessoas, sonhos e conquistas.

Cabe então homenagear os nossos familiares.

A energia que nos move é o sorriso sincero e o aconchego daqueles que nos amam verdadeiramente. Por outro lado, as conquistas pessoais e profissionais não têm sentido na solidão. É ótimo compartilhá-las com os entes queridos.

Na verdade, a felicidade maior num momento como esse é repercutir o sentimento de orgulho, de satisfação, que nós projetamos em nossos pais, em nossos filhos, em nossas esposas e em nossos amigos pelo caminho percorrido e pelo sucesso alcançado. Interessa-nos muito deixar como legado, para os entes queridos, um nome honrado, um exemplo de trabalho profícuo, honesto e digno.

Fica então aqui nossa sincera homenagem aos nossos pais, esposas, filhos, netos e demais familiares presentes nesta reunião.

Senhoras e senhores.

Todo aquele que assume transitoriamente função de comando pode prometer apenas muito trabalho, muita disposição para o bom combate. Todos sabem que as conquistas são de difícil maturação. Mas como já disse em outras oportunidades, uma semente é sempre promessa de uma floresta.

Enfim, a trilha está aberta e o horizonte se apresenta promissor.

Acesso ao Sumário

Cumpre recordar trecho de poesia de Mário Quintana, já declamado em solenidade nesta Corte, apropriado para alardear a nossa esperança de dias melhores para a justiça brasileira:

“Se as coisas são intangíveis... ora!

Não é motivo para não querê-las...

Que tristes os caminhos, se não fora

A distante presença das estrelas”.

Vamos ao trabalho!

Agradeço a presença de todos!

FRANCISCO THOMAZ DE CARVALHO JÚNIOR (Desembargador)

Carta de despedida por ocasião de sua aposentadoria, entregue ao Presidente do Tribunal de Justiça, Desembargador Paulo Dimas de Bellis Mascaretti. (Publicação da aposentadoria em 22.02.2016).

São Paulo, 18 de fevereiro de 2016.

DD. Presidente do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Este é o expressivo momento de minha despedida da Magistratura paulista, de alto significado pessoal, familiar e profissional, ao cabo de dedicada prestação do serviço judicante, ao longo de 38 anos, dos quais 19 dedicados à Instância Superior, com a dignidade e o entusiasmo que são marcas de seus componentes.

Chego ao termo final do desempenho de minhas funções jurisdicionais, com a firme convicção do dever cumprido, marcado pela devoção ao trabalho, que constitui santa oração e testemunho da dignidade do ser humano, ostentando, sem falsa modéstia, com orgulho, a honradez de tradição familiar, que orna a fronte dos homens de bem.

No curso de minha carreira, procurei cultuar a crença no Direito, o respeito aos valores morais, e às verdades eternas, com acendrado amor à Justiça, sem jamais perder o ideal, convencido de que as ideias livres não conhecem barreiras, no tempo ou no espaço.

Agradeço, na oportunidade, a generosa compreensão e o valioso auxílio dos integrantes da família forense, em ambas as instâncias, nas comarcas, nas Varas e nos Tribunais, onde exerci minhas funções, particularmente os Servidores do Judiciário, os advogados, os Promotores de Justiça, meus colegas de Magistratura e demais operadores do Direito, dos quais guardo as mais gratas lembranças, que me acompanharão nesta nova fase de minha vida.

Aos colegas Desembargadores, com especial estima e espírito cristão, deixo uma mensagem de otimismo, de fé na Justiça, na certeza da supremacia da ordem jurídica e na convicção da perpetuidade da grandeza moral de nossa instituição.

Ao finalizar, expresso minha consideração e respeito ao Poder Judiciário Bandeirante, na pessoa de Vossa Excelência, a quem tributo minhas homenagens

pessoais.

Respeitosamente.

Francisco Thomaz de Carvalho Júnior.